

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Professeur Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité
scientifique

Hugo Barbier

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

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey

Inspecteur Général de la Banque de France.

Responsable
graphique

Clara Rua

Designer digital en charge de l'illustration de couverture et mise en page de l'édition.

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

Sommaire

Bulletin n° 27 – juin-juillet 2021

Page 5 Les Infos de l'AFDD

Jacques MESTRE et Sabrina DUPOUY

Page 9 La Section Brésilienne de l'AFDD tient son premier colloque

Page 12 Le CRJ Pothier (Université d'Orléans) s'engage auprès de l'AFDD !

Geraldine GOFFAUX CALLEBAUT et Florent BLANCO

Page 16 Anniversaire de thèse : 30 ans après ...

Jean-Pierre MASSIAS

Page 31 Les particularités de la *Common Law* dans l'arbitrage international

Peter ROSHER

Page 40 Sur le droit monégasque : brefs propos descriptifs

Jean-Pierre GRIDEL

Page 61 Le numérique et la transformation de la démocratie en Afrique noire francophone

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM

Page 99 Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique

Clara GRUDLER

Page 151 Les opérations d'acquisitions internationales en Asie du Sud-Est

Renée KADDOUCH

Page 165 Le système institutionnel représentatif congolais

Gilles-Carson OSSETE-OKOYA

Page 193 Quelques précisions récentes sur la situation des dirigeants sociaux

Jacques MESTRE

Page 199 L'influence réciproque entre le droit français et le droit anglais : L'exemple des contrats de partenariat public-privé

Claire GIORDANO

Les Infos de l'AFDD

Jacques MESTRE et Sabrina DUPOUY

Cher(e) Adhérent(e),

Alors que se profile l'été et que la situation sanitaire s'améliore, partageons avec vous quelques bonnes nouvelles de notre Association, tout en restant naturellement vigilants et en formant le vœu qu'en septembre prochain, toutes les manifestations publiques puissent reprendre leur cours normal...

D'abord, l'AFDD vient de se doter d'un **nouveau site informatique**, accessible à l'adresse **<http://afdd.online>**. Ce site se veut simple et surtout réactif, avec l'introduction en temps quasiment réel de toutes les informations susceptibles de vous intéresser, depuis l'annonce de nos déjeuners, colloques et autres manifestations jusqu'à la publication de nos revues en passant par un nouvel Onglet « *Opportunités professionnelles* » où seront publiées les propositions d'emplois ou de stages que vous nous adresserez... Et aussi par des entrées sur notre vie institutionnelle, nos statuts, les adhésions, les comptes-rendus d'assemblées générales, les motions que nous adoptons et, naturellement, toutes les actions et réflexions que nous pouvons mener sur le doctorat en droit ! N'hésitez donc pas à consulter régulièrement ce site et à nous faire part très directement de tout ce qui vous paraît pouvoir l'améliorer, ce site est aussi le vôtre !

Ensuite, notre association va également se doter d'un **annuaire électronique**, là encore très simple, évoluant en permanence au gré des adhésions et destiné à faciliter nos contacts et échanges. Evidemment - RGPD oblige - seuls les membres qui le souhaitent y apparaîtront avec leurs coordonnées, leur sujet de thèse, leurs domaines de compétence et quelques autres précisions éventuelles. Techniquement, et par commodité pratique, l'intégration dans cet annuaire s'opère en concomitance avec le versement de la cotisation annuelle et la

délivrance par notre nouvelle trésorière du reçu fiscal. D'ores et déjà, beaucoup d'entre vous ont ainsi rempli leur fiche, et celles et ceux qui ne l'ont pas encore fait peuvent très simplement nous rejoindre dans les prochaines semaines lors de la souscription du bulletin d'adhésion ou de renouvellement qui se trouve sur le site, dans l'onglet *Adhésions – Contacts*.

Par ailleurs, nous allons bientôt lancer un cycle de réflexions destinées à valoriser ce qu'on peut appeler « *le doctorat en droit à la française* », en essayant de mieux identifier ses forces et aussi, à la lumière d'une comparaison avec les doctorats étrangers, en nous réservant le droit de formuler, le cas échéant, quelques propositions d'évolution. C'est naturellement là un projet ambitieux mais l'heure d'y procéder nous apparaît bien venue, notamment au moment où nous travaillons de plus en plus, en particulier pour la confection de la revue *Signatures Internationales*, avec notre réseau de correspondants étrangers. Nous ajouterons que, pour renforcer cette action, notre association serait particulièrement heureuse d'enregistrer à l'avenir l'adhésion de personnes morales telles que des cabinets professionnels, des entreprises et évidemment, aussi, celle des entités universitaires, tant le Doctorat en droit se trouve nécessairement placé au cœur même de l'Université ! D'ores et déjà d'ailleurs, deux prestigieux Centres de recherche, le Centre d'études juridiques Pothier de l'Université d'Orléans et l'Institut de droit des affaires (IRDA) de l'Université de Paris XIII, nous ont rejoint en adhérant à l'AFDD ; les autres Centres sont eux-mêmes les très bienvenus, au même titre que les Ecoles Doctorales, dont le rôle dans la vie et la promotion de notre doctorat en droit est tout aussi capital.

Enfin, la dernière bonne nouvelle concerne évidemment notre revue *Horizons du Droit* qui fête aujourd'hui la sortie de son vingt-septième numéro. Un numéro magnifique que vous aurez, nous en sommes sûrs, beaucoup de plaisir à découvrir, et pour lequel nous tenons à adresser nos plus vifs remerciements aux

auteurs qui viennent des horizons les plus divers (Europe, Afrique, Asie, et aussi Amérique du Sud à travers notre récent colloque organisée par nos adhérents de Sao Paulo !) et qui nous livrent tous, avec la plus grande simplicité et une attention très chaleureuse, le meilleur de leur pensée !

Place donc maintenant à la découverte de ces contributions !

Et n'hésitez surtout pas à nous contacter, pour cette revue ou pour tout autre point relatif à la vie de notre Association (jacquesmestre81@gmail.com ; sabrina.dupouy@uca.fr)

Bien à vous

Sabrina DUPOUY

Jacques MESTRE

La Section Brésilienne de l'AFDD tient son premier colloque

Organisé par Juliano BARRA - Docteur en droit de l'Université de Paris I –
Professeur à l'Université Mackenzie de Sao Paulo



24 juin 2021... Une date à retenir ! Celle du premier colloque organisé par la jeune Section brésilienne de notre association.

Organisé à l'initiative du correspondant Brésil de l'AFDD, Juliano BARRA, docteur en droit de l'Université de Paris I, et professeur à l'Université Mackenzie de Sao Paulo, et en partenariat avec l'Ecole de formation continue du Barreau de Sao Paulo et son Coordinateur, le professeur Jorge BOUCINHAS, ce colloque, tenu en visioconférence, a été structuré en deux parties. Une première a été constituée par une table-ronde consacrée au Doctorat en Droit en France, et a réuni quatre juristes brésiliens ayant préparé leur thèse en France : outre Juliano BARRA, Camila DURAN, docteur de Paris I, et professeur à l'Université de Sao Paulo (USP), Fabio PINTO, docteur de Paris II, et avocat senior (cabinet Pinheiro Neto) et Daniel DAMASIO, docteur de Paris I et professeur à l'Université de l'Etat de Sao Paulo (UNESP). La seconde partie a été consacrée à des conférences présentées par Sandie LACROIX-DE SOUSA, administratrice de l'AFDD, sur la compliance, Jacques MESTRE, sur la réforme française du droit des contrats, et enfin le professeur Gustavo CERQUEIRA, agrégé de nos facultés de droit et qui, par sa double culture, brésilienne et française, a magnifiquement mis en scène l'acte juridique réceptice en montrant à son propos tout l'apport qu'avant lui, avaient réalisé, de manière pratiquement simultanée, juristes français et juristes brésiliens !

Bref, un magnifique moment de partage et d'échange, avec des propos particulièrement riches au plan humain sur le parcours doctoral, les moments de doute que peuvent connaître les jeunes brésiliens venant faire leur thèse en France mais aussi - et surtout ! - les moments d'exaltation et de joie. Car s'il est un propos qui a manifestement dominé cette rencontre, c'est bien celui-ci : faire son doctorat en France, ce n'est certes pas toujours facile (surtout quand il faut élaborer un plan en deux parties...), mais au final, cela change une vie ! Vous y trouverez en effet, au gré des années, l'acquisition d'une solide méthodologie, une ouverture privilégiée sur l'Europe, un possible accès à une expérience personnelle d'enseignement, les bases d'un fort réseau international, tout autant de belles perspectives qui valent vraiment la peine de se décider à franchir un jour l'océan...

C'est dire qu'après un tel début, le cap a déjà été mis sur un deuxième colloque commun. Merci vraiment à nos amis brésiliens d'avoir ainsi superbement ouvert la voie !

Jacques Mestre

Le CRJ Pothier (Université d'Orléans) s'engage auprès de l'AFDD !

Geraldine GOFFAUX CALLEBAUT et Florent BLANCO

C'est avec un grand plaisir que le CRJ Pothier rejoint aujourd'hui le cercle des adhérents de l'Association Française des Docteurs en Droit qui œuvre avec dynamisme, sous l'impulsion du Doyen Jacques Mestre, à la valorisation et à la promotion du Doctorat en Droit, en France et à l'étranger !

Le CRJ Pothier (EA 1212) est un centre de recherches en droit créé en 1988 au sein de l'une des plus anciennes Faculté de France. Il doit son nom au célèbre jurisconsulte orléanais du XVIII^e connu pour ses coutumes et ses traités. Il regroupe 62 enseignants-chercheurs (18 professeurs, 4 professeurs émérites, 37 maîtres de conférences dont 9 HDR, et 3 chercheurs associés), et compte 33 doctorants cette année.

Les travaux du laboratoire s'organisent autour de quatre axes de recherches : *Patrimoine(s)*, *La personne dans la cité*, *Organisations et gouvernances* et *Mutations des sources du droit, des normes et de la normativité*. Ce dernier axe, porté par le Professeur Catherine Thibierge, s'est illustré depuis quelques années grâce à la trilogie sur la norme : *La force normative - Naissance d'un concept* (2009), *La densification normative - Découverte d'un processus* (2013) et *La garantie normative - Exploration d'une notion-fonction* (2021). Le CRJ initie et soutient également de nombreux colloques, séminaires et conférences liés à un ou plusieurs de ses axes. À titre d'exemples (mais la liste est loin d'être exhaustive), on peut évoquer le colloque sur *Les labels dans le domaine culturel* (organisé par Philippe Tanchoux et François Priet en décembre 2016), les journées d'études sur *La notion d'intérêt(s) en droit* (organisé par Vanessa Barbé, Stéphanie Mauclair et Cédric Guillerminet en octobre 2017), le colloque *Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise* (organisé par Alexis Zarca en décembre 2018), le cycle *Religion et prééminence du droit* (cycle de colloques et de conférences mis en place par

Tristan Pouthier, Nicolas Haupais et Corinne Leveuleux-Teixeira depuis mars 2019), le colloque *De la gestion du patrimoine à l'ingénierie du patrimoine* (organisé par Sandie Lacroix de Sousa et Matthieu Robineau en octobre 2019), la journée sur *L'aménagement contractuel des nouveaux droits réels* (organisé par Patrice Hoang et Sabrina Le Normand en octobre 2019), ou très récemment *L'oralité dans le procès administratif* (organisé par Florent Blanco en juin 2021). Autant de manifestations qui témoignent de la diversité des champs de recherche et de l'implication enthousiaste des chercheurs de droit privé, de droit public, d'histoire du droit (mais également en sociologie et en gestion) qui participent activement à la vie du laboratoire.

Au-delà de ces activités classiques, le CRJ Pothier porte une attention toute particulière à ses doctorants, et ce par différents biais. D'abord, le centre aide les futurs doctorants dans leurs démarches pour l'obtention de contrats doctoraux. À cette fin, les enseignants-chercheurs se mobilisent pour préparer ces candidats à la thèse aux auditions qui leur permettront de décrocher ce financement essentiel. En outre, en parallèle des formations plus générales organisées par l'École doctorale, ont été mises en place des « Journées des doctorants », conçues spécialement pour les juristes, composées, selon les sessions, de formations adaptées (les prochaines se concentreront sur *L'art oratoire*, séance animée par Benjamin Mathieu, et sur *L'intégrité scientifique*) et de présentations de travaux des doctorants. Ceux-ci sont également conviés à participer à certains projets collectifs, lors des ateliers sur la norme par exemple. Après la soutenance, le laboratoire accompagne ses jeunes docteurs, notamment en leur proposant une aide pour la postulation aux prix de thèse. Cette dynamique de l'accompagnement des doctorants avant, pendant et après la thèse est cruciale pour faire vivre la recherche juridique.

Les doctorants orléanais deviennent même acteurs de leur propre formation. C'est ainsi que depuis 2017, ils organisent chaque année un colloque dont le thème fédérateur permet de réunir des publicistes et des privatistes (deux colloques sur le thème *Orléans dans la jurisprudence des Cours suprêmes*, ou le dernier colloque en date *La coopération et le droit* en mars 2021). Au-delà de l'exercice très formateur qu'est l'organisation scientifique et pratique d'un colloque, ces manifestations permettent aux doctorants de valoriser leurs études et ce diplôme si particulier qu'est le Doctorat, notamment auprès des autres étudiants de la faculté en licence ou en master.

Afin de prolonger toutes ces actions, le CRJ Pothier a naturellement souhaité s'engager aujourd'hui auprès de l'Association Française des Docteurs en Droit qui s'est donnée pour mission, depuis plus de 60 ans, de promouvoir le diplôme du Doctorat et de mettre en place un réseau d'entraide et de solidarité pour les docteurs (jeunes et moins jeunes, de France comme de l'étranger). Le laboratoire entend de cette manière témoigner tout son soutien à l'Association, accompagner ses différentes actions et encourager son ouverture internationale qui est aujourd'hui, plus que jamais, essentielle pour l'insertion de nos jeunes docteurs.

Colloques à venir : *Le développement durable et le droit : perspectives internes et internationales, 6èmes journées franco-polonaises*, à l'Université Jagellonne (Cracovie), 22 octobre 2021 ; *Droit(s) et spectacle vivant*, à la BnF (Paris, site François Mitterrand) le 18 novembre 2021.

Contact : crjp@univ-orleans.fr

Anniversaire de thèse : 30 ans après ...

Jean-Pierre MASSIAS - Professeur de Droit public
à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Les anniversaires, surtout symboliques, outre le plaisir de la fête qu'ils occasionnent, ont la particularité d'inviter à la réflexion et au bilan. Qu'il s'agisse d'entrer en âge dans une nouvelle décennie ou de se remémorer un évènement, la célébration est l'occasion d'un bilan souvent nostalgique ou parfois amer du temps passé.

Les trente ans d'une soutenance de thèse n'échappent pas à cette règle.

Il y a donc trente ans, le 1^{er} février 1991, l'auteur de ces lignes soutenait une thèse dans la salle des actes de la faculté de droit de Clermont Ferrand.

La thèse était intitulée « **Socialisme et contrôle de constitutionnalité : l'exemple des États d'Europe de l'est 1917-1991** ». Ce projet trouvait son origine dans la création récente (1985) d'un tribunal constitutionnel en Pologne. D'emblée, c'est bien la question de la signification d'une telle innovation qui fut posée. Au fil des recherches, en effet, il apparut que le « modèle » polonais était certes minoritaire au sein des États du pacte de Varsovie (qui lui préférait un contrôle « parlementaire » de la constitutionnalité) mais qu'au fil de l'histoire du XX^{ème} siècle, d'autres États socialistes avait fait un choix comparable. Mieux même, l'URSS, entre 1922 et 1930, avait confié le contrôle de « l'application de la Constitution » à la Cour suprême. A la suite de ce choix, un certain nombre de décisions avaient été rendues et une jurisprudence avait été constituée. Ce sujet s'inscrivait enfin dans le contexte de l'arrivée au pouvoir de M. Gorbatchev, qui redonnait à l'État soviétique un dynamisme et une capacité de mobilisation qui lui avait fait défaut durant les années précédentes.

Ce choix témoignait d'un échange avec le Professeur Dominique Turpin qui allait diriger ce travail. Il s'agissait de confronter l'intérêt du candidat pour le monde soviétique avec des problématiques constitutionnelles classiques. Il convenait donc d'étudier la question paradoxale du contrôle de constitutionnalité au sein d'États rejetant a priori le concept d'État de droit. L'hypothèse de départ tenait en une question : « **Comment interpréter la création d'une telle juridiction –**

traditionnellement révélatrice d'une démocratisation d'un régime – au sein d'États rejetant toute idée de contre-pouvoirs institutionnels ? ».

A ce stade de la réflexion, toutes les hypothèses étaient encore possibles. Cette innovation institutionnelle pouvait être une simple opération de propagande (l'on faisait semblant de créer des juridictions en prenant bien garde de bloquer leur fonctionnement) ou au contraire le signal d'une crise profonde de ce type de régime obligé d'emprunter au libéralisme constitutionnel ses instruments et techniques pour tenter de faire face aux contradictions de l'État socialiste. On pouvait également imaginer une réinterprétation de la théorie générale du contrôle de constitutionnalité afin d'en faire un instrument fonctionnel des régimes socialistes.

La composition du Jury illustre cette réflexion, puisqu'à côté des spécialistes du contrôle de constitutionnalité (Louis Favoreu et Dominique Turpin) siégeaient deux « soviétologues » reconnus Michel Lesage et Slobodan Milacic. Enfin, le jury était placé sous l'autorité juridique et morale des doyens Georges Vedel et René Chiroux

Cette soutenance fut alors un beau jour.

Le jury était prestigieux et bienveillant, la famille émue et fière, les amis présents et fidèles, les étudiants enfin, étaient venus - certains de très loin- pour l'occasion. Il ne manquait pas grand-chose pour que la journée marque une étape d'une vie qui dès lors devait se dédier à l'enseignement du Droit. Cette soutenance venait clore un cycle d'études qui avait débuté en 1981 sur les bancs de première année de la vieille rotonde, et plus précisément un parcours doctoral engagé quatre ans (presque jour pour jour) plus tôt. La soutenance, longue et riche, déboucha sur la mention espérée et la thèse soutenue devait permettre à son auteur d'intégrer la même année le corps des maîtres de conférences puis quelques années après (1996) de franchir la barrière de l'agrégation, pour être élu – toujours dans cette même salle un an plus tard – Doyen de la faculté de

Droit. La boucle semblait alors d'autant plus bouclée que la thèse devait être publiée cette même année.

Ce récit, d'une soutenance réussie, d'une thèse reconnue et d'une carrière accomplie, ne dit pourtant pas grand-chose de la réalité de cet anniversaire et des réflexions qu'il suscite.

Au-delà des apparences, que reste-t-il vraiment d'une thèse, trente ans après ? On pourrait – comme l'Université nous y invite souvent lors des concours de recrutement notamment – évoquer une thèse devenue héritage intellectuel que son auteur s'est efforcé de faire vivre pour prolonger ses réflexions de jeunesse et ainsi poursuivre sa quête intellectuelle. C'est ici l'image de la continuité, du prolongement, de la mise à jour, qui s'impose. Les années qui suivent la soutenance sont celle du complément et de la construction. Il s'agit de continuer de défricher un sujet abordé dans la thèse que l'on complète et que l'on enrichit pour enfin le transmettre à ses élèves.

C'est ici le premier accroc dans cette histoire idéale. Il n'y eut ni mise à jour, ni prolongement et reconnaissance. Il n'y eut que rupture et résistance.

Il fallut subir, survivre et reconstruire.

Subir

Le sujet, novateur et prometteur en 1986 au début de la recherche, devait rapidement s'effacer privant la thèse de toute perspective de pérennité.

Confronté à une crise symbolisée dès 1989 par la chute du mur de Berlin, l'objet de la thèse, le modèle socialiste de l'État construit à partir de la révolution de 1917, devait – définitivement – disparaître en août 1991, soit quelques mois après la soutenance. En effet, dans le prolongement de la contestation amorcée depuis 1988 dans certaines de ses Républiques fédérées et de l'échec de la tentative de coup d'État de l'été 1991, les accords de Minsk puis d'Alma Ata proclamèrent, à la fin de 1991, la dissolution définitive de l'URSS. Le 25 décembre de cette année-là, le président de l'URSS M. Gorbatchev annonçait sa démission au

peuple soviétique. Cette disparition, bien que n'étant pas une surprise tant les évolutions antérieures avaient montré la fragilité de ce système et les conséquences hasardeuses des réformes entreprises, laissait le jeune docteur quelques semaines après sa soutenance dans une position inédite.

Après avoir tenté de démontrer que – contrairement aux scepticismes de beaucoup de collègues quant à l'intérêt d'étudier le contrôle de constitutionnalité hors des États de droit libéraux (« **Mon jeune ami, votre travail est intéressant mais êtes-vous certain que votre sujet de thèse existe bien ?** ») - il fallait faire face à sa disparition ... et aux nouveaux discours de ces mêmes collègues : « **Cette thèse est intéressante ... mais votre sujet n'existe plus** ». Prise dans les tourments d'une révolution mondiale qui devait mettre fin à au monde que le XX^{ème} siècle avait connu, la thèse n'avait été que l'incarnation d'un moment, certes historique, mais finalement fugace et son auteur était désormais naufragé.

Bien des années après la soutenance, il m'arrive de m'interroger sur ce choc et sur sa signification.

Il fut d'abord – et reste sans doute à jamais – personnellement pénible et douloureux. En 1986, on ne s'engageait pas impunément dans un travail doctoral sur le monde soviétique – surtout au sein des facultés de droit – sans un attachement particulier à son objet d'étude. Bien plus que la fin d'une thèse, c'était d'abord celle d'une espérance et il fallait faire face.

D'un point de vue universitaire, au-delà, cette disparition était – encore – plus complexe. Il y avait alors une urgence : une expertise intellectuelle à reconstruire et une crédibilité universitaire à retrouver. J'étais devenu maître de conférences, mais je n'avais plus de spécialité. Paradoxalement, ce choc, à bien des égards, pouvait être salutaire. Il incarnait une forme de libération au regard d'un champ d'étude qui aurait pu se révéler par trop enfermant pour celui qui l'aurait exploré. Enfermement thématique d'abord tant la spécificité des institutions soviétiques imposait des logiques qui n'étaient en rien transposables à celles des autres branches du droit constitutionnel. Enfermement intellectuel et idéologique

surtout. Avec le recul, cette disparition fut une renaissance. Il m'arrive encore de penser à ce que j'aurai pu écrire sur l'URSS si celle-ci avait survécu. Aurais-je eu la force de rompre devant l'évidence du régime avec les engagements de ma jeunesse ? J'avais rédigé cette thèse le plus honnêtement que je le pouvais et son écriture avait été parfois douloureuse. Poursuivre dans cette voie aurait pu être destructeur. Ainsi, même si je n'arrive pas encore totalement aujourd'hui à me persuader de cette affirmation, la disparition de l'URSS a été une grande chance pour ma vie universitaire. Mettant fin à une confusion mêlant (et souvent confrontant) engagement idéologique et distance épistémologique, elle me libérait des mâchoires d'un piège ou bien d'autres avant moi avaient succombé. Ma thèse avait été le récit d'un processus dans lequel l'introduction des règles sur le contrôle de constitutionnalité témoignait de l'intensité de la crise du monde soviétique. J'avais – avec d'autres – contribué à montrer que le droit constitutionnel pouvait être le marqueur de contradictions politiques et sociales fondamentales qui conduisaient à ce que les réformes menées par M. Gorbatchev, pour être courageuses et sincères, ne pouvaient pas ne pas aboutir à ce résultat.

Si le choix de ce sujet devait sans doute beaucoup à mes engagements et mes attirances « extra-juridiques », l'intérêt de la thèse était le produit d'une certaine rigueur, idéologiquement destructrice, mais intellectuellement fructueuse. Ce fut donc une chance, non seulement d'avoir pu rédiger un travail doctoral en croisant le cours de la grande histoire et pouvoir ensuite s'en extraire avant de s'y retrouver submergé.

Néanmoins, à la fin de cette année 1991, les termes du débat qui m'envahissait étaient radicalement différents. A l'heure où tous les autres docteurs en droit étaient interrogés et évalués sur leur capacité « à actualiser leur thèse » en vue de la préparation des futures étapes de leur carrière universitaire, il me fallait reconstruire et réinventer.

Ma thèse était morte et j'étais orphelin.

Survivre

Il fallut, donc, penser des stratégies de survie intellectuelle à partir de chapitres désormais dépassés.

La première tentation fut d'abord d'imaginer la survie de mon sujet au travers d'une approche privilégiant la continuité « géographique » et de concentrer son attention sur le nouveau droit de ces anciens Etats.

Si le régime s'était effondré, il restait encore des territoires qui, même recomposés, devenaient le lieu d'un droit constitutionnel. Cette continuité ne manquait pas d'intérêt et permettait à la thèse de « survivre » encore un peu. Les choses se déroulaient selon de nouvelles règles, mais les joueurs restaient les mêmes. Bien des acteurs institutionnels des nouveaux régimes avaient débuté leur carrière sous l'ancien système et leurs comportements restaient très profondément marqués par celui-ci. Au fond, le mouvement constitutionnel observé dans la thèse se poursuivait : un nouveau droit se heurtait –encore – à une ancienne société. Le verrou de l'État avait sauté, mais subsistait celui de la pratique du pouvoir.

De plus, le recours aux instruments d'analyse hérités du monde soviétique apparaissait d'autant plus pertinent qu'une vague de nostalgie frappait ces territoires. Les communistes remportaient des élections et la réalité sociologique de l'après 1991 apparaissait infiniment plus complexe que les discours sur la victoire de la démocratie libérale et l'économie de marché, tenus à l'époque dans nos facultés, pouvait le laisser supposer. La référence aux concepts juridiques « classiques » permettait enfin de mettre en évidence d'autres contradictions : si les règles du contrôle de constitutionnalité avaient montré les impossibilités de réformes du système soviétique, les principes de la démocratie électorale et de la séparation des pouvoirs révélaient la très relative culture démocratique du pouvoir Eltsinien. Il y avait même – avouons-le – durant ces années difficiles, une certaine jubilation intellectuelle à voir certaines analyses « libérales » tomber – à

leur tour – dans le travers de la croyance à un « nouveau » sens de l'histoire sans pouvoir – ni vouloir ? – y apporter de véritables nuances.

Cette période temporairement salvatrice ne pouvait perdurer. Fondamentalement, le contenu de la thèse était devenu un astre mort, ne dégageant plus aucune chaleur, et ne pouvait, en tant que tel, structurer une réflexion postérieure. Les stratégies consistant à prolonger les réflexions sur les États socialistes en général et l'URSS en particulier au travers de l'étude de la Russie de Boris Elstine ou de Vladimir Poutine (sans bien sûr évoquer d'autres États héritiers de l'URSS, désormais résolument tournés vers la reproduction du modèle occidental), pour pertinentes qu'elles aient pu être dans l'immédiat après thèse, ne pouvaient pas se poursuivre très longtemps au risque de déboucher sur des contradictions dont l'intensité se faisait chaque années de plus en plus forte. La compréhension de ces Etats dépendait en effet de moins en moins de leur héritage soviétique et, au fur et à mesure que le temps avançait, un gouffre intellectuel se faisait jour entre les méthodes d'hier et la réalité d'aujourd'hui.

Continuer dans cette voie exposait à de nombreux risques tant concernant la pertinence des analyses produites qu'à une forme perverse de dénaturation épistémologique consistant en une volonté destructrice de chercher systématiquement dans la réalité de ces Etats des signes de continuité et même de nostalgie.

Il convenait de rompre et de faire désormais son deuil d'un objet disparu.

Reconstruire

Cette nécessité imposait donc une rupture plus radicale encore. Il fallait innover, improviser et sans doute même oublier ce qui avait été pourtant fébrilement écrit et hardiment soutenu en ce jour de 1991. Il fallait reconstruire.

Bien plus que dans des concepts affirmés et enracinés, c'est dans le processus révélé par l'effondrement du monde soviétique qu'allait se situer le véritable

prolongement de la thèse. Puisqu'elle avait été le récit d'une déconstruction par le droit d'un modèle politique que l'on croyait immuable (ou à tout le moins très solidement ancré dans la réalité du monde), c'est la déconstruction en tant que processus constitutionnel qui devait renaître ces travaux.

Une thèse sur la construction de « l'État socialiste de Droit » - selon la formule imprudente de M Gorbatchev – ouvrait la voie à des travaux et réflexions sur le processus de transformation des dictatures vers la démocratie. Ce revirement imposait, tout en concentrant une grande part de son énergie vers les « Etats » successeurs » de l'empire disparu (ne serait-ce que pour pouvoir encore un peu profiter de sa connaissance du monde d'avant), de s'ouvrir à d'autres horizons sous peine d'obsolescence presque immédiate. Les périodes de transitions sont par définition limitées dans le temps. Cette nouvelle approche allait déboucher sur un constat et une réflexion. Le droit constitutionnel pouvait être un instrument d'analyse et de compréhension de la fin des dictatures et plus globalement encore des autres formes de mutations politiques fondamentales. Il existait un droit constitutionnel de la dictature, un droit constitutionnel de la démocratie, il y aurait aussi un droit constitutionnel de la transition démocratique. Celui-ci était organisé autour d'un ensemble d'institutions dont l'objet, au travers de la construction d'un nouveau régime, était de produire une dynamique « démocratisante ».

Dans cette perspective, les institutions « classiques » (comme la justice constitutionnelle) pouvaient être associées à des formes plus spécifiques (comme la justice transitionnelle). Cette reconstruction, pour étendre la réflexion bien au-delà des frontières géographiques et conceptuelles posées par la thèse, ne rejetait pourtant pas celle-ci. Il s'agissait de développer, de compléter et de conceptualiser des observations déjà faites dans ce travail doctoral. Déjà la jurisprudence (certes encore timide et limitée) du tribunal constitutionnel polonais ou du comité de surveillance constitutionnelle soviétique avait été analysée non pas en tant que telle, mais bien dans son impact sur l'ensemble du

ystème juridique polonais et soviétique et sur sa compatibilité avec le projet politique de rénovation du régime. La construction d'une réflexion sur le droit constitutionnel de la transition démocratique s'inscrivait ainsi dans la continuité de ces premiers apports –timides et encore maladroits – mais qui déjà participaient de cette logique. Jouant le rôle d'un « accélérateur de particules juridiques », la transition, « *de la dictature à la démocratie en passant par la loi* » selon l'expression des juristes espagnols en 1978, avait donné à des notions aussi fondamentales que le pouvoir constituant ou le contrôle de constitutionnalité un sens nouveau, voire même, dans certains cas, juridiquement révolutionnaire. Finalement, l'intégration du droit comme instrument de révolutions politiques semblait avoir provoqué une révolution au sein même des principes juridiques et imposé notamment une lecture plus réaliste, s'écartant des dogmes d'un positivisme triomphant. Le droit, notamment au moyen de la justice transitionnelle ou des mécanismes de rédaction des constitutions, devait en effet trouver un moyen d'exister tout en ne respectant pas les règles en vigueur et la théorie des «garanties équivalentes » de Louis Joinet incarnait à merveille cette nouvelle approche des réalités juridiques.

Douter ?

Toutefois, le récit de cette reconquête n'épuise pas le souvenir de cette soutenance et de ces trente ans passés. C'est aussi un sentiment plus confus qui s'exprime. Celui d'une amertume et d'un doute par-delà la fierté d'avoir tenu le cap et tenter de donner à ce temps qui passe cohérence et crédibilité, d'avoir tenu le cap face aux vicissitudes des bouleversements historiques et des exigences de l'Université.

Amertume et doute car de cette modeste histoire s'impose une interrogation. Si la thèse, qui fut soutenue en 1991, loin d'incarner un rite de passage réussi,

consacrant la qualité de juriste de son auteur, n'était au contraire que l'expression initiale d'une autre contradiction qui n'a cessé de s'exprimer depuis ?

Quels que soient les sujets choisis et les domaines explorés, toutes les thèses seront souvent dépassées et même contredites par les mutations politiques et sociales. Seules de très rares réflexions doctorales s'imposent encore bien des années après. Écrire une thèse est souvent écrire sur le sable d'une plage que la marée vient régulièrement lisser.

Cette thèse, confrontée encore plus et encore plus vite à cette fatalité, a pourtant survécu. Elle est restée au contraire – et sans doute bien plus encore du fait de cette disparition précoce – profondément marquante pour tout un parcours intellectuel et universitaire révélant ainsi le paradoxe d'un héritage, né du doctorat, qui – au-delà des questions abordées – se révèle déterminant et permanent. La thèse soutenue le 1^{er} février 1991 dans la salle des actes de la faculté de Clermont n'échappe donc pas à cette règle. Texte au contenu éphémère, elle a pourtant donné à son auteur deux ou trois certitudes qui ont traversé ces trente ans.

La première de ces certitudes tient à un certain regard sur le droit.

L'étude des mécanismes de contrôle de constitutionnalité des États socialistes européens imposait, en effet, de dépasser la réalité objective et normative. Il s'agissait d'un monde où les normes n'étaient pas appliquées ou alors dans un sens fondamentalement opposé de la réalité libérale. Au temps de la guerre froide, les mots du droit n'avaient pas le même sens des deux côtés du rideau de fer. Pour sortir de l'impasse de l'étude d'un droit imaginaire s'est forgée la certitude d'un droit différent. Cette thèse a d'abord été une réflexion sur l'impact que produisaient les environnements culturels et idéologiques des sociétés sur la réalité des règles de droit. Il y avait, derrière le droit, des principes idéologiques et des réalités politiques qui influençaient son application et pouvaient même déboucher sur leur neutralisation. Le droit, en tant qu'ensemble de règles et de normes, était donc moins « fort » que l'idéologie qui prévalait sur son application.

Ce constat d'une absence d'autonomie de la règle de droit et de son impossible neutralité (politique ou philosophique) fait à chaque page de la thèse devait influencer son auteur tout au long de ces trente ans tant concernant la recherche que l'enseignement.

Paradoxalement, bien des cours de maîtrise dispensés dans les années 2000, évoquant la pensée libérale ou les écoles réalistes américaines s'inscrivaient dans un prolongement direct de la thèse et reposaient sur le constat qu'il ne servait à rien d'analyser l'application d'un texte de loi sans pouvoir s'interroger sur son fondement philosophique et sur ses objectifs sociaux.

Trente ans après, cette certitude reste très profondément ancrée et le professeur de 2021 porte toujours les mots du jeune doctorant des années 1980. Cette continuité – rassurante pour peu que l'on cherche à donner un sens à son parcours juridique – n'est ni sans dangers, ni sans défauts.

A l'heure du bilan, on peut mesurer le chemin parcouru et les impasses atteintes. Si le droit ne peut être considéré sans appréhender son environnement idéologique, moral ou social, dont il n'est que le prolongement, son énoncé comme un processus autonome mérite d'être considéré avec méfiance et scepticisme. Une règle de droit, présentée comme un mécanisme procédural dont la logique tient justement dans la cohérence technologique de cette règle, doit donc être regardée non seulement comme incomplète mais surtout mensongère.

La logique née de la thèse et transposée à d'autres systèmes ne pouvait pas ne pas déboucher sur le constat – paradoxale et destructeur pour un professeur de droit – de l'insuffisance voire de l'inexistence du droit. Ce scepticisme s'exprime aujourd'hui autour de deux principes qui se sont imposés un peu inconsciemment dans mon discours et qui deviennent récurrents dans mes cours : « **les règles de droit les plus importantes ne s'appliquent jamais dans les contextes sociaux où elles seraient nécessaires** » ou « **la compréhension véritable du droit,**

passé par l'utilisation d'instruments d'analyse extérieurs à la logique juridique ».

Le choix d'un tel sujet de thèse – au-delà de son apparent libellé juridique – ne pouvait déjà pas masquer une relation conflictuelle avec son environnement intellectuel et un sentiment d'illégitimité pour appartenir au monde des facultés de droit. Comment ne pas se souvenir ici combien le scepticisme a rendu ces trente années difficiles ? Difficile d'oublier ce sentiment de clandestinité et même parfois d'illégitimité au moment de parler de ses travaux devant des regards goguenards qui en disaient long sur la pensée dominante de l'époque. « **Ce n'est pas du droit** » fut très longtemps un anathème lancé à la face des « transitologues », regardés comme des traîtres à la pureté normative ou des nostalgiques de systèmes juridiques disparus.

Le constat de cette insatisfaction croissante à l'égard du Droit au terme de ce parcours ne peut pas ne pas interroger finalement sur le sens de ces trente ans. Doit-on y voir l'expression d'une capacité de distance épistémologique entre un observateur et l'objet de son observation ou – au contraire – d'une impasse personnelle, qui consacre une incapacité fondamentale à être « un véritable juriste » ?

On comprendra aisément qu'il n'appartient pas à l'auteur de ces lignes d'apporter une réponse...

Un dernier mot, enfin, comme une ultime certitude née en rédigeant cette thèse et qui ne m'a jamais abandonné. Celle de la nécessité – absolue – pour le juriste d'aller voir sur le terrain comment les choses se passaient et comment le droit était – ou pas – appliqué. Se déplacer en Europe de l'Est n'était pas simple en 1988. Mais il fallait y aller. Y aller pour voir, pour comprendre, pour ressentir. Pour aussi, échapper à la malédiction des Professeurs de Droit qui racontent des histoires qu'ils n'ont jamais vécues. Y aller pour en parler et pour partager avec les étudiants en amphithéâtre, pour qu'ils sachent vraiment et pour qu'ils comprennent à quoi tout ce que l'on enseigne peut bien servir.

Y aller aussi pour partager et pour essayer de se tourner vers ceux pour qui le droit n'est pas une science mais un espoir et une urgence. Derrière tous les phénomènes que nous étudions, il y a des personnes. Il ne faut pas détourner les yeux de cette réalité-là. Elle nous apprend tant de choses. Elle fait de nous de meilleurs juristes et de meilleures personnes. Cette population a longtemps été oubliée par les analyses qui se concentraient sur les normes, les lois et les constitutions. De grandes thèses sont venues depuis infléchir ce discours pour proposer une lecture plus critique du droit des transitions.

Si le Professeur ne peut que se féliciter de cette nouvelle vigilance et de cette épistémologie enfin plus exigeante, le constat reste amer – au soir de tant de lectures et de rencontres pour comprendre une réalité et d'heures de cours passées à la transmettre – de voir son objet d'étude incarner autant de douleurs et de se dire que ce mouvement que l'on a tenté d'accompagner tout au long d'une modeste carrière a également été parfois celui d'une manipulation à laquelle il a été si difficile de s'opposer.

De ma thèse et de ce voyage de trente ans que cet article m'a invité à accomplir, il restera finalement l'image d'un vieil homme à Moscou. Il était bardé de médailles témoignant de son comportement héroïque durant la seconde guerre mondiale. Il mendiait assis sur le trottoir.

Il incarnait cette population entière d'hommes et de femmes qui n'ont pas trouvé leur place dans les nouvelles sociétés et dont on a longtemps tenu la détresse pour négligeable. Il faut lire, avec Nicolas Offenstadt ou Svetlana Alexievitch, les paroles des ex-Allemands de l'Est ou des ex-Soviétiques pour comprendre aussi combien la démocratisation – tellement nécessaire – fut, pour certains exclus, un traumatisme et l'effondrement d'une vie. **« Moi, j'étais soviétique à quatre-vingt-dix pour cent... (...) Je me souviens de ce que disait Gaidar à la télé : Apprenez à faire du commerce... L'économie de marché nous sauvera... (...) Les gens écoutaient, ils étaient abasourdis. Je rentrais chez moi. Je fermais la**

porte et je pleurais. Maman a eu une attaque tellement tout cela lui faisait peur. Peut-être qu'ils voulaient faire quelque chose de bien, mais ils n'avaient aucune compassion envers leur propre peuple. Jamais je n'oublierai ces vieux qui mendiaient, alignés le long de la route. Avec leurs bonnets délavés et leurs vestons raccommodés ».

Tout comme la thèse soutenue en 1991, ils furent balayés par le vent de l'histoire. Ils ne purent jamais s'en relever.

C'est à eux aussi que, durant ces trente ans, je n'ai jamais cessé de penser.

Les particularités de la Common Law dans l'arbitrage international

Peter ROSHER - Partner Avocat à la Cour/Solicitor -
Energy & Natural Resources, Reed Smith

Introduction

Le titre de cet article évoque la notion de la « *Common law* ». Il convient, tout d'abord, de définir cette notion quelque peu abstraite :

DEFINITION CLE – *Common law*

n. f.

L'ensemble des règles qui constituent la base des systèmes juridiques anglais, gallois, américain et autres pays du Commonwealth. À l'inverse des systèmes issus du droit romain, qui s'appuient sur des textes écrits, ces règles ne sont pas écrites et sont établies par la jurisprudence.^[1]

Cela dit, et contrairement à ce que cette définition peut laisser croire, au sein de ce qu'on appelle la tradition de « *Common Law* », il existe toute une panoplie de pratiques qui varient radicalement d'un pays à l'autre. Il suffit de comparer, par exemple, les différences de procédure civile aux États-Unis et en Angleterre.^[2]

En arbitrage international, ces différences de pratiques sont exacerbées par le fait que chaque arbitrage est véritablement unique, influencé par toute une série de variables, dont, *entre autres*, les traditions juridiques spécifiques de chacune des parties, de leurs conseils et des membres du tribunal arbitral.

Il faut également ajouter l'impact que les décisions tactiques ou les pratiques individuelles des conseils peuvent avoir sur une instance arbitrale : ces facteurs ayant une influence comparable aux traditions juridiques.^[3]

Pour plus de justesse, il ne faudrait donc pas raisonner selon la seule dichotomie entre les traditions de *Common law* et de droit civil lorsqu'on parle d'arbitrage international. Nous ne vivons plus dans un monde segmenté entre *Common law* et droit civil, mais bien dans un monde juridique transnational.

L'arbitrage international est malléable et s'inspire principalement du principe de l'autonomie des parties. Cela se reflète largement dans les diverses règles institutionnelles et les instruments juridiques non contraignants (*soft law*) qui ont aidé l'arbitrage international à se développer, en identifiant les "bonnes pratiques" qui le régissent. En conséquence, l'arbitrage international ne peut pas se concevoir comme étant régi par un système ou une tradition juridique spécifique.

Dans le cadre des propos qui suivent, seul l'arbitrage international sera envisagé, à l'exclusion de l'arbitrage domestique, et de l'analyse des différences qui subsistent entre les législations arbitrales nationales.^[4] C'est ainsi que nous aborderons les particularités issues des traditions de *Common law* qui subsistent encore largement aujourd'hui dans l'arbitrage international.

A la recherche des particularités de la *Common law* dans la pratique de l'arbitrage

Au fil des ans, l'arbitrage international s'est inspiré de diverses traditions juridiques et des divers outils et solutions procédurales qu'elles offrent, notamment des pratiques des traditions juridiques de *Common law* et de droit civil.^[5] L'arbitrage international est une procédure « multifacette », capable de prendre les meilleurs éléments de ces différentes traditions et d'offrir des solutions hybrides qui sont devenues, au fil du temps, des "normes" internationalement acceptées dans la communauté internationale des affaires.

De ce fait, chaque norme est en réalité souvent influencée par la *Common law* ou par une autre tradition.

Il convient également de préciser que les différences entre les approches de *Common law* et de droit civil en matière de litiges sont substantielles, et ce particulièrement dans le cadre de l'arbitrage, malgré l'élaboration des bonnes pratiques procédurales internationales décrites ci-dessus.^[6]

Néanmoins, pour prendre quelques exemples notables des traces de l'influence de la *Common law* qui subsistent en arbitrage international :

1. **Le choix de la langue de l'arbitrage international** : Le fait que la *Common Law* soit issue des pays anglophones, auquel s'ajoute la présence importante de praticiens de *Common Law* en arbitrage international, a une influence significative sur le choix de la langue des procédures arbitrales : l'anglais y prédomine depuis des années. Ainsi, bien que les sentences arbitrales approuvées par la CCI en 2019 aient été rédigées dans près de 12 langues, l'anglais reste de loin la plus utilisée (représentant 79 % des sentences rendues).^[7]
2. **L'administration de la preuve par témoin** : Dans le cadre d'un arbitrage commercial international, il est courant que les mémoires déposés par les parties soient accompagnés de déclarations de témoins écrites.^[8] Cet outil, qui est indéniablement un élément essentiel de la tradition de la *Common law* (il suffit de se référer, par exemple, à la procédure civile en Angleterre^[9]), est devenu au fil des ans un mode de preuve fondamental de l'arbitrage international, et ainsi une "norme" internationalement acceptée.^[10]

Outre l'échange de déclarations écrites des témoins, le concept de *cross-examination* - un autre élément essentiel de la tradition de *Common law* (encore une fois, il suffit de se référer à la procédure civile en Angleterre^[11]) - est également devenu un élément clé de l'arbitrage international. Il s'agit pour l'avocat d'interroger le témoin de la partie adverse afin de discréditer

son témoignage, de corroborer les témoignages d'autres témoins qui sont favorables à son propre client et/ou de renforcer l'argumentaire de son client. La *cross-examination* en arbitrage international se déroule en trois étapes :

- (a) En début d'audience, à la suite des plaidoiries d'ouverture, l'avocat de la partie demanderesse appelle ses témoins dans l'ordre selon lequel il est prévu que ces derniers comparaissent. L'avocat de la partie demanderesse demande ensuite au témoin d'indiquer son nom et son adresse et de confirmer si le témoignage ou les déclarations écrites qu'il a déjà fournis pendant la procédure d'arbitrage sont à sa connaissance véridiques (il s'agit de la phase dite d'*examination-in-chief*). A ce stade, c'est tout ce que fera l'avocat de la partie demanderesse, même si le témoignage doit être quelque peu modifié, auquel cas, l'avocat de la partie demanderesse invitera le témoin à corriger son témoignage.
- (b) Le témoin est ensuite interrogé sur sa déclaration écrite par l'avocat de la partie défenderesse : il s'agit de la phase de *cross-examination*. Le contre-interrogatoire ne se limite pas aux questions abordées dans l'attestation écrite du témoin - même s'il sera principalement orienté sur cette déclaration : le témoin peut être interrogé sur tout point pertinent.
- (c) Une fois la *cross-examination* terminée, l'avocat de la partie demanderesse peut demander à interroger une nouvelle fois le témoin (il s'agit de la phase dite de *re-examination*). Le principal objectif de ce nouvel interrogatoire est de pouvoir permettre au témoin de clarifier les points soulevés lors de la *cross-*

examination. Le nouvel interrogatoire se limite dans ce cadre aux questions posées au cours de la *cross-examination* et ne peut évoquer de nouveaux sujets.

3. **Le recours à des experts nommés par les parties** : Le recours à des experts nommés par chaque partie pour répondre à des questions techniques ou des questions de droit constitue un autre exemple de l'influence de la *Common Law* sur l'arbitrage international. Traditionnellement, dans l'arbitrage international, les experts - qui sont directement nommés par les parties - soumettent des rapports écrits, suivant ainsi les règles de la procédure en vigueur en Angleterre.^[12] Les experts fournissent aussi généralement un témoignage oral au cours de l'audience arbitrale et, tout comme les témoins de faits, et conformément à la procédure civile anglaise, sont soumis à la *cross-examination*.^[13]
4. **Les réquisitions de documents** : L'influence de la *Common Law* se manifeste également dans la manière dont les parties peuvent réquisitionner des documents dans le cadre d'un arbitrage international. Concernant la procédure de réquisition de documents, l'arbitrage international adopte un processus soi-disant hybride, conciliant les procédures anglo-saxonnes de *disclosure/discovery*, et l'injonction résultant de la tradition civile. Tout d'abord, chaque partie soumet avec ses mémoires tous les documents auxquels ses écritures se réfèrent. Le mécanisme de réquisition de documents le plus utilisé est celui du *Redfern Schedule*, prévu notamment à l'article 3 des Règles de l'IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage International. Selon ce mécanisme, chaque partie peut demander à la partie adverse des documents en sa possession, dans la limite des catégories de documents « pertinentes ». Cette procédure - par laquelle les parties sont contraintes de communiquer à leur adversaire toutes les pièces pertinentes qu'elles

ont en leur possession, qui répondent à des demandes, y compris celles qui peuvent aller à l'encontre de leurs intérêts économiques, est particulièrement prisée dans les systèmes judiciaires de *Common law*, bien que le degré de respect de ces règles dépende des personnes impliquées dans la procédure.

Conclusion

Il est régulièrement affirmé qu'en pratique, l'arbitrage international tend à se fonder sur le système de *Common law*, et que les tribunaux suivent les règles et pratiques de ce système juridique.

Ce constat se confirme dans une certaine mesure, mais connaît des variations. Tout d'abord, des critiques croissantes sont opposées à cette influence forte, et certains considèrent que ces inspirations anglo-saxonnes sont à l'origine d'une augmentation des coûts de l'arbitrage international.[14] Il suffit de voir le travail des auteurs du Règlement de Prague 2018, qui impute à la pratique actuelle une longueur excessive des procédures associée à celle que l'on rencontre dans la pratique des procédures de *Common law*. En effet, dans ces procédures, il peut arriver que, dans un souci de célérité et d'efficacité de résolution du conflit, les arbitres soient enclins à contourner les procédures de cross-examination ou de réquisition de documents, souvent très longues et coûteuses pour les parties.

Cela dit, il ne faut pas non plus surestimer l'impact de l'influence de la *Common law*. Comme mentionné plus haut, dans de nombreux cas, les différences d'approches adoptées par les avocats et les tribunaux peuvent être tout autant

attribuables à d'autres facteurs que les différences culturelles ou juridiques, telle que la stratégie mise en place par les conseils.

Ainsi, lorsqu'elle est pratiquée dans des limites raisonnables (par exemple, limitant le nombre de témoins, ou contrôlant la manière dont les témoins sont interrogés, et pas de production excessive de documents), la procédure d'arbitrage international représente d'aujourd'hui une bonne combinaison des divers systèmes juridiques, y compris la *Common law*.

^[1] Larousse. Common law. Dans Dictionnaire en ligne. Consulté le 8 juin 2021 sur https://www.larousse.fr/dictionnaires/anglais-francais/common_law/571352

^[2] Voir, à ce sujet, Gary B. Born, 'International Commercial Arbitration', Chapitre 15 : Procédures in *International Arbitration*, à page 2371 : « *Il n'existe pas de formule procédurale fixe pour les arbitrages de "common law" ou de "droit civil", les arbitrages internationaux aux Etats-Unis, en Angleterre et dans d'autres juridictions de common law variant largement entre eux en termes d'approches procédurales, comme c'est le cas pour les arbitrages en Europe continentale et dans d'autres traditions de droit civil, qui ne suivent pas non plus de modèle fixe ou uniforme de "droit civil"* » (traduction libre de l'anglais)

^[3] *Ibid*, à la page 2372.

^[4] Bien qu'il ait été suggéré que dans le processus de renouvellement et d'adaptation de leurs législations, les législateurs ont largement effacé les principales différences existantes entre leurs lois nationales sur l'arbitrage. Voir, par exemple, Bernard Hanotiau, "International Arbitration in a Global Economy : The Challenges of the Future", *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International ; Kluwer Law International 2011, Volume 28 Issue 2) pp. 89 - 103, p. 93.

^[5] Voir, à ce sujet, par exemple : Gary B. Born, 'International Commercial Arbitration', 'Chapter 15 : Procédures in *International Arbitration*', page 2291 : « *Dans de nombreux cas, l'arbitrage international peut produire un mariage heureux de droit civil, de common law et d'autres procédures qui est efficace* » (traduction libre de l'anglais) ; Klaus Peter Berger, 'Common law vs. Civil law in international arbitration : The beginning or the end ?', *Journal of International Arbitration*, Volume 36, Issue 3 (2019) pp. 295 ; R. Trittmann et Boris Kasolowsky, 'Taking evidence in arbitration proceedings between common law and civil law traditions - the development of a European hybrid standard for arbitration proceedings', *UNSW LJ Vol 31(1)*, 330. Voir également, Kerr, *Concord and Conflict in International Arbitration*, 13 *Arb. Int'l* 121, 125-26 (1997), cité dans Gary B. Born, 'International Commercial Arbitration', *Supra*, « [L'arbitrage commercial international] parvient à abolir les distinctions entre les pratiques et philosophies traditionnelles des systèmes de common law et de droit civil en produisant une fusion de leurs meilleurs aspects » (traduction libre de l'anglais).

^[6] Par exemple, un arbitrage international ayant son siège à Londres et dans lequel toutes les parties et leurs conseils connaissent bien la procédure civile en Angleterre peut très bien ressembler à la procédure civile anglaise plutôt qu'à un arbitrage international, si les parties le souhaitent. Dans ce cas, au lieu de l'échange de mémoires classiques qu'on peut trouver dans un arbitrage typique (où les parties ont tendance à exposer l'intégralité de leurs demandes ou de leur défense, y compris tous les arguments de fait et de droit, ainsi que tous les documents

factuels, déclarations de témoins, et rapports d'experts sur lesquels elles s'appuient), les parties vont présenter des observations beaucoup plus brèves et concises exposant tout simplement la base factuelle de leur demande et défense. Ce n'est que plus tard dans la procédure que les parties vont échanger des documents, ainsi que des déclarations de témoins etc...

^[7] Statistiques ICC Dispute Resolution 2019.

^[8] Voir, par exemple, le Règlement de l'IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage International 2020 (« Règlement IBA »), article 4(4).

^[9] Voir Règles de procédure civile, règle 32.

^[10] Un sondage des arbitres, praticiens et juristes des juridictions de droit civil et de *Common law* réalisé en 2012 a montré que la majorité préfère l'échange des témoignages et l'utilisation du contre-interrogatoire dans l'arbitrage international. « *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process* » The School of International Arbitration at Queen Mary University London (QMUL), 2012, page 3.

^[11] Voir les Civil Procedure Rules, règle 32, paragraphes 32.7, 32.11, qui prévoient que la déclaration écrite du témoin constitue l'*examination-in-chief* – comme c'est également la pratique en arbitrage. Ce n'est pas le cas en droit américain, où les dépositions et les interrogatoires directs sont monnaie courante.

^[12] Voir les Civil Procedure Rules, règle 35.

^[13] D'autres tendances liées à la preuve par expert dans l'arbitrage international, notamment le « hot-tubbing » des experts, se retrouvent également dans la procédure de *Common law*. Voir, par exemple, le paragraphe 11 des Civil Procedure Rules, Practice Direction 35.

^[14] Voir Rushton, Legal Business Arbitration Report 2008, p. 19, où il est suggéré que les coûts de l'arbitrage de droit civil ne représentent qu'un tiers de ceux de l'arbitrage de type américain ou de *Common law*.

Sur le droit monégasque : brefs propos descriptifs

Jean-Pierre GRIDEL - Agrégé des Facultés de Droit –
Conseiller-doyen à la Cour de cassation française

Montesquieu l'avait écrit, le doyen François Gény l'a systématisé, les sources réelles du droit d'un pays sont souvent à rechercher dans son histoire et sa géographie ; l'assertion est particulièrement féconde lorsque l'on se penche sur le droit monégasque.

Géographiquement, Monaco est une petite mais vraie nation, une terre d'Europe occidentale et méditerranéenne, certes limitée à 202 hectares de surface et constitutionnellement érigée en commune unique¹, mais située dans une région réputée pour l'agrément de ses paysages et de son climat, dotée d'une façade maritime de 4,1 kilomètres, bordée de tous autres côtés par la France, non loin de la commerçante Italie, et au carrefour de diverses voies de circulation terrestres et maritimes: l'on devine donc, au-delà de certaines apparences réductrices, les dynamiques et nécessaires récupérations d'espaces -notamment sur la mer - et les constructions immobilières denses, parfois gigantesques, en hauteur comme en sous-sol ; l'on devine aussi les activités d'affaires et de banque, de tourisme et de services, de culture, de loisirs et de jeux, ainsi que l'attraction exercée à des fins d'habitat épisodique ou permanent², ou de domiciliation professionnelle de personnes physiques ou morales ; l'on devine encore les échanges organisés avec les pays proches ou moins proches, mais aussi les activités salariées que des milliers d'hommes et de femmes, munis d'un permis de travail, viennent journallement exercer depuis les villes et communes françaises situées à quelques kilomètres, Monaco étant à cet égard un bassin d'emplois, souvent mieux rémunérés, en lien toutefois avec un coût de la vie plus élevé. En contrepoint, de tout ce qui précède, le juriste pressent maints

¹...administrée par une municipalité de citoyens monégasques élus au suffrage universel (Constitution, a. 78).

² Au 31 décembre 2020, environ 39 000 habitants dont 8378 Monégasques, mais des milliers de titulaires de la carte de « résident », relevant de 139 nationalités (dont : 9286 Français, 8172 Italiens, 2795 Britanniques, 1187 Suisses, etc...). La Constitution (a. 18) et la loi (n° 1.155 du 18 décembre 1992) régissent strictement l'acquisition et la perte de la nationalité monégasque, même si « l'étranger jouit dans la Principauté de tous les droits publics et privés qui ne sont pas formellement réservés aux nationaux » (que sont notamment l'électorat et éligibilité ; l'entrée dans l'Administration; l'exercice de la profession d'avocat ; la fonction de juré criminel ; le jeu de la protection de certains locaux à usage d'habitation antérieurs au 1er septembre 1947).

litiges potentiels...: en Principauté comme ailleurs, tous les jours, de nombreux contrats sont passés ou s'exécutent, des dommages contractuels ou délictuels surviennent, des débiteurs contestent leurs dettes, des entreprises prospèrent ou périssent, les individus ont des enfants, se marient, divorcent, tombent malades, se consentent des libéralités, décèdent, les malversations pénales, les irrégularités fiscales ou urbanistiques sont poursuivies, le respect du code de la route est bien contrôlé, certaines activités menacent l'environnement, le cosmopolitisme sus-évoqué est à la base de demandes d'exequatur et de recours à des conventions d'entraide internationale face à certaines délinquances...de sorte que, effectivement, civiles ou pénales, les juridictions monégasques ne chôment pas.

Historiquement à présent, il suffira de rappeler que, au départ, « le rocher » de Monaco est un alleu conquis par le premier Grimaldi sur les Génois en 1297, devenu seigneurie conservée au cours des siècles par ses descendants ou descendantes, transformée en principauté en 1614, et, cas presque unique, ni rentrée dans les possessions de la monarchie française, ni asservie par aucune autre couronne voisine. Mettant les choses au net, l'article 1er de la Constitution¹ dispose : « La Principauté de Monaco est un État souverain et indépendant dans le cadre des principes généraux du droit international et des conventions particulières avec la France ». Voilà qui annonce, indépendamment de la réalité d'un fait français en Principauté², le constant souci de cette dernière de conserver sa liberté notamment dans l'élaboration de sa politique, comme dans la conception de ses structures gouvernementales ou dans l'encadrement de la

¹ du 17 décembre 1962. Et le code de la mer (loi n° 1.198, 27 mars 1998) dispose : a. L 210-1 « L'État monégasque exerce sa souveraineté sur les eaux territoriales et ses droits souverains sur les espaces maritimes situés au-delà de la mer territoriale, dans les conditions prévues par les conventions internationales sur le droit de la mer et par les ordonnances souveraines nécessaires pour leur application ». a. L 210-2 : Les limites territoriales de la Principauté et les limites des espaces maritimes situés au-delà de la mer territoriale sur lesquelles la Principauté exerce ou peut exercer ses droits souverains sont fixés par la convention de délimitation maritime franco-monégasque du 16 février 1984 » (rendue exécutoire par ordonnance n° 8.403 du 30 septembre 1985).

² A. 8 de la Constitution : « La langue française est la langue officielle de l'Etat ».

vie juridique courante, administrative, sanitaire, civile, commerciale, pénale. On ne sera donc pas surpris de voir construire cette brève présentation du droit monégasque autour des deux idées de la forte préservation de l'identité nationale, corollaire de toute authentique souveraineté (I), et d'une particulière inspiration venue de France, conséquence de l'histoire comme du voisinage d'un pays par lequel la Principauté est uniformément bordée (II).

I LA PRESERVATION JURIDIQUE DE L'IDENTITE NATIONALE

C'est dans l'organisation officielle des Pouvoirs Publics, et donc dans son droit public, que la spécificité monégasque se manifeste avec le plus d'intensité. État au sens du droit international,¹ la Principauté de Monaco est, constitutionnellement, une monarchie (A), catholique et européenne (B).

A. La Principauté de Monaco est une monarchie constitutionnelle

Dans cette monarchie, la couronne est héréditaire, et la Constitution en régit la dévolution (a. 10). La Constitution expose, clairement aussi, la machinerie subtile qui aménage la forte prééminence politico-juridique du Prince, sans organiser pour autant une monarchie absolue : « Le Prince exerce son autorité souveraine en conformité avec les dispositions de la Constitution et des lois » (a. 12). On s'en tiendra ici à quelques grandes lignes.

¹ Un territoire, une population, une organisation des Pouvoirs publics, cf. Georges Grinda, op. cit., p. 13 et s. Le Prince représente la Principauté dans ses rapports avec les puissances étrangères (a. 13), signe et ratifie les traités et accords internationaux, parfois après leur nécessaire ratification par une loi.

1) Quid du pouvoir normatif (législatif et exécutif) ?

Le pouvoir exécutif relève du Prince,¹ qui « exerce son autorité souveraine conformément à la Constitution et aux lois » (a. 12), qui a l'initiative des lois, les sanctionne et les promulgue, rend les ordonnances nécessaires à leur exécution ou à celles de l'application des accords ou traités internationaux, soumet le cas échéant à l'avis du Conseil d'État des projets de lois ou d'ordonnances; un Ministre d'État, assisté d'un Conseil, est investi de l'exercice du gouvernement, sous la haute autorité du Prince; représentant du Prince, le Ministre d'État dirige les services exécutifs, dispose de la force publique, préside avec voix prépondérante le Conseil de Gouvernement, présente au Prince les ordonnances qui ont été délibérées, afin que sa signature vienne leur donner force exécutoire; un Conseil National, composé de vingt-quatre citoyens monégasques élus pour cinq ans au suffrage universel direct, vote le budget, délibère et vote les lois; exerçant expressément avec le Prince le pouvoir législatif (a. 4), dont la mise en œuvre implique nécessairement l'accord de leurs deux volontés (a. 4 et 66), le Conseil National, en outre, ratifie les traités ou accords d'une importance particulière visés à l'article 14 de la Constitution. Enfin, un Conseil de la Couronne, composé de sept Monégasques nommés par le Prince, dont trois présentés par le Conseil National mais hors son sein, est consulté, obligatoirement ou facultativement, sur des objets majeurs affectant la Principauté².

¹ Sa personne est inviolable (a. 3), et la date de sa fête est jour férié. En outre, le Prince exerce le droit de grâce et d'amnistie, de naturalisation et de réintégration dans la nationalité, confère les ordres, titres et autres distinctions. Toutefois, il n'y a pas de structures aristocratiques intermédiaires entre les sujets et le Prince; lui seul et ses descendants portant certains titres nobiliaires.

² A. 75 et s.

2) Et la Justice ?

La Constitution- après avoir précisé que l'indépendance des juges est garantie par leur inamovibilité – concrétise aussi l'indépendance en disposant que la Justice est rendue au nom du Prince, qui délègue néanmoins « le pouvoir judiciaire » aux cours et tribunaux. Si l'organisation juridictionnelle ordinaire (des juridictions pénales d'instruction et de jugement, des juridictions civiles de premier degré, une cour d'appel à diverses chambres, toutes coiffées par une Cour suprême à mission d'examen des pourvois dénonçant une violation de la loi) est proche de celle que connaît la France - et sera pour cette raison traitée plus loin- l'existence d'un Tribunal suprême, que l'on pourrait considérer, à lui seul, comme un ordre juridictionnel autonome, est, à bien des égards, une spécificité monégasque.¹ Créé dès 1911 pour examiner les recours en annulation, appréciation de validité et indemnité ayant pour objet une atteinte aux libertés et droits (aujourd'hui, tels que consacrés par la Constitution en son titre III, a. 17 à 32²), ce « Tribunal » est, l'une des plus anciennes juridictions constitutionnelles du monde ; concrètement, chacun peut, au regard de ces libertés et droits, tenter d'obtenir l'annulation totale ou partielle d'une loi non conforme au titre III de la Constitution ou à ses textes d'application. En outre, le Tribunal connaît aussi, depuis 1962 -outre de la conformité du règlement intérieur du Conseil National à la Constitution et aux lois -des recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des diverses autorités administratives et les ordonnances souveraines prises pour l'exécution des lois, ainsi que l'octroi des indemnités qui en résultent. Le tribunal statue par la voie d'une action

¹ Const., a. 89 à 92 ; ordonnance souveraine n° 2984 du 16 avril 1963 « Le Tribunal suprême », in G. Grinda, op. cit .

² A savoir , encadrés légalement s'il y a lieu : l'égalité devant la loi, la liberté et de la sûreté individuelles, l'inviolabilité du domicile, le respect de la vie privée et le secret de la correspondance, la liberté d'opinion, la liberté des cultes, l'inviolabilité de la propriété, la liberté du travail, l'action syndicale, le droit de grève, le droit de pétition, la liberté d'association, l'abolition de la peine de mort, la non rétroactivité des lois pénales, la non soumission à des traitements cruels, inhumains, dégradants.

directement portée devant lui, ou sur renvoi préjudiciel opéré par une juridiction ordinaire en conséquence d'une exception d'inconstitutionnalité sérieuse portée devant elle¹.

La monarchie constitutionnelle monégasque réalise ainsi le véritable « état de droit », entendant par-là la conjonction entre des attributions de compétences organiques juridiquement définies au plus haut niveau et une possibilité effective de soumettre à un juge les éventuels conflits à résoudre ou besoins d'interprétation qui peuvent en naître. Par ailleurs, de par la Constitution, l'État monégasque est catholique et européen.

B. La Principauté de Monaco est une monarchie catholique et européenne

1/ En écho avec le « Deo juvante », de la devise portée sur le blason de la Maison des Grimaldi, dynastie régnante, l'article 9 de la Constitution dispose : « La religion catholique, **apostolique** et romaine est religion d'État ». Toutefois, la liberté de conscience demeure pleine et entière, puisque - est-il précisé à l'article 23 - « la liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toutes matières sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. Nul ne peut être contraint de concourir aux actes et aux cérémonies ni d'en observer les jours de repos »². Les dimanches et de grandes fêtes du calendrier chrétien y

¹ 15 décisions en 2020, 18 en 2019. C'est ainsi qu'un arrêt du Tribunal suprême du 2 décembre 2020, 2020-12, Fédération des entreprises monégasques C/ Etat de Monaco (JCP 7 juin 2021, p. 1090, 614) rejette le recours en inconstitutionnalité introduit contre une loi n° 1-488 du 11 mai 2020 qui, pour faire face à l'épidémie de la Covid 2019, a interdit certains licenciements, et rendu le télétravail obligatoire lorsqu'il est techniquement possible : ces dispositions ne violent pas les articles 24 et 25 de la Constitution (liberté du travail, droit de propriété sur l'entreprise), dès lors qu'elles ont été prises en vue de l'intérêt général, sont justifiées au regard de circonstances exceptionnelles, ne sont pas excessives, et sont limitées dans le temps.

² Les articles 205 et s. du code pénal incriminent diverses modalités de l'« Entrave au libre exercice des cultes »

sont jours fériés, sans oublier la date de la Sainte Dévote, patronne de la Principauté. Comme dans la France d'avant 1884, un crucifix domine le juge dans la salle d'audience, et la journée de rentrée solennelle des juridictions commence par la messe du Saint-Esprit célébrée à la cathédrale, en présence des autorités officielles, chacun magistrat étant évidemment libre de ne pas s'y rendre. Les relations avec le Saint-Siège sont régies par un Concordat de 1887, qui a été à l'origine de la création du diocèse de Monaco, alors détaché de celui de Nice, de l'entretien du clergé des cinq paroisses monégasques par l'État, et de la reconnaissance d'une influence de l'évêque sur l'enseignement ; depuis, un traité de 1981 a élevé ce siège épiscopal à la dignité d'archevêché.¹

2/ L'attachement officiel de la Principauté, tel qu'il est vécu, « aux valeurs européennes », ne se limite pas aux racines chrétiennes du continent. On a vu (supra, note 10) la liste des libertés et droits fondamentaux que proclame et protège la Constitution et les recours possibles devant le Tribunal suprême (a. 17 et s. de la Constitution, a. 90, supra), et il est facile de souligner leur proximité avec le contenu des deux déclarations du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, la Principauté ayant, du reste, ratifié La Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales².

Néanmoins, la Principauté, si elle entend demeurer maîtresse chez elle, cherche, comme l'écrivait Georges Grinda, « les formules qui lui permettent de concilier au mieux sa fragilité économique et démographique avec le processus d'unification européenne »³. La Principauté, qui, sans appartenir à l'Union européenne, est néanmoins dans « la zone euro », entend évidemment protéger son identité contre une marée de règlements communautaires auxquels elle n'aurait pas consenti, comme contre l'implantation de personnes d'origines

¹ G. Grinda, op. cit, p. 125 et s. « Les cultes ». L'archevêque est nommé par le pape après consultation-concertation avec le Prince.

² Avec quelques réserves, tenant notamment au régime de transmission de la Couronne.

³ G. Grinda, op. cit. p. 39 et s.

diverses que permettrait la liberté d'établissement. La notion de « communauté de territoires » avec la France permet, sans convention particulière avec l'Union, l'application indirecte de lois venues de celle-ci, en matière de droit douanier, bancaire, monétaire, de transports routiers, de commercialisation de produits divers.

Ainsi, l'État de Monaco, héritier de son histoire et confronté à un environnement géo-politique ou idéologique qui se ferait volontiers envahissant, affirme et protège, par le droit, la forte et spécifique identité de lui-même, du pays qu'il régit et de sa population. Cela n'empêche pas, en dehors des matières de droit public et de droit international, de percevoir, à Monaco, une influence particulière du droit français.

II. LA PERMEABILITE MESUREE DU DROIT MONEGASQUE AU DROIT FRANÇAIS

Le juriste de droit occidental continental n'est pas vraiment dépaycé, et le Français encore moins, lorsqu'il découvre le quotidien du droit privé monégasque : indépendamment de ce que le vocabulaire juridique y est le même, les sources « formelles », pour reprendre encore le vocabulaire de Gény sont, comme ailleurs, le texte ¹, la coutume, la jurisprudence², et les dispositions ou solutions positives qui en résultent sont souvent identiques ou très proches de celles de la France. Néanmoins, l'on ne saurait voir là un quelconque

¹ la loi stricto sensu, souvent codifiée, les ordonnances souveraines, les engagements internationaux ratifiés.

² *Secunder, suppléer ou corriger le droit civil* (: signifiant le *droit légal* de la Cité, stricto sensu ; permanente actualité de cette célèbre formule du Digeste, 1,1,7,1) : médecin administrant la loi, le juge n'a un rôle autonome à jouer que si celle-ci n'est pas applicable littéralement et immédiatement.

psittacisme : la Principauté a ses propres codes¹, de sorte que, même si les magistrats ont fait en France leurs études de droit, et sont parfois eux-mêmes des Français détachés, le droit qu'ils appliquent n'est en rien un mimétisme ou conformisme ou renvoi au droit français²: tout au contraire, si s'appliquent ces dispositions et solutions monégasques qui évoquent ou sont si souvent celles de la France, c'est parce que, préalablement, les organes normatifs ou juridictionnels de la Principauté les ont préalablement et nécessairement reprises, repensées, parfois modifiées, parfois conservées face à des réformes françaises plus ou moins récentes ; donc ni vraiment le même, ni tout à fait distinct. On va s'en rendre compte, tant structurellement que substantiellement, en survolant l'organisation judiciaire monégasque (1) et quelques aspects du droit matériel (2).

1) L'organisation judiciaire monégasque, différente de celle de la France, n'est pas radicalement une autre pour autant, en ce sens que sa logique est vite accessible, de sorte que le parallélisme, les analogies et les dissemblances se perçoivent sans grande difficulté : il suffit de lire avec attention. Ainsi, le Ministère public n'appelle aucun commentaire notable, si ce n'est qu'il est d'une particulière indivisibilité, en ce sens supplémentaire que chacun de ses membres peut intervenir devant n'importe quelle juridiction où il a à être représenté. Au siège, l'on retrouve la fréquence de la collégialité des juges, du double degré de juridiction, de la recherche de la conciliation préalable dans certains conflits ; en matière répressive, la mise en mouvement par les personnes auxquelles elle est confiée par la loi ou par la partie lésée, ou, encore, la séparation de la poursuite

¹ Codes civil, de commerce, de la mer, pénal, de la route, de procédure civile, de procédure pénale, etc...Il peut même arriver qu'une disposition légale, exactement recopiée du droit français, reçoive néanmoins du juge monégasque une interprétation différente.

² Le droit matériel français ne trouve à s'appliquer, tel quel, en tant que droit étranger, que si une disposition de la loi 1.448 du 28 juin 2017, portant code de droit international privé monégasque, le prévoit (jeu du conflit de lois en général, a. 21 et s. ; choix des parties au contrat, a. 68 et s. ; lex loci delicti, a. 79 , etc...). Et, en cas de vide textuel, le juge monégasque, à l'instar du juge français, construit une solution à partir des principes généraux de son propre droit.

et de l'instruction ; l'existence d'un suprême juge du droit pour dominer et harmoniser l'ensemble, la matière relevant, constitutionnellement, de la loi¹, pour tout ce qui est l'organisation, la compétence, le fonctionnement des juridictions, le statut des juges².

Les premiers articles de la loi n° 1.398 de 2013, relative à l'administration et à l'organisation judiciaires traite du Directeur des services judiciaires, secrétaire d'État, nommé par ordonnance souveraine, qui assure la bonne administration de la justice. L'article 11 de la même loi dispose que la justice, déléguée, « est rendue, au nom du Prince, par une justice de paix, un tribunal de première instance, une cour d'appel, un tribunal criminel et une Cour de révision, sans préjudice des autres juridictions judiciaires prévues par la loi. Leurs compétences et attributions sont déterminées par les lois en vigueur ». Commentons brièvement, en suivant l'ordre légal.

a/ Le juge de paix ; et le tribunal du travail, son satellite

Juge unique, le juge de paix connaît, après échec de la conciliation en principe préalablement tentée devant lui, en matière civile, sans appel jusqu'à la valeur de 1800 euros, à charge d'appel jusqu'à la valeur de 4600 euros, de toutes actions personnelles et mobilières, ainsi que, selon des taux de ressort d'espèce, de diverses réclamations d'indemnités, contestations d'hôtellerie ou de voyages, contestations locatives ou de voisinage³ ; en matière pénale, il connaît des contraventions punies d'une amende inférieure à 750 euros ou d'un emprisonnement de cinq jours et au-dessous. En outre, le juge de paix, alors assisté de deux employeurs et deux salariés, préside le bureau de jugement

¹ Constitution, a. 88 al. 2 ; codes de procédure civile (1896), pénale (1963) ; loi n° 1.398 du 24 juin 2013 « relative à l'administration et à l'organisation judiciaires ».

² Lois n° 783 du 15 juillet 1965, portant organisation judiciaire, et n° 1364 du 16 novembre 2009 portant statut de la magistrature ; Recueil de principes éthiques et déontologiques des magistrats, Journal de Monaco, 29 novembre 2019.

³ Code de procédure civile, a.6 à 20.

du tribunal du travail, statuant parfois en premier et dernier ressort, lorsque le conflit individuel de l'employeur et du salarié n'a pu être amiablement résolu par l'intervention du bureau de conciliation, lui-même composé d'un employeur et d'un salarié.

b/ Le tribunal de première instance et ses divers satellites

-Similitudes et dissemblances rendent l'étude de cette juridiction tout à fait stimulante pour le juriste français. Statuant à trois juges, le tribunal de première instance, outre des délits correctionnels, connaît, en matière civile et commerciale (il n'y a pas de juridiction consulaire à Monaco), des actions qui , en raison de leur valeur ou de leur nature, ne rentrent pas dans la compétence matérielle de la justice de paix ; il est aussi juge administratif de droit commun, car il statue sur les litiges susceptibles de naître à l'occasion du fonctionnement de l'Administration (dommage illicite né d'un contrat administratif, ou du fonctionnement défectueux d'un service public), autres que ceux dont la connaissance est attribuée à une autre juridiction (Tribunal suprême, supra). Le tribunal de première instance traite, encore, des appels, lorsqu'ils sont permis, à l'encontre des jugements du juge de paix, du juge de police ou du tribunal du travail, et des sentences arbitrales, ainsi que de l'expropriation et des actions qui s'y rattachent.

-quant aux importantes « juridictions satellites » du tribunal de première instance, il s'agit déjà de deux magistrats professionnels, constituant chacun une juridiction propre : son président lui-même, lorsqu'il statue en référé.¹ Par ailleurs, il y a davantage à dire du juge tutélaire, parce que son portefeuille attributionnel est considérable : les mesures que nécessitent la protection des mineurs et celle des majeurs incapables, le juge étant alors autorisé à se saisir

¹ A. 20 CPC.

d'office ; les difficultés auxquelles peuvent donner lieu certains rapports familiaux légalement précisés¹. Avec des nuances, l'on dira que le juge tutélaire monégasque cumule les fonctions françaises du juge des tutelles, celles du juge des enfants, et, pour partie, celles du juge aux affaires familiales : surveillance des administrations légales et des tutelles des incapables, avec pouvoirs d'intervention modulés selon qu'il s'agit d'un majeur ou d'un mineur² ; assistance éducative à l'égard de tout mineur dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises³ ; à propos de l'enfant de parents séparés de corps ou divorcés, il est seul habilité à en modifier la garde, à modifier la charge ou le montant de la pension alimentaire, à organiser le droit de visite⁴ ; ses décisions sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel, statuant en chambre du conseil. Enfin, le juge tutélaire est pièce maîtresse du droit des mineurs délinquants⁵ : substitué au juge d'instruction, quelle que soit la qualification de l'infraction, il fera procéder aux enquêtes et examens de personnalité nécessaires, décidera du principe et des modalités de la détention provisoire du mineur si elle s'impose, le renverra devant la juridiction au fond devant laquelle il sera nécessairement entendu, ou rendra même une ordonnance de non-lieu si tel est l'intérêt du mineur et s'il n'y a pas ou plus de constitution de partie civile, avec, le cas échéant, placement ou mise en liberté surveillée.

-Au titre des simples « institutions satellites » du tribunal de première instance, sont à mentionner aussi les deux commissions arbitrales des baux commerciaux⁶ et des baux d'habitation⁷ : l'une et l'autre statuent, après l'échec d'une tentative de conciliation, et avec possibilité d'appel, sur les litiges

¹ A. 830 cpc.

² A. 837-838 CPC et 333 et s. C. civ.

³ Art. 833 et s. CPC ; 317 et s. C. civ.

⁴ A. 831 CPC.

⁵ Lois n° 740 du 25 mars 1963 « relative aux mineurs délinquants » ; ordonnance n° 3031 « fixant les modalités d'application de la loi n° 740 du 25 mars 1963 relative aux mineurs délinquants ».

⁶ Loi n° 490 du 24 novembre 1948, concernant les baux à usage commercial, industriel ou artisanal.

⁷ . Loi n° 1235 du 28 décembre 2000 relative aux conditions de location de certains locaux à usage d'habitation construits ou achevés avant le 1^{er} septembre 1947.

opposant les preneurs et les bailleurs, la première quant aux conditions de renouvellement de révision de non renouvellement des baux commerciaux, la seconde au sujet des prix de location, charges locatives, révision des loyers. L'une et l'autre comprennent le président du tribunal, ou un magistrat qu'il a délégué, assisté d'assesseurs représentant bailleurs et locataires.

c/ La cour d'appel, juridiction de second degré, formation guère éloignée du système français, connaît de l'appel des jugements du tribunal de première instance¹ et de ceux rendus en matière correctionnelle². Composée d'un Premier Président, d'un vice-président et de conseillers, la cour d'appel est complétée, en cas de nécessité, par des magistrats du premier degré n'ayant pas antérieurement connu de l'affaire. La comparution se fait nécessairement par avocat-défenseur³, mentionné sur l'exploit d'assignation, lequel comporte l'exposé des griefs et motifs ; comme en France, eux seuls saisissent la cour, et les parties, qui, en principe, ne sont pas autorisées à former une demande nouvelle, peuvent en revanche, pour justifier celles qui avaient été soumises au premier juge, invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves.

d/Le tribunal criminel est le frère presque jumeau de la cour d'assises française

Il connaît des infractions qualifiées crimes, (c'est-à-dire punissable de réclusion, à perpétuité ou à temps ; de bannissement ; de dégradation civique)⁴. Juridiction

¹ A. 22 CPC, sauf les jugements dont l'appel est porté devant le tribunal de première instance, a. 21 3° CPC.

² A. 403 et 410 CPP.

³ « L'avocat-défenseur », âgé de trente ans au moins, et ayant justifié de l'accomplissement de cinq années de pratique au barreau de Monaco, a été nommé sous cette nouvelle appellation par ordonnance souveraine, au terme d'un rapport assorti ce divers avis (loi n° 1.047 du 28 juillet 1982, a. 7).

⁴ A ; 25 CPP ; 5 à 7 CP.

intermittente, échevinale, présidée par un magistrat de la cour d'appel, ce tribunal réunit autour de lui deux autres magistrats professionnels et trois jurés, Monégasques, tirés au sort, et qui prêtent un serment des devoirs élémentaires du juge, partiellement repris de l'article 304 du code français de procédure pénale¹. Les décisions rendues, insusceptibles d'appel, sont susceptibles d'un pourvoi devant le juge du droit, auquel nous parvenons à présent.

e/ La Cour de révision : elle aménage différemment les paramètres qu'utilise le régime cassationnel français

La Cour de révision comprend un Premier Président, un ou deux vice-présidents, et sept ou huit conseillers, magistrats ou anciens magistrats de la Cour de cassation française, ainsi qu'un, deux ou trois professeurs de droit. Au contraire des juridictions précédemment mentionnées jusqu'ici et qui, elles, jugent un litige dont elles synthétisent les données de fait en lui appliquant la règle de droit, la Cour de révision de Monaco, comme la Cour de cassation française, juge un jugement, un arrêt, mais au seul regard du respect des règles de droit (procédure et fond). C'est pourquoi le cœur du réacteur est, ici comme à Paris, la distinction du fait et du droit, car les faits dûment constatés par la décision objet du pourvoi ne peuvent être remis en question devant la Cour², ce qui polluerait le débat sur le droit, de sorte que le moyen qui se fonde sur un tel grief est irrecevable. Et les « questions de fait », dites relever du « pouvoir souverain des juges du fond », recouvrent un domaine considérable : réalité des attitudes ou événements générateurs du litige, existence et crédibilité de la plupart des preuves, interprétation des actes privés, appréciation ou estimation de la présence ou de l'ampleur de telle notion non contrôlée par la Cour suprême: tous ces éléments, définitivement arrêtés dans la décision déférée et

¹ A. 290 CPP.

² A. 448 CPC, a. 470 CPP

irrévocablement livrés par elle, s'imposent à la Cour, de révision, ce qui n'empêche évidemment pas celle-ci, -elle qui a le devoir de dire le droit à partir de ces seules données de fait, et qui en reproduit les éléments utiles à l'analyse juridique - de corriger, le cas échéant, une erreur matérielle évidente, une impropriété terminologique, une coquille typographique retentissant sur le respect de l'orthographe ou de la syntaxe, ou en substituant une rédaction plus concise ou plus enlevée.

Selon que l'on est au civil ou au pénal, les règles de fonctionnement applicables au pourvoi ou au sort à lui advenir sont loin d'être nécessairement les mêmes, et les limites du présent exposé ne permettent pas d'aborder les différences des régimes procéduraux¹. Si l'on s'en tient aux généralités significatives, La Cour, saisie par la voie d'un pourvoi déclaré au greffe et d'une requête ampliative², à l'endroit d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort et passée en force de chose jugée (ou définitif sur le fond, dit-on au pénal) rend des arrêts, certes parfois d'irrecevabilité ou de déchéance, mais surtout -et de plus grand intérêt juridique - soit de rejet du pourvoi (la décision n'encourt aucun des griefs qui lui ont été adressés dans la requête, et un enseignement de droit est donc à en tirer, tant il est vrai qu'un arrêt de rejet peut être de principe), soit par cassation et annulation, soit après renvoi devant elle-même différemment composée, en conséquence d'une cassation intervenue.

-arrêt de révision par « cassation et annulation » : la décision déférée est bien empreinte d'une « violation de la loi ». La « violation de la loi » qui, au sens strict, s'entend d'un refus d'application, ou d'une fausse application, ou d'une fausse interprétation de la règle³, désigne aussi, au sens large, le

¹ Code de procédure civile, partie I Livre III, « des voies de recours », titre IV « du pourvoi en révision », a. 459 et s. dudit code. Code de procédure pénale, Livre III, « Des voies de recours extraordinaires », titre I « Du pourvoi en révision », a. 455 et s. dudit code.

² A. 445 CPC : signée par un avocat-défenseur, avec conclusions, moyens à l'appui du pourvoi, indication précise des lois prétendument violées ; semblablement, a. 475-476 CPP.

³ *Refus d'application* : la décision attaquée n'a pas mis en œuvre le texte topique ; *fausse application* : elle a appliqué un texte qui n'était pas fait pour l'espèce ; *fausse interprétation* : la règle ne devait pas recevoir le sens particulier qui lui a été donné.

manque de base légale,¹ le défaut de réponse à conclusions², la dénaturation de pièces³, l'inobservation de formes substantielles des jugements ou arrêts. La cassation peut être prononcée sans renvoi, s'il ne reste rien à juger : ainsi, elle intervient à propos d'une condamnation (civile, pénale) prononcée au fond alors que la prescription extinctive de l'action aurait dû être retenue. Néanmoins, la cassation avec renvoi est plus fréquente, car, après la dénonciation de la violation de la loi et l'annulation de la décision déférée, il faut réexaminer le litige en fait, à la lumière des points de droit qui viennent d'être jugés, et le mécanisme monégasque est ici original.

-arrêt de révision, après la cassation intervenue, et le renvoi de l'affaire, en principe à la session suivante, mais devant la Cour de révision elle-même, mais « autrement composée ». Cette nouvelle formation de la Cour va statuer sur le fait et sur le droit, se substituant à la juridiction qui avait rendu la décision cassée, laquelle se trouve anéantie. Cette Cour de révision « autrement composée » procédera à de nouveaux débats, et de nouvelles preuves, conclusions et moyens sont admissibles devant elle ; toutefois, elle devra se conformer à l'arrêt de révision sur les point de droit que celui-ci a jugés⁴⁻⁵.

¹ *Manque de base légale* : les faits rapportés par l'arrêt attaqué manquent des précisions nécessaires pour que le juge du droit puisse se prononcer sur la pertinence de la règle appliquée ; rarement aussi : défaut d'indication par le juge de la règle dont il a fait application.

² *Défaut de réponses à conclusions* : de certaines observations précises susceptibles d'influer sur la solution du litige et présentées comme telles dans les écritures, l'on ne trouve aucun retentissement ou trace dans la motivation de la décision.

³ *Dénaturation de pièces* : très étroitement, donner à une pièce quelconque (procès-verbal, rapport d'expertise, acte privé), un sens totalement incompatible avec ses énonciations claires et précises. S'il s'agit des conclusions, l'on parlera plutôt de méconnaissance des termes du litige.

⁴ A. 497 CPP ; solution jurisprudentielle en procédure civile.

⁵ Statistiques 2020, toutes matières pré-évoquées confondues : justice de paix, 512 jugements ; tribunal de première instance et satellites : 3811 jugements, cour d'appel, 207 arrêts ; Cour de révision, 67 arrêts.

Statistiques 2019 : les chiffres sont respectivement 605, 4711, 240, 62.

Ce mélange de forts parallélismes et de franches distances prises avec le droit français, constaté dans l'organisation juridictionnelle monégasque, se retrouve dans son droit positif de fond.

2) Quelques éléments de droit matériel

Si l'on laisse de côté la législation fiscale, assez atypique¹, et qui est d'ailleurs une discipline de droit public, les dispositions et solutions du droit privé monégasque, comparées à celles de la France, mélangent subtilement identités et dissymétries. Terminons par quelques exemples.

Ainsi, en droit civil, les textes « personnes et famille » sont-ils quasiment les mêmes lorsque l'on se penche sur le lien matrimonial, la filiation, la tutelle, l'assistance éducative, l'autorité parentale. Les causes du divorce (a. 197 et s. du code civil monégasque), rédigées en des termes quelque peu différents des articles 229 et s. du code civil français, saisissent et résolvent semblablement les mêmes difficultés. En revanche, et les dispositions s'opposent, en cas de divorce prononcé contre un époux à ses torts exclusifs, celui-ci ne peut prétendre à aucune prestation compensatoire (code monégasque, a. 205-2) ; par ailleurs « aucune résidence alternée ne peut être convenue par les père et

¹ Les Monégasques ne connaissent ni l'impôt sur le revenu des personnes physiques (les résidents étrangers non plus, sous réserve d'une convention bilatérale avec le pays d'origine ; pour les résidents français, existe l'importante convention de 1963, aux termes de laquelle l'impôt sur le revenu est perçu par l'administration française), ni les impositions immobilières (taxe foncière, taxe d'habitation, plus-values) ni l'impôt sur la fortune, et bénéficient de droits successoraux réduits (sur les biens situés à Monaco, 0% en ligne directe, 8% entre frères et sœurs, 10 % entre oncles et neveux, 13 % pour les autres collatéraux, 16% entre non parents) ; et les successions, au moins mobilières, sont régies « par le droit de l'État sur le territoire duquel le défunt était domicilié au moment de son décès, a. 56 de la loi n°1.448 relative au droit international privé. Quant aux entreprises, elles acquittent un impôt sur les bénéfices si elles réalisent plus de 25% de leur chiffre d'affaires en dehors de la Principauté, ou perçoivent des revenus sur des brevets ou des droits de propriété littéraire ou artistique. Une taxe sur la valeur ajoutée, de 20%, parfois moins, est perçue sur la vente des biens et les prestations de service. Existente, encore, des droits et taxes (de timbre, de régie sur le commerce des alcools, boissons, métaux précieux).

mère, homologuée par le juge tutélaire ou fixée par celui-ci lorsque l'enfant est âgé de moins de trois ans » (a. 303-3), même si, en cas de besoin, le juge peut aménager habilement un vaste droit de visite...Signalons encore que, par une loi de 2019, le droit monégasque, qui ne marie pas les personnes de même sexe, leur ouvre des « contrats civils de solidarité »¹.

Quant au droit contractuel monégasque, exception faite d'une solide « propriété commerciale », il ne connaît pas les amples législations protectrices spéciales du preneur à bail, du consommateur, du salarié. Plus exactement, le droit monégasque se fie aux principes généraux du droit des obligations, et des conventions internationales ou transnationales le cas échéant², tous maniés avec discernement. Le cas de la fin du contrat de travail est démonstratif, même si la spécificité de la matière l'a fait envelopper dans la loi spéciale du 16 mai 1963, édictrice de certaines protections d'ordre public³. Tandis que, s'il est de durée déterminée, le contrat de travail, même reconduit plusieurs fois aux mêmes conditions, s'achève par la survenance du terme, sans renouvellement ou prolongation hors la volonté des contractants, le contrat de durée indéterminée « peut toujours cesser par la volonté d'une des parties » (a. 6 de la loi), au terme d'un préavis et dans le respect d'un délai-congé, dont l'existence et la durée, fonction de l'ancienneté du salarié, résultent de la loi, du contrat de travail, du règlement intérieur, des conventions collectives ou des usages, la méconnaissance de ces exigences obligeant à réparations pécuniaires significatives et légalement calculées (a. 11 de ladite loi) ; le contrat de durée indéterminée n'ouvre donc pas au salarié une perspective d'imposer une possibilité de demeurer indéfiniment en place, même si le droit unilatéral de

¹ Loi n° 1-481 du 17 décembre 2019.

² Notamment à propos de l'égalité de traitement, la distorsion des rémunérations entre deux salariés exerçant des fonctions identiques n'étant régulière que si elle repose sur des éléments objectifs contrôlables et de nature à justifier son bien-fondé, article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, fait à New-York le 16 décembre 1966, et rendu exécutoire en Principauté par l'ordonnance n° 13.330 du 12 février 1998.

³ Loi n° 729 du 16 mars 1963, concernant le contrat de travail.

résiliation de l'employeur, qui n'est pas un pouvoir absolu et discrétionnaire, ne saurait être mis en œuvre de façon fautive, le juge vérifiant, en cas de procès, qu'il n'y a pas eu comportement dolosif ou intention de nuire, ni même annonce brutale ou vexatoire, ou légèreté blâmable ou précipitation, dès lors que le salarié, de son côté, a effectivement rempli ses obligations. Sera donc dit abusif, et donnera lieu à dommages-intérêts, conventionnels ou judiciaires, cumulés avec l'indemnité de préavis due (a. 13 de la loi), le licenciement d'un technicien-maquettiste en place depuis plus de treize ans, notifié huit jours avant sa prise d'effet, pour le motif de la suppression du département-maquette, envisagée depuis plusieurs années par l'employeur mais annoncée seulement quelques instants avant la rupture. En revanche, l'insuffisance professionnelle démontrée (résultats nettement en deçà des objectifs contractuellement définis), la faute (détournement de fonds) constituent de justes motifs. Enfin, que le contrat soit de durée déterminée ou indéterminée, leurs régimes ordinaires deviennent inapplicables, et la rupture unilatérale immédiate est permise en cas de commune volonté, justes motifs, faute grave, force majeure.

Quant au droit pénal, la seule discipline, disent ses professeurs, à devoir s'occuper de toutes les autres, et la pâte humaine étant partout la même, il ne présente pas d'originalité majeure ; il sanctionne - suivant la classification crimes, délits contraventions et de peines légalement prévues attachées par nature ou spécificité, et avec circonstances entraînant l'aggravation ou l'atténuation de la peine, ainsi que la possibilité de sursis, de libération conditionnelle, d'exécution fractionnée de certaines peines- les infractions contre la sûreté de l'État, la liberté, la paix publique, les personnes, les propriétés, les faits de terrorisme. La délinquance dite « en col blanc » marchande, économique, financière est régulièrement poursuivie, et, même si le délit d'abus de biens sociaux est inconnu à Monaco, la répression s'exerce pour escroquerie, abus de confiance, parfois qualifié crime en raison des fonctions de son auteur, recel, faux et usage de faux en écriture publique, en écriture privée

de commerce et de banque, blanchiment, corruption, trafic d'influence, faux usage complicité de faux administratifs. L'ambition de cette présentation sommaire n'étant pas de livrer un traité du droit de la Principauté, l'on s'en tiendra là, et l'on conclura ces propos descriptifs sommaires en disant que, par son droit, l'État monégasque assure la préservation sereine d'une identité propre et vivante.

Le numérique et la transformation de la démocratie en Afrique noire francophone

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM - Docteur Ph.D en Droit Public de l'université
de Douala (Cameroun)¹

¹ Fabricelove2010@yahoo.fr

Résumé

Aucune société ne semble résister à l'influence du numérique. Ce dernier se présente comme un facilitateur de la mondialisation avec pour apport le rapprochement des peuples et l'amélioration des conditions d'existence de l'Homme. L'Afrique qui est pendant longtemps restée en retrait du concert des démocraties trouve en le numérique un instrument d'affirmation de son existence. En s'appuyant sur la jeunesse issue d'une démographie croissante, le numérique par ses atouts transforme l'exercice de la démocratie sur le continent. Il s'opère ainsi un intéressement et une augmentation de la participation citoyenne à la gestion des affaires publiques. Cependant, les jeunes démocraties africaines ne manquent pas de subir les affres des effets pervers du numérique. Ceux-ci se manifestent par l'accélération de la fracture sociale, l'effritement de l'idée de Nation en raison de l'exercice non contrôlé des libertés.

Mots clés : liberté, transparence, performance, libertinage, réseaux sociaux.

L'ère contemporaine vie au rythme des bouleversements sociaux. Le monde actuel subit sa part de révolution, avec sans doute moins de retentissement que la révolution des lumières. La révolution actuelle est fondamentalement celle du numérique. Ce dernier envahi le quotidien de l'homme, il est présent et se reprend dans tout l'espace social.

L'importance du numérique est amplifiée par les contingences sociales. En effet, au plus fort des effets de la pandémie actuelle de la Covid-19, et face à la nécessité d'assurer un minimum de vitalité sociale à travers le fonctionnement des institutions publiques et privées, le numérique a été présenté comme une solution palliative efficace. On est donc en face d'un phénomène qui transforme « *profondément les rapports sociaux* »¹. Cette transformation n'épargne aucun secteur de la société. A l'origine, l'influence du numérique était uniquement perçue sur les activités physiques ou matérielles. Il permettait alors, une amélioration de la rentabilité, la réduction du temps d'action, la réduction de la pénibilité. Bien qu'ayant largement répandue son influence, le numérique n'a pas directement envahi tous les secteurs.

Initialement hostile à l'intrusion du numérique dans certains champs du droit, la science juridique s'est progressivement soumise à l'influence de cette innovation qui met en œuvre des « *moyens techniques toujours plus perfectionnés afin de nous faciliter la vie* »². L'on pourrait désormais dire que les sciences juridiques vivent la révolution numérique. Cela ne signifie pour autant pas que le numérique soit devenu une notion juridique ou alors qu'il ait une signification en droit.

De plus en plus présent dans le discours juridique, le numérique manque de reconnaissance ou de consécration explicite pour l'instant. Les cas sont rares

¹ F. PELLEGRINI, « La liberté à l'ère numérique », *Politeia* - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, 2017, Les métamorphoses des droits fondamentaux à l'ère du numérique, 31, p.161.

² J. LARRIEU, C. LE STANC, P. TREFIGNY, « Droit du numérique », 2012 - septembre 2013, Recueil Dalloz 2013 p. 2487.

- et méritent pour cela d'être relevés – ou le numérique fait l'objet d'un encadrement juridique spécial et global. L'on pense ici à la France¹ et au Bénin². En dehors de ces deux cas qui concernent des pays ayant le français en partage, tous les autres pays intègrent le numérique dans leurs systèmes juridiques de manière implicite ou de manière sectorielle. Les deux cas cités se caractérisent aussi par une absence de définition de la notion de numérique, ce qui est pour le moins curieux au regard de l'importance de la notion que l'on peut percevoir dans ces différentes lois. Le numérique serait-il insaisissable ? La question vaut tout son pesant car même dans le sens littéraire l'on a à faire à une notion complexe. Elle y est comprise comme un nom et un adjectif qui exprime un élément qui appartient aux nombres ou qui consiste en nombre. Le numérique s'oppose à l'analogie et signifie la représentation de données ou de grandeurs physiques au moyen de caractère et aussi des systèmes, dispositifs ou procédés employant ce mode de représentation discrète. Le numérique contient une grande part de complexité dans son appréhension. Cette complexité relève de la manipulation des chiffres sur lesquels elle repose. Si l'appréhension de la notion paraît complexe, les effets font quant à eux l'unanimité. Le dépassement de l'analogie que manifeste le numérique transforme le quotidien de l'homme. Cette transformation érige les principales entreprises du secteur du numérique en nouveaux maîtres du monde³.

En effet, les grandes entreprises du numériques que sont les fabricants de téléphones⁴ et ordinateurs⁵, les opérateurs de télécommunication⁶, les fournisseurs de services technologiques⁷, les entreprises de commerce en ligne⁸

¹Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

²Loi n°2017-20 portant code du numérique en République du Bénin.

³J.-M. De LEERSNYDER, P.P. CLAMOUR, « Les GAFA : maîtres de la planète numérique ? », *Défense* - n° 187, Juillet - Août 2017, pp. 72-73.

⁴Les principales entreprises sont Apple, Samsung, Huawei.

⁵L'on pense ici aux entreprises HP, Lenovo, Dell...

⁶En Afrique les plus visibles sont l'entreprise française Orange et l'entreprise sud-africaine MTN.

⁷Parmi les principaux fournisseurs l'on note Google et Microsoft.

⁸Les plus importants sont Amazon et Alibaba.

transforment le quotidien de l'Homme par les services et produits qu'ils offrent et dont les Hommes sont de plus en plus dépendants. Au plan économique, l'affirmation de leur puissance est un défi aux États souverains¹ qu'elles tendent à faire concurrence. Le numérique par ses différents acteurs imposent de manière volontaire ou non une orientation à l'activité humaine. Aujourd'hui, ne pas être connecté aux produits et services du numériques « *revient à ne plus exister* »². L'accès au numérique devient ainsi un indicateur, mieux un facteur de sociabilité, et tous ceux qui sont en marge constatent forcément les écarts qui se créent avec les autres citoyens. Face à cette transformation de la société, le droit ne peut être indifférent, il doit s'adapter. Cette adaptation est fondée, et par-delà elle est justifiée. Elle est justifiée « *par la double nécessité de saisir les opportunités offertes par le numérique et de faire face aux contraintes juridiques engendrées par le numérique* »³. L'adaptation est donc en même temps promotion, précaution et protection.

L'introduction du numérique dans le domaine du droit s'observe principalement dans les matières ayant traités aux droits des personnes ou encore dans les relations d'affaires. Dans les relations d'affaires par exemple, le numérique permet la « *dématérialisation des actes, la maîtrise inédite de la distance et le gain considérable de temps* »⁴. L'un des domaines les plus enrichis par lui est le domaine des contrats. Dans la pratique, de nombreux contrats sont conclus par téléphone ou par internet⁵. De plus, il offre un champ pour l'expérimentation d'un nouveau type de commerce, le commerce numérique. Au

¹ J-M. De LEERSNYDER, P.P. CLAMOUR, « Les GAFA : maîtres de la planète numérique ? », op.cit., p. 72.

² L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAÏDARA, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2014, p. 29.

³ D. SOW, « Retour sur l'adaptation du droit au numérique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p. 79.

⁴ N. MOREAU, *La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.)*, Mémoire de DEA droits des contrats, Université de Lille 2, 2002-2003, p. 5.

⁵ J-B. BLAISE, R. DESGORCES, *Droit des affaires. Commerçants Concurrence Distribution*, 8e édition, LGDJ, 2015, p. 103.

Cameroun, le commerce électronique est régi par toute une loi et celle-ci définit ce type de commerce comme une « *activité économique par laquelle une personne effectue ou assure par voie électronique la fourniture des biens ou des services* »¹. Cette loi consacre un bon nombre de normes relatives au régime des contrats, aux obligations des acteurs, au régime de la responsabilité, le but étant de « *garantir aux consommateurs au moins le même niveau de protection dont ils jouissent s'agissant d'opérations commerciales qui ne s'exercent pas en ligne* »². L'influence du numérique ne se limite pas à ses domaines. Elle se perçoit également dans des domaines inattendus tels que la démocratie.

La démocratie ne résiste pas à l'influence du numérique. Au contact de celui-ci elle subit une transformation profonde. Pour s'en apercevoir il est important de bien saisir le sens de la notion de démocratie. La précision de sens se justifie par le caractère controversé de la notion. Comme le disait si bien Georges VEDEL, « *à l'accord verbal sur la démocratie, se superpose un conflit réel sur sa signification* »³. La définition de la démocratie la plus largement répandue est celle donnée par l'ancien président américain Abraham LINCOLN. Il la définissait alors comme le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple. Globalement, la démocratie est un mode d'exercice de pouvoir dans l'Etat, un mode de gestion de la cité. Elle a deux variantes que sont la démocratie directe et la démocratie indirecte⁴. La démocratie directe est celle par laquelle le peuple exerce directement le pouvoir. Si elle est perçue comme la meilleure forme de démocratie, il demeure quelle « *apparaît comme un mythe dont la mise en œuvre concrète est impossible* »⁵, ceci en raison de la taille de la population et de l'étendue des territoires. La démocratie indirecte s'impose logiquement. Elle est

¹ Article 2 de la loi n°2010/021 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

² U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, BRUYLANT, collection FEDUCI, 2003, p. 44.

³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil SIREY, 1949, p. 2.

⁴ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 35e édition, 2014, pp. 63-64.

⁵ L. FAVOREU, et *alii*, *Droit constitutionnel*, 21e édition, DALLOZ, 2019, p. 637.

d'ailleurs la forme la plus répandue¹ dans le monde. Seulement, cette conception binaire de la démocratie a été battue en brèche par les contingences historiques. Alors qu'elle reposait principalement sur le pouvoir attribué au peuple et dont il exprimait sa volonté à travers la loi, elle s'est vue transformée par le constitutionnalisme. En effet, la constitution ayant été présentée comme la pierre angulaire de l'Etat de droit, et que cette constitution était l'œuvre directe du peuple souverain, le conseil constitutionnel français notamment a affirmé que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution². La constitution se présente ainsi comme l'acte formel de la démocratie. L'Union africaine a érigé à cet effet le respect et la suprématie de la Constitution comme le fondement de l'Etat de droit³. À partir de là, « *c'est à la constitution que revient le soin d'aménager la démocratie* »⁴. Cette démocratie constitutionnelle qui se met en action « *s'identifie au pluralisme et à l'Etat de droit avec la garantie des droits des individus* »⁵. La démocratie postule la rationalisation du pouvoir.

Malgré quelques errements dus à la résistance des réflexes autoritaires, la démocratie s'impose un peu partout en Afrique. Elle se nourrit de la montée en puissance de l'idéologie libérale dans la conscience collective. Celle-ci qui est globalement le fruit de la mondialisation prend appui sur les jeunes afin de mettre en place un dynamisme dont les gouvernants sont contraints de s'aligner. En effet, la révolution numérique dans la vitalité qu'elle implique repose sur une ressource humaine à l'énergie disponible. Dans une Afrique à la démographie en constante évolution, la jeunesse constitue la part la plus importante de la population et l'avenir des nations. Elle se présente comme le tournant majeur de la démocratie à travers son expression et son action qui sont les plus

¹ L.FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel*, op.cit., p. 635.

² CC, Décision n°85-197 DC du 23 août 1985 loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

³ Article 2 alinéa 2 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

⁴B-R. GUIMDO DONGMO, « Constitution et Démocratie dans les Etats Francophone d'Afrique », in O.NAREY (dir), *La constitution*, Actes du Séminaire Scientifique Tenu à Niamey du 24 au 26 octobre 2018, p. 163.

⁵ Ibid., p. 162.

déterminants dans la société. Son nombre impose implicitement de prendre en compte sa volonté et ses désirs, et de s'adapter à son comportement. Dans ce cas, la démocratie mute en considération.

L'arrivée de l'interconnexion et des réseaux sociaux transforme inéluctablement le visage de la démocratie. Ces instruments du numérique donnent du « *pouvoir d'action* » aux individus, *accroissant les possibilités d'exprimer leurs opinions, d'exercer leurs libertés et de revendiquer leurs droits, tout en favorisant des formes plus spontanées et moins formelles d'organisation collective* »¹. Avec l'internet, les réseaux sociaux ou plus globalement les NTIC, rien n'est plus comme avant. Ils permettent la suppression de l'éloignement géographique, les contraintes temporelles, en permettent la rapidité voire l'immédiateté, ainsi que les contraintes matérielles telles que les coûts de participation et d'organisation du vote². Au regard de ces éléments, il semble que la transformation subie par la démocratie soit plus perceptible dans son contenu que dans son idéologie. Le sens de la notion est maintenu, l'on a toujours à faire à un gouvernement du peuple par le peuple. La transformation se situe par contre au niveau de son opérationnalisation, de sa mise en œuvre. Le numérique transforme la démocratie dans la mise en œuvre de ses principes, de ses idéaux, de ses valeurs. La question est donc celle de savoir comment se déroule cette transformation. A l'analyse, cette transformation n'est pas différente de celle subie par la société en général. Elle repose sur une double action. La transformation est à la fois positive et négative. On peut donc observer que le numérique favorise la libéralisation de la vie publique (I) et fragilise la cohésion nationale (II).

¹ B. LOVELUCK, « La démocratie au prisme du numérique », in P. TROUDE CHASTENET, *Penser et panser la démocratie*, Classiques Garnier, 2017, p. 145.

² A. VIDAL-NAQUET, « la transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la république numérique », *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2017/4 n°57, p. 59.

I. La libéralisation de la vie publique

Parce que le peuple ne peut jamais exercer continuellement le pouvoir par lui-même, il agit au travers de ses représentants. Dans le principe, la souveraineté est celle du peuple telle que cela est consacré dans toutes les constitutions africaines². Toutefois, il s'observe un embrigadement de cette souveraineté par les représentants au détriment du peuple. Cela se démontre par l'existence d'interdictions juridiques telles que celle du mandat impératif³ et par les justifications théoriques excipant l'absence de subordination entre les représentants et le peuple souverain. La conséquence de ce système de raisonnement est l'émergence d'une crise de la démocratie représentative.

Le numérique se présente comme un rempart contre le cloisonnement produit par la pratique pernicieuse de la démocratie. Au travers de ses gadgets il impose une libéralisation de la vie publique entendue comme l'action de rendre d'avantage libre⁴. Il se produit une favorisation de l'exercice des libertés publiques (A), et une fluidification de l'action publique (B).

A- La favorisation de l'exercice des libertés publiques

L'histoire de la démocratie est celle des libertés et des droits fondamentaux. En effet, *« ils constituent l'aboutissement d'une longue évolution historique marquée par l'émergence, la consécration et la juridicisation des droits de L'homme et le renforcement de leurs protections à travers les garanties*

¹ Dans la plupart des constitutions, l'exercice du pouvoir se confond avec l'exercice de la souveraineté. S'agissant de cette dernière, le peuple l'exerce de manière directe au travers du referendum. Seulement, il est impossible d'utiliser le referendum de manière constante car son opérationnalisation prend du temps et nécessite du financement.

² Article 3 de la constitution du Tchad, article 4 de la constitution du Niger, article 26 de la constitution du Mali, article 50 de la constitution de Cote d'Ivoire, article 4 de la constitution du Togo, article 26 de la constitution de la république centrafricaine.

³ Article 15 alinéa 3 de la constitution du Cameroun.

⁴ C. PUIGELIER, *Dictionnaire Juridique*, LARCIER, collection « Paradigme », 2015, p. 728.

juridictionnelles de plus en plus perfectionnées »¹. Il s'agit d'une quête qui n'a jamais conduit à des acquis définitifs. Même dans les Etats considérés comme des modèles de démocratie, le besoin de liberté est une lutte constante. Tel est également le cas en Afrique ou le basculement idéologique opéré dans les années 1990 n'a pas suffi à tourner définitivement le dos aux violations des droits. Le numérique élève les revendications à un autre degré en élargissant le champ d'exercice des libertés (1), et en renforçant le contenu de ces libertés (2).

1- L'élargissement du champ d'exercice des libertés et droits fondamentaux

La plupart des écrits sur les libertés et droits abordent la matière dans le sens de leurs contenus et des différents devoirs des pouvoirs publics à leurs égards. Cette conception est restrictive car elles éludent l'un des pans majeurs du régime de ses droits et libertés à savoir leurs champs d'exercice. Qu'il s'agisse d'une liberté publique ou d'un droit fondamental tous requiert un champ c'est-à-dire une surface pour être exprimé. Toutefois, l'importance de cette surface et même le conditionnement de l'existence de ladite liberté varie en intensité selon qu'il s'agisse de la liberté publique ou du droit fondamental.

Pour ce qui est des droits fondamentaux, leurs champs d'exercice ne posent pas de problème en général. Il s'agit des droits qui sont globalement attachés à la personne humaine en raison de cette nature et qu'elle exerce en tout temps. Elle peut le faire en tout lieu, dans la société, dans les familles. Le premier palier est celui familial car « *la vie familiale est un univers non seulement social où se façonne l'individu, mais aussi juridique où s'entremêlent des droits*

¹ L. FAVOREU, et *ali*, *Droit des libertés fondamentales*, DALLOZ, 6^e édition, 2012, p. 1.

et obligations des membres du groupe familial »¹. L'exercice des droits est également possible dans l'espace public sous la condition de ne pas troubler l'ordre public². Cette ouverture du champ d'exercice se justifie par la nécessité de faciliter l'épanouissement de l'homme, et l'évocation de ses différents droits permet de se rendre compte qu'ils ne peuvent être enfermés à moins de le priver de son humanité. C'est dans ce sens que les révolutionnaires français avaient une haute considération pour ces droits en les considérant comme des droits naturels et imprescriptibles de l'homme dont la conservation est le but de toute association politique³. Au niveau mondial, la déclaration universelle marque fermement dans son préambule que « *la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme* ». C'est fort de ce constat qu'elle consacre que « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* »⁴. La proclamation des différents droits dans ce texte ne s'accompagne pas de la précision explicite de leurs champs d'exercice. Ce silence se justifie par le fait qu'il est logique que ce champ soit constitué du territoire de l'Etat de la personne désignée. Toutefois, la vocation universelle des droits semble élargir le champ d'expression des droits. L'objectif est de voir appliquer dans toute la surface du globe les mêmes droits. C'est alors que les différents textes internationaux font

¹ J-D. BOUKONGOU, « La vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux : lecture des pratiques africaines », in J-Y. MORIN, G. OTIS (dir), *Les défis des droits fondamentaux*, ACTES des deuxièmes Journées scientifiques du Réseau *Droits fondamentaux* de l'Agence Universitaire de la Francophonie tenues à Québec du 29 septembre au 2 octobre 1999, Bruxelles, BRUYLANT, 2000, p. 137.

² P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de doctorat en Droit Public, université Montesquieu – Bordeaux IV, 2013, 663p.

³ Article 2 de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁴ Article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

par exemple la promotion de l'abolition de la peine de mort¹ qui est une atteinte au droit à la vie².

L'Afrique n'est pas en reste du mouvement de globalisation des droits fondamentaux. Le texte phare en la matière reconnaît l'universalité de ces droits³ en s'attardant sur des droits particuliers comme le droit au développement économique, social et culturel⁴. Toutefois, cet universalisme des droits de l'homme rencontre des résistances, « *tant les «droits» ou «libertés» traditionnels et ancestraux persistent encore en Afrique et bénéficient d'une très large légitimité auprès des populations* »⁵. Sur le plan du champ d'exercice, les citoyens expriment leurs droits dans les familles, dans les communautés et dans l'Etat. La chose est relativement plus précise en ce qui concerne les libertés publiques.

Les libertés publiques « *intéressent directement les relations des particuliers entre eux ou avec le pouvoir, elles sont libertés publiques en ce qu'elles n'entrent dans le droit positif que lorsque l'État en a consacré le principe, aménagé l'exercice et assuré le respect* »⁶. L'on range dans le devoir d'aménagement la détermination du champ d'exercice de ses libertés qui consiste à prévoir l'espace publique dans lequel ils seront mis en œuvre, et de fixer les limites qui se justifie fondamentalement par la période de crise qui « *écarter les libertés des hommes et installe à leur place une puissance nouvelle car accrue du Pouvoir, afin qu'il soit, par son ampleur, à l'égal de celle de la*

¹ Article 6 alinéa 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

² X. Dijon, « Peine de mort : abolir quoi ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/2 Volume 63, p. 95.

³ V. préambule de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

⁴ Article 22 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

⁵ A. BADARA FALL, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs* 2009/2 (n° 129), p. 99.

⁶ J. RIVERO, *Les droits de l'Homme*, tome I, Thémis, P.U.F., 1984, p. 23.

crise »¹. La transformation du numérique se perçoit ici au niveau de l'élargissement du champ d'expression des droits et libertés.

D'une manière générale l'on peut observer que les citoyens africains revendiquent plus de libertés. Cela contraste certainement avec la consécration constitutionnelle des droits et libertés de la personne humaine. Le problème réside dans la facilitation de l'exercice de ses libertés qui est compromise par les autorités administratives. L'avènement des réseaux sociaux tels que Facebook, tweeter et WhatsApp offre des voies de contournement des diverses interdictions. La liberté qui bénéficie plus de cet apport est la liberté d'expression. Les différents réseaux sociaux permettent aux citoyens d'exprimer leurs pensées, leurs convictions, leurs croyances, de donner leurs avis sur la conduite de la cité. Ils offrent un espace de réalisation de leur citoyenneté, ils leur permettent d'exister. La création des groupes et des plateformes d'échanges et de discussion permet aux abonnés d'exprimer leurs idées².

Le droit de vote est également un droit dont le numérique transforme le champ d'exercice. Globalement, la plupart des systèmes électoraux africains appliquent le vote en *présentiel*. Si cela peut être présenté comme un gage de transparence, cela ne résiste pas aux aléas. En effet, avec la pandémie du covid-19 l'on a pu se rendre compte que « *le vote in situ dans un bureau de vote est incompatible avec les mesures de restriction imposées* »³. Le vote électronique permet de pallier à ce genre de difficulté. Certains Etats comme le Nigeria⁴ ont déjà fait cette expérience. Cela pourrait inspirer d'autres Etats à s'engager dans

¹ J. MOURGEON, « Les crises et les libertés publiques », *Pouvoirs* 10, 1979, p. 42.

² Au Cameroun par exemple il existe plusieurs groupes Facebook qui ont pour objet le débat politique. La plupart des partis politiques, des organisations de la société civile, des syndicats ont leurs espaces dans les réseaux sociaux ou chaque membre a la possibilité de s'exprimer.

³ S.M. OUEDRAOGO, D. OUEDRAOGO, « Les élections présidentielles et législatives à l'épreuve du covid-19 : une mise en lumière en Afrique de l'ouest francophone », *Revue électronique Afrilex*, 2020, p. 6.

⁴ S. PERROT, M-E. POMMEROLLE, J. WILLIS, « La fabrique du vote : placer la matérialité au cœur de l'analyse », *Politique africaine* n°144, décembre 2016, p. 6.

le processus. Le vote électronique peut permettre le rapprochement des citoyens à leur patrie, notamment ceux qui se trouvent dans des territoires étrangers. Ces différents exemples démontrent comment le numérique peut pallier les contraintes matérielles de l'exercice des droits et libertés en offrant un champ plus ouvert à l'expression, un champ qui déconstruit les frontières et permet à l'individu d'être véritablement libre. Le numérique offre également la possibilité d'améliorer le contenu des différents droits et libertés.

2- L'enrichissement du contenu des droits et libertés

En élargissant le champ d'exercice des droits et libertés, le numérique offre la possibilité d'améliorer le contenu des droits. La consécration textuelle des droits et libertés ne suffit pas donner à l'homme la dignité nécessaire. Il faut encore que ces droits aient un contenu et que ce contenu permette de considérer l'homme jamais comme un moyen mais comme la finalité de toute action.

Les contenus des droits et libertés de la personne ne sont ou ne doivent jamais être figés. Ils doivent épouser l'évolution de la société et se nourrir des progrès scientifiques et techniques. Le numérique qui est le fruit des progrès technologiques vient en renfort des autres sciences en les facilitant ou en favorisant l'accès à leurs résultats. Par ce double apport, le contenu des droits et libertés se voit amélioré, et l'on peut donc soutenir que « *la technologie a ainsi ouvert à la démocratie les portes de la société dans son ensemble* »¹. L'enrichissement permis par le numérique se fait ressentir premièrement sur le droit à l'information. Le droit à l'information est un droit fondamental de la personne humaine. Consacré au plan régional², le droit à l'information ne signifie

¹ Q. CARDI, *Les normes de la démocratie à l'épreuve de la participation citoyenne numérique institutionnalisée : une étude de l'appropriation du numérique par le politique dans le cadre des processus de participation citoyenne*, thèse de doctorat en Philosophie, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018, p. 212.

²Article 9 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

pas seulement disponibilité de l'information ou encore accessibilité du public à l'information. Il vise également la temporalité de la disponibilité de l'information de même que sa qualité. C'est donc un droit qui est garanti par la pluralité de l'information et par son honnête¹. Le numérique participe à nourrir ses exigences par l'enrichissement des sources d'information.

L'enrichissement du contenu du droit à l'information par le numérique se positionne comme une réponse à l'absence de neutralité décrite par les citoyens envers les médias officiels. Le numérique offre une diversité des sources d'information et une bonification du contenu de l'information. En ce qui concerne la diversification de sources d'information, le numérique à travers l'internet met à la disposition du public des pôles d'information. Ces pôles d'information constitués des blogs, des pages Facebook, des sites internet ont effrités l'intérêt pour les médias classiques. La cause de cette altération peut être trouvée dans l'attractivité, l'interactivité, la liberté de ton que l'on observe dans la manière de faire de ses pôles d'information. L'élément le plus déminent est sans aucun doute la liberté de ton employée. Les médias classiques semblent fonctionner sous le principe du politiquement correct qui est vue par certains comme une volonté de polir ou d'orienter l'information². Cela a pu être observé récemment au camerounais avec la crise qui se déroule dans les deux régions anglophones où un massacre a été perpétré sur les enfants dans la localité de Ngarbur. Au lendemain de ce massacre, il a été répandu sur les réseaux sociaux que ce crime avait été perpétré par les éléments de l'armée régulière. Les médias officiels n'avaient pas alors manqué d'évoquer la manipulation et de présenter l'armée comme innocente. L'enquête instituée par le chef de l'Etat avait finalement conforté les idées avancées dans les réseaux sociaux.

¹ F. BROCAL, *Le droit à l'information en France*, thèse de doctorat en droit public, université de Lumière-Lyon 2, 2004, p. 111.

² Cela rame à contre courant de la considération de la presse et des médias en général comme le 4^e pouvoir. Dans la théorie du droit constitutionnel, certains auteurs comme Dominique ROUSSEAU considèrent les médias comme le véritable contre-pouvoir à l'ère contemporaine.

L'enrichissement se matérialise également par la bonification du contenu des droits et libertés. Le droit à l'éducation, le droit à la santé, le droit d'accès au droit sont autant de droit dont le contenu est bonifié par le numérique. Pour ce qui est du droit à l'éducation, il a été affecté par la pandémie du Covid-19. Les mesures de confinement et de distanciation ont empêché que les établissements scolaires, universitaires et autres fonctionnent normalement. L'une des astuces de contournement de cette impossibilité a été de dispenser les enseignements en ligne. Cela a pu permettre d'éviter une année blanche pour le secteur de l'éducation. En période normale, le numérique permet aux enseignants et aux apprenants d'améliorer leurs connaissances en ayant recours aux informations disponibles dans les sites internet spécialisés. Cet apport est encore plus visible en matière de recherche et d'enseignement. Le numérique améliore grandement la qualité de la recherche en Afrique. Les étudiants et chercheurs ont la possibilité d'entrer en possession des revues qui sont en accès libre, des thèses soutenues dans diverses universités et dans tous les domaines, de même que des ouvrages. Dans un monde où une grande « *partie de l'humanité reste à l'écart des lieux d'élaboration du savoir et des flux d'information qu'il suscite* »¹ le numérique permet la démocratisation de la science.

L'on doit également mentionner la contribution dont bénéficie le droit d'accès au droit. Le droit d'accès au droit n'est pas vécu de manière continue dans l'ensemble des Etats africain. Il est divers et cette diversité se nourrit de la variation du niveau d'alphabétisation, de l'enclavement de certaines régions et de la pauvreté des populations. Le numérique met à la disposition de ses utilisateurs les textes juridiques et même les décisions de justice. Le journal officiel ne paraît pas de manière régulière et certaines localités sont si éloignées que la grande majorité des citoyens dans ces endroits ne sont pas au courant de ce document qui porte à l'attention du public les textes adoptés. De plus, le coût

¹J-P. ARCHAMBAULT, « Démocratie et citoyenneté à l'ère numérique : les nécessités d'un enseignement », *European review of political technologies*, juin 2005, p. 5.

de ce document est un élément qui favorise le manque d'engouement à son acquisition¹. Le site de la présidence de la république publie de manière régulière les lois promulguées par le président de la république, de même que les actes réglementaires pris par lui. Ses différents textes sont en accès libre et sont téléchargeables par les internautes moyennant le simple cout de la connexion internet. Cela permet aux citoyens d'avoir accès aux actes juridiques.

B- La fluidification de l'action publique

L'influence du numérique se perçoit également au niveau du fonctionnement des pouvoirs publics. Il oriente l'action publique des différentes autorités dans le sens de la fluidification. Cela se manifeste par la déconstruction de la logique du secret (1), et par l'assujettissement de l'action publique à la performance (2).

1- La déconstruction de la logique du secret dans l'action publique

L'action publique est celle qui est réalisée par les pouvoirs publics ou par les représentants du peuple souverain. Dans une démocratie, l'objectif attendu des représentants du peuple est de satisfaire aux besoins des citoyens. Cela requiert fondamentalement une performance dans les différentes actions, mais cette performance ne peut être possible sans transparence.

Historiquement, les pouvoirs publics ont construit leurs fonctionnements sur la logique de la confidentialité et du secret. Le secret a ainsi pu être érigé en principe et être consacré et appliqué dans des domaines précis. C'est ainsi que l'on parle de secret médical, secret professionnel, secret de l'instruction. Il en est de même dans le fonctionnement des institutions publiques. Toutefois, les voix se sont élevées pour dénoncer ces pratiques qui étaient contraire au droit du

¹ Au Cameroun le journal officiel coute 10 mil FCFA.

peuple au regard sur le fonctionnement des affaires publiques. C'est ainsi que « *le secret d'État, le secret défense semblent aujourd'hui suspects, habillant le mensonge ou la dissimulation du prétexte trompeur de l'intérêt général* »¹. Cette suspicion est confortée par la révélation des affaires de corruption et de détournement de fonds publics dans les marchés publics spéciaux qui sont des marchés couverts par le secret². Les revendications populaires ont donné lieu à des réformes juridiques. Dans la zone CEMAC cela abouti à l'adoption d'une directive relative à la transparence dans la gestion des finances publiques³. Les reproches que l'on pouvait faire à ce texte notamment sur l'absence de définition de la transparence n'ont pas été résolues par les textes de transposition dans les ordres juridiques nationaux⁴.

L'on constate une certaine difficulté à appréhender la notion de transparence. Très rares sont les textes et même les auteurs qui s'exercent à poser une définition. La raison est toute trouvée, c'est que l'on a à faire à une notion qui « *n'est identifiée que par référence à une situation antérieure, jugée plus opaque, et qu'elle est toujours susceptible d'être améliorée* »⁵. Ainsi, la transparence se présente plus comme un objectif que comme un principe. C'est un objectif qui « *occupe, grâce au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, une place centrale dans les réflexions sur les nouvelles formes de gouvernance démocratique* »⁶. La transparence est inséparable de la démocratie, elle l'enrichie, la conforte et rapproche les citoyens

¹ J-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs* – 97, 2001, p. 9.

² Article 71 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.

³ Directive n°06/11-UEAC-190-CM-22 relative au Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques.

⁴ V. loi n°2018/011 du 11 juillet 2018 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

⁵ F. MODERNE, « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 », in *Transparence et secret*, colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA/CADA, La Documentation française, p. 21.

⁶ C-É. SENAC, « Les enjeux constitutionnels de la transparence de la vie publique », in G. TUSSEAU (dir.), *La déontologie publique : trajectoire et présence d'une notion ambiguë, I. La transparence : principe et limites*, colloque du 14 mai 2014 à l'École de droit de Sciences Po, à paraître chez Fondation Varennes, coll. « Colloques & essais ».

avec leurs représentants. En bref la transparence concourt à l'idéal démocratique et ses progrès permettent son accomplissement¹.

Les progrès les plus visibles de la transparence sont ceux qui sont portés par le numérique. Le numérique à travers les réseaux sociaux déconstruit le secret et la confidentialité qui orientent l'action de certaines administrations. En effet, les réseaux sociaux ont fait naître des leaders d'opinion d'un autre genre, les influenceurs web, les activistes politiques, les lanceurs d'alertes. Ces différentes personnes alimentent leurs pages et leurs blogs au quotidien par des documents parfois frappés du sceau de confidentialité. Ces activités sont perçues de manière positive par les citoyens car ils y trouvent des sources d'information sur le fonctionnement réel des administrations. En général, les documents mis à la disposition des citoyens s'avèrent être authentiques et révèlent parfois des scandales d'Etat.

Au contact du numérique l'action publique se voit imposée la transparence. L'on se souvient encore de l'affaire très célèbre dite affaire Julian Assange du nom du fondateur du site WIKILEAKS. Cet informaticien et journaliste avait publié sur ce site des documents classifiés américains qui révélaient la face cachée des guerres menées en Irak et en Afghanistan. Les citoyens américains et le monde entier pouvaient alors découvrir le côté obscur des pratiques diplomatiques. Les nouveaux activistes africains des réseaux sociaux fonctionnent dans cette même logique en divulguant des informations à caractère sensible dont les gouvernements se réservent de mettre à la disposition du public. Les réseaux sociaux brisent ainsi les limites du droit à l'information en faisant la promotion d'une transparence absolue. Celle-ci participe à contraindre l'action publique à être performante.

¹ A. ROUX, « transparence et démocratie », in *Long cours, mélanges Pierre BON*, Paris, Dalloz, 2014, p. 430.

2- L'orientation de l'action publique vers la performance

La démocratie contemporaine ne se limite plus dans la capacité pour le peuple à désigner ses représentants au travers de l'élection. Le peuple a le droit d'attendre que les représentants désignés posent des actions efficaces dans le sens de la résolution de leurs besoins quotidiens. Les actions posées doivent poursuivre des objectifs de performance. Ainsi, démocratisation et efficacité des procédures publiques sont devenues des notions incontournables du fonctionnement des institutions publiques¹.

La performance se définit comme un excellent résultat obtenu au sortir d'une épreuve, d'une action. Elle s'appréhende au niveau de la qualité des résultats. L'administration publique partout en Afrique a pendant longtemps fonctionné en dehors des exigences de performance. Les réformes budgétaires et financières ont imposées une nouvelle logique à savoir la gestion axée sur les résultats. Ce nouveau type de management a dépassé le seul cadre des finances publiques et s'est introduit dans toute la sphère publique. En 2018 la réforme du régime des marchés publics a permis la consécration d'un nouveau principe qui est celui de l'efficience² qui est en réalité une autre appellation de la performance. Dans le domaine des marchés publics qui sont le principal moyen de réalisation de la dépense publique d'investissement, les exigences de performances sont appliquées. Ainsi, dans l'objectif d'assurer la concurrence et de protéger la fortune publique³, le régime des marchés publics doit être soumis aux exigences de la performance. L'une de ses exigences est la facilitation des différentes procédures. Le numérique intervient ici en offrant une surface d'allègement des complexités de la gestion physique du processus de passation par exemple.

¹ J. VIEIRA, « Open data et droit : quelles incidences sur l'administration publique du développement durable ? », in F. PELLEGRINI, *Convergences du Droit et du Numérique : Actes des ateliers de préfiguration*. Convergences du Droit et du Numérique, Feb 2017, Bordeaux, France, p. 90.

² Article 2 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics du Cameroun.

³ H. EYEBE AYISSI, *La protection de la fortune publique au Cameroun*, Les éditions le Kilimandjaro, 2013, 529p.

Le code des marchés publics camerounais dispose en effet que « *Les procédures de passation des marchés peuvent faire l'objet d'une dématérialisation par l'utilisation des moyens électroniques* »¹. C'est également le cas au Bénin². La dématérialisation est la substitution des documents physiques ou des procédures manuelles par des documents numériques ou des procédures automatiques³. Elle permet un gain en termes de temps mais aussi d'argent. Malgré les difficultés matérielles liées à son opérationnalisation⁴ la dématérialisation permet de résoudre les complexités des procédures et de réduire les risques de violation du principe de la transparence des procédures.

L'apport du numérique peut également se percevoir dans le domaine de la douane. Très récemment, l'Etat du Cameroun a passé un accord de partenariat avec la Corée du sud. Cet accord a pour objet la conception, le développement, la construction, l'exploitation et la maintenance d'un système de douane électronique⁵. Dans ce contrat, il est question de mettre un oeuvre un système de dédouanement électronique qui recouvre toute la procédure. Il doit donc permettre de raccourcir les délais de dédouanement des biens, et d'éviter le développement de la corruption et autres irrégularités. Les entrepreneurs et l'administration douanière trouvent motif de satisfaction, encore faut-il que tous les préalables soient respectés. A ce propos, force est de constater la fébrilité des fondements de l'impact du numérique dans les sociétés africaines. Cela abouti nécessairement à une fragilisation de la cohésion nationale.

¹ Article 122 alinéa 1 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des marchés publics du Cameroun.

² Article 66 de la Loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

³ Article 2 f du décret n° 2018/0002 /PM du 05 Janvier 2018 fixant les conditions et modalités de passation des marchés publics par voie électronique au Cameroun.

⁴ C.F. YINDJO TOUKAM, *La modification des contrats administratifs en droit camerounais*, thèse de doctorat en droit public, université de Douala, 2020, p. 471.

⁵ Accord de partenariat public-privé pour le financement, la conception, la mise en œuvre, le fonctionnement et la maintenance du système douanier électronique pour la modernisation du système douanier de la république du Cameroun.

II- La fragilisation de la cohésion sociale

L'influence du numérique sur la démocratie n'est pas que positive. En effet, si l'on peut venter les effets des produits du numérique sur l'amélioration de la gestion de la cité, l'on doit pouvoir relever les effets néfastes qui s'y produisent simultanément. Il s'agit principalement de la fragilisation de la cohésion sociale. Elle consiste en l'exacerbation des atteintes aux droits fondamentaux (A), et la désubstantialisation de l'idéal démocratique (B).

A- L'exacerbation des atteintes aux droits fondamentaux

La consécration des droits dans les différents textes juridiques ne suffit pas à arrêter les violations dont ils peuvent faire l'objet. La cohabitation entre les individus, l'existence de la diversité raciale, linguistique, le développement des classes sociales expose la société à des conflits, à des violations des droits¹. Matériellement, ces violations donnent lieu à la mise en œuvre des mécanismes de prévention et de répressions tels que l'ordre public ou encore les poursuites judiciaires. Cela n'est possible que dans un environnement maîtrisé où les individus sont identifiés. Le numérique complexifie la répression en développement des environnements où les libertés s'expriment de manière quasi-absolue. Il favorise les atteintes à la sûreté des personnes (1), et rend ces atteintes difficilement répressives (2).

1- La facilitation des atteintes à la sûreté des personnes

Le numérique offre à ses utilisateurs un espace d'expression quasi-libre et hors de Contrainte. C'est le cas des réseaux sociaux qui sont ouverts « *à tout le monde, sans restriction et sans aucun coût supplémentaire, sinon le prix d'une*

¹ La rencontre des individus dans un environnement déterminé est une source potentielle de conflit en raison de la diversité des intérêts de chacun. Le droit se présente comme cet instrument qui va instaurer la régulation en établissant l'équilibre et le consensus dans l'expression des libertés.

connexion Internet »¹. C'est l'une des raisons pour lesquels ces instruments font l'objet d'autant d'attractivité auprès des citoyens épris de liberté. Seulement, l'histoire des droits de l'homme révèle que la liberté n'a jamais été consacrée de manière absolue. Si tel était le cas, on parlerait de libertinage. Dans le principe, « *il n'existe aucun droit qui puisse s'exercer sans limites, aucune liberté qui soit absolue* »². La liberté est encadrée dans l'objectif de permettre à chaque individu d'exercer ses droits de manière paisible. C'est ce qui justifie la consécration des notions telles que l'ordre public.

L'exercice d'une liberté ne doit pas être un moyen de porter atteinte à la liberté de l'autre. Chaque individu a droit à ce que sa sûreté soit protégée et cela requiert de la tempérance, de la mesure dans l'exercice des droits. Ainsi « *la liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de l'autre* »³. Le respect de ces limites ne pose pas de grandes difficultés dans un environnement matériel. La difficulté naît de l'exercice des droits dans un monde virtuel ou il est difficile de procéder à un encadrement, à des identifications. C'est le cas que l'on observe avec l'exercice des droits dans l'environnement virtuel créé par le numérique. L'insaisissabilité de cet environnement facilite les atteintes à la sûreté aussi bien des individus que des institutions.

Avec le numérique, « *certaines libertés connaissent un terrain favorable pour se développer dans cette société au travers des innovations techniques* »⁴ qu'il porte. Le droit le plus vulgarisé par le numérique est sans doute la liberté d'expression. C'est une liberté si fondamentale pour l'homme qu'elle est en réalité une liberté transversale. Elle intègre les éléments de plusieurs autres droits et libertés tels que la liberté de conscience, la liberté d'opinion, la liberté de culte.

¹C. VALLET, « Le dévoilement de la vie privée sur les sites de réseau social. Des changements significatifs », *Droit et société*, 2012/1 n° 80, p. 165.

²D. LOCHAK, « les bornes de la liberté », *Pouvoirs* – 84, 1998, p. 15.

³Ibid., p. 16

⁴J. HARIVEL, *Libertés publiques, libertés individuelles, risques et enjeux de la société numérique*, thèse de doctorat en Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018, p. 207.

C'est une liberté vivante, une liberté de vie qui permet d'extérioriser la pensée humaine, qui manifeste l'existence¹. Dans les grandes démocrates, la liberté d'expression est relativement ouverte. Elle permet à chaque individu d'exprimer ses idées aussi farouches soient elles contre les gouvernements en place. En Afrique, cette liberté est encadrée, menacée et même muselée. L'habillage libéral de certains régimes ne suffit pas à masquer les relents autoritaires qui sont contraire à toute contradiction qui nourrit la liberté d'expression. L'on peut donc comprendre pourquoi les manifestations publiques antisystème sont constamment interdites et que les leaders d'opinions, les opposants politiques et les intellectuels hostiles aux régimes sont muselés. L'apparition du numérique a conduit à revaloriser cette liberté, mais elle participe par cette liberté à violer d'autres droits et libertés.

Les atteintes à la vie privée dont le respect est un droit fondamental² sont le lot quotidien des violations facilitées par le numérique³ et par les réseaux sociaux principalement. L'on y observe la divulgation des informations compromettantes sur des individus relatifs à leur état de santé⁴, à leurs implications dans des scandales de détournement de fonds publics, de pratique de pédophilie, d'arnaques et autres infractions. Le numérique crée des espaces d'échange et de partage d'information. Les données à caractère personnel

¹ Que l'on se souvienne de cette affirmation du philosophe René DESCARTES selon laquelle « *je pense dont je suis* ».

²O. Le BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale, Note sous CE, ord., 25 oct. 2007, *Mme Y*, n° 310125, mentionnée aux tables du recueil Lebon, *RFDA*, 2008, pp. 328-443.

³ On peut citer le cas de la mise en œuvre des solutions technologiques telle que la vidéosurveillance et la collecte des données biométriques aux fins d'identification ou d'authentification qui sont des moyens de lutte contre le banditisme et autres atteintes à la sécurité des personnes mais qui ont un impact sur la vie privée des individus. Voir H.M., TCHABO SONTANG, « Le droit à la vie privée à l'ère des TIC au Cameroun », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 17 | 2020, mis en ligne le 13 janvier 2020, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/7975>

⁴ Au courant du mois de novembre de cette année 2020, le site internet de la radio française RFI a publié des informations de décès de plusieurs chefs d'Etat et personnalité célèbre. La chaîne a par la suite fait amende honorable en affirmant que son site internet avait subi une panne générale.

prennent une place de plus en plus importante¹. L'impact se fait très vite ressentir car le partage d'informations se fait rapidement dans ces réseaux². Il se développe ainsi une atteinte à l'honorabilité des personnes en raison du fait que les informations divulguées ne sont pas toujours fondées et répondent à la logique de déstabilisation. Cela est fréquent pendant les périodes électorales ou les réseaux sociaux sont utilisés pour décrédibiliser les candidats en divulguant des informations compromettantes pour salir leurs images. On le voit fréquemment pendant les campagnes électorales qui « *ne se conçoivent plus en-dehors d'internet ou des réseaux socionumériques* »³. Une autre pratique qui tend à se développer est celle de l'utilisation des faux profils des autorités publiques pour extorquer des fonds contre des promesses d'emplois. C'est donc avec constance que certaines personnalités publiques se défendent de ne pas avoir des comptes dans certains réseaux sociaux, ou alors de ne pas être à l'origine des tentatives d'arnaque par l'utilisation de leurs noms.

En ce qui concerne la sûreté de l'État, les atteintes sont également rendues faciles dans les réseaux sociaux. Ces atteintes concernent aussi bien la sûreté intérieure que celle extérieure de l'État. Il s'agit globalement de révéler sur ses réseaux des informations frappées de confidentialité en raison de leurs caractères sensibles et stratégique pour la défense de l'intégrité territoriale et la protection de la nation dans le but de nuire aux autorités publiques ou à la cohésion nationale⁴. C'est ainsi que récemment le premier ministre a dû prendre un acte qui rappelait à l'ordre les agents publics sur la gestion des documents secrets, les appelant à respecter le secret professionnel⁵ qui impose de ne pas

¹ G.GALUSTIAN, « La protection des données personnelles à l'épreuve du numérique », *RDP*, n°5, 2018, p. 1389.

² L'expression utilisée est « *faire le buzz* » qui signifie fait l'actualité du moment.

³ F. GREFFET, « Partis politiques et démocratie numérique, une relation sous tensions », in D. ANDOLFATTO, A.GOUJON (dir.), *Partis politiques et démocratie*, Bruxelles, Presses de l'Université de Bruxelles, 2016, p. 51.

⁴ Article 113 de la loi n°2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal.

⁵ Les agents publics ont une obligation de discrétion professionnelle formellement consacrée par les textes applicables. Il s'agit de s'abstenir de divulguer les faits, informations ou documents

diffuser les informations délicates¹. Dans une Afrique faisant l'objet d'instabilité due à la multiplication des fronts de tensions animés par les conflits électoraux, le développement des mouvements sécessionnistes, la prolifération des groupes terroristes, la sûreté de l'Etat est un enjeu majeur. Ces crises révèlent l'importance de la maîtrise de l'information face à la désacralisation imposée par le numérique. Les différentes réglementations s'efforcent d'encadrer l'utilisation des gadgets du numériques afin de préserver la souveraineté des Etats. La difficulté réside la car la répression semble être insuffisante voir inopérante.

2- La complexification de la répression des atteintes à la sûreté

Le régime de la répression est fondamentalement un régime de protection lorsqu'il s'agit des droits et libertés. Ce régime commence par la mise en œuvre des moyens de préventions des violations contre les droits consacrés. La sûreté des institutions et des personnes ne bénéficie pas suffisamment de ce régime dans le nouvel espace d'expression des libertés créé par le numérique. Cela résulte sans doute de la nature complexe du cyberspace qui « *remet en cause la conception traditionnelle de la notion de territoire* »².

La violation des droits par la divulgation des fausses nouvelles semble être difficile à combattre au regard de la rapidité avec laquelle les informations se répandent sur la toile. En effet, il suffit de quelques instants pour qu'une information ait traversé les frontières. La multiplicité des plates formes d'informations et d'échanges rend quasi-inopérant l'objectif de rétablissement de

dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. A cet effet, « *Tout détournement, toute soustraction de pièces ou de documents de service sont formellement interdits. Il en est de même de leur communication ou de leur production, à moins qu'elles ne soient exécutées pour raison de service et dans les formes prescrites par les textes en vigueur* », Article 41 alinéa 2 du Décret n° 94/199 du 07 octobre 1994 portant Statut Général de la Fonction Publique de l'Etat Modifié et complété par le décret n° 2000/287 du 12 octobre 2000.

¹ Circulaire n° 003/CAB/PM du 28 mars 2018 relative à *la gestion des documents et données confidentiels de l'Etat et des organismes du secteur public*.

² J-N. ROBIN, *La matière pénale à l'épreuve du numérique*, thèse de doctorat, université de Rennes I, 2017, p. 81.

la vérité attribué au droit de réponse applicable en matière de communication sociale¹. L'une des raisons est que les populations africaines n'ont pas suffisamment de moyens pour accéder au réseau internet de manière continue. Certaines y ont accès de manière sporadique de telle sorte qu'une mauvaise information qu'elles ont pu avoir sera difficilement corrigée. C'est la raison pour laquelle l'un des axes de protection devrait être celui de l'éducation à la responsabilité et celui de la protection des utilisateurs.

Ces mécanismes de protection sont consacrés par les différents instruments juridiques, mais ils sont insuffisants et difficilement applicables. En ce qui concerne la responsabilité par exemple, elle requiert de tous les acteurs de maîtriser les informations partagées sur les réseaux. Si « *tout internaute connecté doit avoir l'assurance que sa navigation ne fait pas l'objet d'un suivi arbitraire* »², les pouvoirs publics sont fondés à mettre en œuvre un système de suivi et de contrôle proportionnel. Il s'agit en d'autres termes de définir un régime strict permettant le contrôle de l'identité³ des utilisateurs des réseaux sociaux dans le but d'engager la responsabilité des auteurs de toute atteinte aux droits et libertés consacrés. La loi dispose dans ce sens que « *les opérateurs et exploitants des réseaux de communications électroniques ouverts au public, ainsi que les fournisseurs de services, sont tenus au moment de toute souscription, de procéder à l'identification des abonnés et des terminaux* »⁴. L'objectif de cette identification qui est de permettre d'engager la responsabilité des auteurs des infractions sur les réseaux n'a jamais été atteint. Le niveau de violation ne cesse de croître. Sur les réseaux sociaux par exemple,

¹ v. article 52 de la loi n°90/052 du 19 décembre 1990 sur la liberté de communication sociale au Cameroun.

² G.CRIQUI-BARTHALAIS, *La protection des libertés individuelles sur le réseau internet*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II- Panthéon-Assas, 2018, p. 257.

³ Ibid.

⁴ Article 55 alinéa 1 de la loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun.

l'identification qui est requise de chaque utilisateur est-elle officielle et régulière ? La prolifération des *faux profits*, renseigne à suffisance.

L'insuffisance de protection se manifeste aussi par l'inversion de la responsabilité. La loi camerounaise dispose que « *le fournisseur de contenus est responsable des contenus véhiculés par son système d'information, notamment lorsque ces contenus portent atteinte à la dignité humaine, à l'honneur et à la vie privée* »¹. Cette disposition semble faire porter la responsabilité de tout contenu portant atteinte à la vie privée divulgué sur les plateformes électroniques sur les responsables de ces plateformes. Les auteurs de ses atteintes seraient donc épargnés. Cette responsabilisation des promoteurs qui se justifie ne peut avoir d'effet car les réseaux sociaux qui sont portés par des grandes entreprises sont difficilement contrôlables et arrivent parfois à imposer leurs dictats aux Etats souverains. Ailleurs comme en France, le législateur a opté entre autres mesures pour la collaboration par laquelle les plateformes numériques sont tenues de coopérer avec les pouvoirs publics dans le cas où elles seraient le support de diffusions massives de fausses informations visant à déstabiliser un scrutin national ou local².

Le numérique ne saurait être un espace de dévoiement des droits et libertés des individus. En effet, c'est « *parce que l'espace des libertés n'a pas vocation à devenir un espace de « non-droit » que l'usage des données mérite d'être encadré* »³. La république du numérique qui semble se construire progressivement et qui « *permet une plus grande expression de libertés* »⁴ étend

¹ Article 43 de la loi n°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

² V. GAZAGNE-JAMMES, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 17 | 2020, mis en ligne le 10 janvier 2020, consulté le 09 juillet

2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/7908>

³ G. GALUSTIAN, « La protection des données personnelles à l'épreuve du numérique », *op.cit.*, p. 1389.

⁴ H. OBERDORFF, « La République numérique, un nouvel espace pour de nouveaux droits », *RDP*, n°3, 2018, p. 665.

son influence et sa juridicité au-delà des frontières terrestres qui limitent la souveraineté des Etats. Le numérique n'a pas de limites et il en est de même des atteintes aux droits qu'il facilite. Cela rend pertinent la question de savoir si le droit étatique est pertinent pour agir sur un réseau devenu mondialisé¹. Les répressions nationales et isolées sont dès lors inefficaces car « *un droit national pour une civilisation qui devient globale est nécessairement inadapté* »². L'enjeu n'est autre que celui de « *concilier l'innovation et la protection de ces droits fondamentaux* »³. L'innovation portée par le numérique et l'amélioration de l'expression démocratique ne doit pas conduire à mettre en péril la stabilité sociale nécessaire à l'exercice des droits fondamentaux. Le conseil constitutionnel français⁴ adopte la même attitude prudence et de tempérance en promouvant l'utilisation de ses bienfaits tout en restant réservé face aux profonds changements sociétaux et économiques suscités par lui⁵. L'équilibre et la cohésion doivent être recherchés. C'est en cela que la conciliation constitue « *la condition sine qua non pour la création d'un environnement éthique et juridique de confiance* »⁶. La maîtrise technologique encore embryonnaire dans les Etats africains impose une action concertée entre les différents Etats et les institutions du numérique afin de préserver l'idéal démocratique qui est somme toute déjà balbutiant sur le continent.

¹ V. LEMAIRE, *Le droit public numérique à travers ses concepts : émergence et transformation d'une terminologie juridique*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2019, p. 19.

² D. ROUSSEAU, « Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

³ É. GEFFRAY, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/3 N° 52, p. 8.

⁴ Cons. const., 2013-26 ELEC, 11 juillet 2013, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012*.

⁵ T. SHULGA-MORSKAYA, « Le numérique saisi par le juge, l'exemple du conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 93.

⁶ É. GEFFRAY, « Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? », *op.cit.*, p. 8.

B- La désubstantialisation d'un idéal démocratique fragile

Qui peut être indifférent à l'apport du numérique dans l'amélioration de la démocratie. En effet, « *Internet, contrairement à la radio ou à la télévision, met en situation d'égalité l'émetteur et le récepteur, c'est donc, à première vue, l'outil idéal pour une démocratie participative où le citoyen pourrait intervenir très régulièrement dans le débat public* »¹. Seulement, cette contribution ne peut être perceptible et efficace que si le citoyen y voit un outil de socialisation, un instrument de réalisation de sa citoyenneté. Ces préalables sont en général absentes de l'utilisation que les populations africaines font des outils du numérique. Cela conduit alors à des pratiques répréhensibles qui vident l'idéal démocratique de sa substance. L'on observe ainsi une accélération du repli identitaire (1) et une décélération de l'assimilation communautaire (2).

1- L'accélération du repli identitaire

Le monde actuel traverse une crise d'identité aux multiples visages². Cette crise se nourrit du brassage des populations qui complique la rencontre des cultures, des traditions et des civilisations. Cette rencontre remodèle nécessairement la conception et les fondements originaux de l'identité des Etats. Le problème se pose en termes différents sur le continent africain car il n'est pas très exposé aux migrations des individus. Il vit une crise d'identité d'un tout autre genre.

L'Afrique vit sa part de crise identitaire qui prend corps depuis l'époque coloniale ou de domination étrangère. La plupart des Etats ont été fondés en absence de consensus et ont eu pour processus de formation le regroupement de territoires et de peuples qui n'avaient pas grand-chose en partage. Cette

¹ P. FLICHY, « Internet, un outil de la démocratie ? », la vie des idées.fr

² E. MORIN, « la francisation à l'épreuve », le Journal 'Le Monde' du 05/07/1991.

diversité fait naître un fait identitaire qui tend à faire surface aujourd'hui. On constate ainsi une « *une concurrence permanente entre identité nationale et infra-identités ethniques, régionales ou religieuses* »¹. L'Etat est perçu comme un objet de compétition nationale pour lequel chaque communauté, chaque ethnie voudrait savourer les délices. Cette bataille est accentuée par le centralisme du pouvoir malgré que la plupart des Etats aient fait le choix dans leurs textes constitutionnels de l'Etat unitaire décentralisé². En raison de ce fait identitaire, l'Etat africain est fragile et sujet à des instabilités. Cette fragilité prend corps à partir des constitutions qui sont en déphasages avec les réalistes historiques et culturelles africaines, des constitutions importées³ qui ne respectent pas la philosophie du contrat social qu'elles traduisent et qui voudrait que chaque Etat-nation soit « *pourvu d'une propriété culturelle intrinsèque qui le rend irréductible à tout autre Etat-nation et, par voie de conséquence, rebelle à toute tentative d'enfermement dans un statut unique* »⁴.

Dans cet imbroglio juridique et théorique, le numérique trouve la place d'accélérer la déconstruction des Etats. Les Etats forts voulus par les régimes en place aux lendemains des indépendances s'avèrent plus fragile que l'on ne pouvait le penser. Malgré les efforts visant « *à promouvoir, voire à protéger, la diversité du patrimoine culturel et linguistique* »⁵ cette diversité constitue l'angle par lequel le numérique altère les fondements de l'Etat. Les réseaux sociaux

¹ G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Identités et démocratie en Afrique » Entre hypocrisie et faits têtus », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, p. 59.

² Article 1 alinéa 2 de la constitution du Cameroun

³ Le professeur De Gaudusson exprime clairement cette idée lorsqu'il affirme que « *nombre de lois fondamentales adoptées au moment des indépendances apparaissent comme des textes miroirs de constitutions en vigueur au nord et plus spécialement dans les anciennes métropoles, reprenant, volontairement ou contraints et forcés, tout un dispositif institutionnel, une série de dispositions juridiques ou encore, ceci n'excluant pas cela, des modèles types d'institutions* ». v. J.D. De GAUDUSSON, « *Le mimétisme postcolonial, et après ?* », *Pouvoirs* – 129. 2009, p. 47.

⁴A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Editions A. PEDONE – PARIS – 2011, p. 9.

⁵ A. ONDOUA, « La population en droit constitutionnel » Le cas des pays d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, 2012/2 n° 242, p. 91.

constituent à partir de là un espace de revendication des communautés. Il se développe des regroupements spécialisés dans la défense des intérêts des communautés. La prolifération de ces regroupements favorise le repli identitaire d'autres communautés car certaines communautés sont jetées en pâture pour avoir revendiqué leur tour de gérer le pouvoir, ou pour avoir bénéficié des faveurs du pouvoir. L'actualité des réseaux sociaux au Cameroun expose des affrontements verbaux entre la communauté *BETI* dont est issu le président de la république en place depuis 38 ans et la communauté bamiléké dont est originaire le professeur Maurice KAMTO arrivé deuxième à l'élection présidentielle de 2018. A ces deux groupes ethniques s'ajoutent les revendications des populations des trois régions du grand nord Cameroun. Ces populations à travers le mouvement 11 millions de nordistes récemment interdit¹ demandent la représentativité des enfants de ces régions dans les concours administratifs conformément à la politique de l'équilibre régionale consacrée au début des années 1980 et qui postule la fixation des quotas de places aux candidats de chaque région².

La revendication sur les réseaux sociaux d'une meilleure considération des communautés n'est pas fondamentalement répréhensible. Le tort est qu'elle s'accompagne de la propagation d'un discours de rejet de l'autre, un discours de victimisation et de stigmatisation qui amène les communautés à développer la haine envers les autres. Ce discours est largement suivi par les populations au détriment du civisme, de la responsabilité citoyenne et du respect des droits et libertés. En fond de compte, c'est sur le fondement de la liberté, une liberté totale que le numérique facilite le repli identitaire. En offrant un nouvel espace d'exercice des droits et libertés, à la lisière de l'espace public et de l'espace privé, le numérique oblige à réaménager les modalités de garanties ainsi que le contenu

¹ Arrêté n°000124/A/MINAT du 18 novembre 2010 constatant la nullité d'un mouvement et portant interdiction de ses activités.

² Article 60 du Décret n°2000/696/PM du 13 septembre 2000 fixant le régime général des concours administratifs.

de ces droits et libertés, voire d'en créer de nouveaux¹. En dehors de cela la cohésion nationale ne peut être qu'ébranlée.

2- La décélération de l'assimilation communautaire

Par une formule restée célèbre dans l'histoire du droit constitutionnel ESMEIN affirmait que « *l'Etat est la personnification juridique d'une nation* »². L'auteur conçoit ainsi l'Etat comme la mise en œuvre des volontés des populations dans le sens de réalisation d'une destinée commune. L'Etat est donc cet être juridique qui porte les aspirations de la nation, qui les concrétise au regard de ses caractères et de ses attributs. Il soutient que « *ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles* »³. La nation est ainsi une conception objective de la vie sociale qui est contraire à l'expression des particularités et des spécificités. La nation est l'affirmation d'une unité de vision, une unité d'idéologie et de valeur.

Le professeur Dominique ROUSSEAU retrace très clairement le processus de formation des peuples et des nations. Il affirme que « *l'histoire de la formation des peuples est, en effet, celle d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des règles communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue le peuple politique* »⁴.

¹ J. BONNET, P. TÜRK, « le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 20.

² A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896, p. 1.

³ Ibid.

⁴D. ROUSSEAU, « La démocratie continue : fondements constitutionnels et institutions d'une action continuelle des citoyens », *Confluence des droits La revue* [En ligne], 02 | 2020, mis en ligne le 11 février 2020. URL : <http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=726>

La notion de peuple repose donc sur la solidarité, sur l'union rendue parfait en la Nation.

La nation est à la base de la fondation et de l'existence de l'Etat. Il existe une interdépendance entre les deux, car si la nation donne naissance à l'Etat, l'Etat agit également sur la nation en la consolidant. En effet comme le démontre clairement Carré de Malberg, « *L'Etat n'est pas un sujet juridique se dressant en face de la nation et s'opposant à elle : mais, dès qu'il est admis que les pouvoirs de nature étatique appartiennent à la nation, il faut admettre aussi qu'il y a identité entre la nation et l'Etat, en ce sens que celui-ci ne peut être que la personnification de celle-là* »¹. Cette théorie de la relation entre Etat et nation qui a porté les conceptions de la souveraineté et de la démocratie en occident repose sur une conception de la nation dont il est difficile de transposer en Afrique. La question dans ce continent est celle de savoir qui a précédé l'autre, qui a donné naissance à l'autre. A partir de cette réponse on peut mesurer la profondeur de l'influence négative du numérique sur l'Etat et la nation.

La nation en Afrique serait postérieure à l'Etat. La nation est définie par la doctrine comme « *une personne morale tout à fait abstraite qui est constituée de la somme des générations passées, présentes et futures : c'est un être à la fois collectif et indivisible* »². Les caractères de collectivité et d'indivisibilité ainsi présentés sont absents dans la formation des Etats au lendemain des indépendances. L'on assiste plutôt à un regroupement de communauté et d'ethnies qui ne sont pas liées par une volonté réelle et affichée d'être ensemble. La disparité des ambitions communautaires a pu être masqué par les régimes autoritaires qui ont muselées les revendications, mais le vent de démocratisation qui a frappé les Etats dans les années 1990 a libéré l'expression et a fait resurgir

¹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome premier, Recueil Sirey, 1, 1920, p. 13.

² I. SALAMI, D. GANDONOU, *Droit constitutionnel et institutions du Benin*, Abomey-calavy, éditions CeDAT, 2014, p. 115.

les tensions communautaires. Le Sénégal¹, le Nigéria², le soudan³, la Centrafrique⁴, le Mali⁵, le Cameroun⁶, sont autant de pays qui subissent les revendications communautaires portées par les mouvements sécessionnistes.

La résurgence des tensions ethniques démontre que l'Etat postcolonial n'a pas réussi à construire des nations en assimilant les différentes communautés. Les efforts d'assimilation sont altérés aujourd'hui par les insaisissables libertés manifestées dans les réseaux sociaux. Ces réseaux sociaux sont devenus des lieux de propagandes des mouvements sécessionnistes et terroristes. Ils prennent appui sur l'incapacité de la grande majorité des citoyens à manifester un patriotisme dans ces espaces virtuels. Les populations fragiles adeptes de ses réseaux sont des proies à des entrepreneurs de la terreur qui actionnent les faiblesses des Etats relativement sur la question de la mauvaise gouvernance pour faire la promotion de l'instauration d'une société meilleure. Ils accélèrent le déphasage entre les populations et l'idéal national en postulant le retour du pouvoir aux communautés et ethnies. On peut ainsi observer la prolifération des discours de haine, l'exacerbation du tribalisme. Ces atteintes appellent les Etats à la vigilance. Cela passe par la codification des règles éparses encadrant le fonctionnement du numérique « *afin de rendre à la norme plus de clarté et de*

¹ Au Sénégal l'on observe les revendications indépendantistes de la région de la Casamance une région enclavée et principalement constituée de l'ethnie Diolas.

² Le Nigeria est sans doute l'un des pays où les tensions communautaires auront durablement affectées la stabilité de l'Etat. Le pays est divisé en trois principales ethnies qui sont les Haoussas, les yorubas et les igbos. La conquête du pouvoir par les différentes ethnies a plongé le pays dans des situations de crises constituées des coups d'Etat, des guerres civiles.

³ Les revendications communautaires ont fait éclater le soudan en deux Etats distincts en 2011.

⁴ En 2013 le président François Bozizé est renversé par un groupe de rebelles du nord appelé les Seleka à majorité musulmane. Ce groupe va commettre de multiples exactions contre les populations au point où celles-ci vont riposter en mettant sur pied une milice dénommée anti-balaka constituée des chrétiens. L'on va alors assister à un véritable massacre des populations sous le mobile de l'appartenance ethnique et religieuse.

⁵ Au Mali la principale revendication communautaire est portée par l'ethnie Touareg qui réclame l'indépendance dont elle a proclamé en 2012 sur l'Azawad, cette partie du territoire située dans le nord du Mali.

⁶ Depuis 2016 le Cameroun vit un conflit dans ses deux régions anglophones du nord-ouest et sud-ouest. Cette crise est nourrie par les mouvements sécessionnistes revendiquant la création d'un Etat autonome d'Ambazonie.

compréhension garantissant alors son unicité et sa cohérence et partant, un plein accès du droit pour tous »¹. Les lois actuellement en vigueur sont insuffisantes à endiguer le phénomène de déconstructions des démocraties, elles sont obscures et rendent le droit « indulgent envers les habiles et les puissants »² que sont les grandes entreprises du numériques et les leaders d'opinions non identifiables dans les réseaux. L'encadrement du numérique est une nécessité. C'est une nécessité impérieuse qui conditionne la survie des démocraties africaines, la survie de l'Etat africain car, « tant ses frontières géographiques que ses frontières symboliques tendraient à s'effacer ; sa souveraineté serait éprouvée, mais moins que sa puissance qui subirait l'impact de pouvoirs multiples, fragmentés et dispersés »³ au contact du numérique.

L'encadrement nécessite également une responsabilisation des citoyens. En élargissant la sphère publique le numérique conduit nécessairement à prolonger la citoyenneté dans cette sphère. On assiste ainsi « à une redéfinition des frontières de la citoyenneté »⁴ par laquelle l'individu a l'obligation d'être mesuré, respectueux des institutions et des droits de tous. Cela doit aboutir à la consécration d'une citoyenneté numérique qui « se réfère à la capacité à s'engager positivement, de manière critique et compétente dans l'environnement numérique, en s'appuyant sur les compétences d'une communication et d'une création efficaces, pour pratiquer des formes de participation sociale respectueuses des droits de l'homme et de la dignité grâce à l'utilisation responsable de la technologie »⁵.

¹ S. LAMOUREUX, « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC*, n° 48, 2014, p. 802.

² P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 131.

³ B. BARRAUD, *Le renouvellement des sources du droit. Illustrations en droit de la communication par internet*, thèse de doctorat en droit, université d'Aix-Marseille, 2016, p. 8.

⁴ P. DUFOUR, « les nouvelles frontières de la démocratie », *Ethique publique* [en ligne], vol.7, n°1 | 2005, mis en ligne le 12 novembre 2015, consulté le 17 décembre 2020, URL : <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/1980> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.1980>

⁵ Définition donnée par le conseil de l'Europe citée par V. GAZAGNE-JAMMES, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », *op.cit.*

La responsabilisation dans l'utilisation du numérique est à double visage. Elle intéresse d'abord ceux qui divulguent des informations sur les réseaux sociaux. Ils doivent être astreints à la même exigence de sincérité de l'information qui est appliquée aux professionnels de la communication des médias classiques. Ils doivent éviter d'orienter les espaces virtuels vers la publication des informations qui pourraient entraîner « *une polarisation des opinions, une « homophilie » de communautés partageant les mêmes convictions, et finalement une « balkanisation » de l'espace public qui ne pourrait plus faire émerger de convergences vers l'intérêt général* »¹.

Ensuite, la responsabilisation impose aux citoyens consommateurs des informations mis à leurs disposition l'obligation de faire la sélection entre celles qui sont nécessaires pour le développement personnel, pour la promotion et la protection des droits libertés, et celles qui participent à la préservation de la stabilité de l'Etat indispensable à l'existence humaine. La fragilité de la cohésion nationale appelle à la responsabilité de tout le monde. Le citoyen africain doit dépasser la conception du numérique comme un instrument récréatif et de divagation. Le pourrissement subtil et profond des mentalités que l'on y observe par la trop grande orientation vers le divertissement favorise la désocialisation et la banalisation de la liberté, de l'intérêt général. L'on peut donc craindre qu'à long terme la république virtuelle du numérique vole à l'Etat réel ses citoyens.

Conclusion

Depuis l'apparition du numérique, et plus globalement des technologies de l'information et de la communication, le visage de la société a profondément changé. Tous les aspects de l'existence subissent son influence. Après avoir commencé sur la matière physique, l'influence du numérique s'est répandu sur l'immatériel, sur l'idéologie, sur la pensée, sur les valeurs. La démocratie fait

¹ B. LOVELUCK, « La démocratie au prisme du numérique », op.cit., p. 148.

partie de cette catégorie, elle qui en Afrique subit une transformation profonde. La considération globale est de percevoir les avantages, les améliorations. A cet effet, il faut dire que les résultats sont patents, le numérique apporte une libéralisation de la vie publique en favorisant l'exercice des libertés et droits fondamentaux et en assujettissant l'action publique à la transparence et là à la performance. Toutefois, une observation profonde permet de soulever des réserves. Celles-ci reposent sur un excès de liberté porté par le numérique.

**Droit de l'Union européenne et
arbitrage d'investissement : de la
systématisation d'un recours à
l'arbitrage d'investissement au constat
d'un conflit ontologique**

Clara GRUDLER - Doctorante contractuelle,
Chargée d'enseignement à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Abstract

Les traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres de l'Union européenne et les États tiers, et entre les États membres, ont systématisé le recours à l'arbitrage en cas de différend s'élevant à l'occasion de l'exécution de l'accord. Les clauses d'arbitrage entre investisseur et État permettent d'assurer un certain niveau de protection aux investissements étrangers. Pour l'investisseur, il s'agit d'échapper à la compétence de la juridiction nationale de l'État d'accueil, dont la neutralité par rapport à la protection de l'investissement étranger est régulièrement remise en question. Toutefois, la soustraction de ces litiges aux juridictions des États membres et à la Cour de justice de l'Union européenne, peut être de nature à compromettre l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Ce constat a conduit les institutions de l'Union européenne à se prononcer sur l'incompatibilité des clauses d'arbitrage investisseur-État, insérées dans les traités bilatéraux intra-européens, au droit de l'Union. En amont, le Traité de Lisbonne a consacré une compétence à l'Union dans le domaine des investissements directs étrangers. L'Union exerce cette compétence, dans le cadre de sa politique commerciale commune, de manière à prévenir toute atteinte au droit de l'Union que pourrait provoquer le recours à une instance arbitrale amenée à interpréter et à appliquer le droit de l'Union. Cette prévention passe par l'élaboration de nouveaux mécanismes de règlement des différends, prenant la forme de tribunaux bilatéraux *ad hoc*. À terme, ces tribunaux ont vocation à se voir substituer le nouvel instrument multilatéral négocié par l'Union, le SJI. Dans cet article, nous démontrerons que l'Union européenne a su remédier aux problématiques posées par l'articulation entre l'arbitrage d'investissement et le droit de l'Union. Ce faisant, les institutions de l'Union élaborent un véritable droit des investissements de l'Union. Celui-ci s'impose comme un facteur de l'intégration européenne.

Introduction

Le 23 mars 2021, Franck Riester annonçait, en sa qualité de ministre français délégué au Commerce extérieur, que la France ne veut plus que des « *tribunaux d'arbitrage privés* » puissent trancher des différends s'élevant entre les investisseurs et les États¹. Cette déclaration du gouvernement français fait écho à une vaste controverse ayant trait à la compatibilité au droit de l'Union européenne, des clauses, insérées dans les traités bilatéraux d'investissement, prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de litige lié à l'exécution du traité en cause. L'insertion de ce type de clauses au sein des traités bilatéraux d'investissement, a pour objet de garantir un niveau élevé de protection des investissements exposés par les investisseurs étrangers dans un pays déterminé. Le recours à l'arbitrage d'investissement est devenu le mode privilégié de règlement des litiges en matière d'investissements internationaux, dans la mesure où celui-ci permet à l'investisseur étranger d'échapper à la compétence juridictionnelle de l'État d'accueil². En effet, les juridictions nationales sont régulièrement suspectées de partialité. L'État peut simultanément faire jouer ses prérogatives régaliennes et d'opérateur économique. Ce faisant, l'État exploite ses rôles de régulateur et d'acteur par rapport au marché³. Cette circonstance peut faire craindre un défaut de neutralité quant à la protection des investissements étrangers. À cet égard, le Professeur Gaillard confirmait que la sécurisation de leurs investissements par les investisseurs étrangers passe par le recours à l'arbitrage d'investissement⁴. Il s'agit d'éviter que les litiges afférents à ces investissements soient appréciés par

¹ AFP, « La France ne « veut plus de tribunaux d'arbitrage privés » dans ses futurs accords commerciaux », *Euractiv*, 24 mars 2021.

² C. Uruganda, « Supprimer les tribunaux d'arbitrage privés pour régler des litiges internationaux, une fausse bonne idée ? », *L Usine Nouvelle*, 5 avril 2021.

³ S. Nicinski, « *Droit public des affaires* », LGDJ, 2019.

⁴ C. Ducourtieux, « Ces tribunaux privés qui font peur », *Le Monde*, 13 janvier 2015.

des justices locales « *pas toujours indépendantes* »¹. C'est pourquoi, selon les termes du Professeur Clay, le recours à l'arbitrage d'investissement « *est tout simplement la condition même de l'investissement international* »².

L'émergence et la multiplication des traités bilatéraux d'investissement intra et extra européens, ont généralisé le recours à l'arbitrage d'investissement. Les conflits de normes avec le droit de l'Union européenne se sont vus décuplés, au fur et à mesure de la conclusion de ces traités. Le droit international des investissements et le droit de l'Union européenne ne connaissaient *a priori* aucun point de rencontre³. Comme l'explique le Professeur Menétrey, la logique d'intégration économique et juridique sous-tendant la création et l'organisation du marché intérieur européen, est différente du droit international des investissements, mais également indifférente au développement de celui-ci⁴. Les traités fondateurs de l'Union n'ont originellement pas consacré de compétence exclusive à l'Union en matière d'investissements directs ou indirects étrangers. Par conséquent, dans un premier temps, les investissements internationaux ont fait l'objet de contrats d'État, systématisant le recours à l'arbitrage comme mode de résolution des différends. Le recours à ces contrats d'État se justifiait par l'importance du caractère *intuitu personæ* de la protection des investissements internationaux⁵. La nécessité de renforcer la protection des investissements internationaux pris en application de contrats d'État, s'est progressivement

¹ *Ibid.*

² C. Uruganda, « Supprimer les tribunaux d'arbitrage privés pour régler des litiges internationaux, une fausse bonne idée ? », *op. cit.*

³ S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *Journal du droit international (Clunet) n° 4*, Octobre 2010, doct. 13.

⁴ *Ibid.*

⁵ L. Lanoë-Campbell, A. de Nanteuil, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *Versailles University Arbitration Journal n° 1*, Janvier 2019, étude 8.

imposée. Cela explique que les États membres aient recouru à la conclusion de traités de protection des investissements, en parallèle des contrats d'État¹.

Cependant, la conclusion, par les États membres de l'Union européenne, de traités bilatéraux d'investissement avec des pays tiers, a induit des problèmes de compatibilité avec les normes de l'Union². La question de cette compatibilité au système juridique de l'Union, a pu notamment être soulevée à l'égard du recours à l'arbitrage d'investissement. L'insertion de clauses prévoyant le recours à l'arbitrage d'investissement dans les traités bilatéraux d'investissement extra-européens, a pour effet de soustraire le litige aux juridictions nationales des États membres, et de l'Union. Les parties peuvent ainsi se retrouver privées de certaines garanties consacrées par le droit primaire de l'Union. Situé hors du système juridictionnel de l'Union, le tribunal arbitral est susceptible d'interpréter et d'appliquer certaines dispositions du droit primaire de l'Union. Dès lors, une atteinte est portée à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Or, la notion d'ordre public européen, renforçant les principes de primauté et d'effet utile du droit de l'Union, est de nature à s'opposer à l'exercice de l'autonomie des parties et à l'opération des règles de conflits de loi³. En outre, dans certaines circonstances, le droit de l'Union impose l'adoption de certaines mesures par les États membres. Celles-ci peuvent potentiellement entraîner une violation des dispositions du traité extra-européen⁴. La contradiction entre les obligations tirées du droit de la protection des investissements étrangers et du droit de l'Union, peut aboutir à un préjudice causé à l'investisseur étranger, et donc, à un éventuel contentieux entre les parties. Afin de prévenir de telles incompatibilités, le Traité de Lisbonne a instauré une compétence exclusive au profit de l'Union

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ G. Bermann, « L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, Septembre 2013, entretien 5.

⁴ *Ibid.*

européenne, en matière d'investissements étrangers directs. Cette compétence entre dans le champ de la politique commerciale commune de l'Union, dont les contours sont précisés par l'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

La question de la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement intra-européens au droit de l'Union européenne demeure, quant à elle, lancinante. Dans un arrêt *Achmea*¹, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une clause d'arbitrage figurant dans un accord conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie sur la protection des investissements, n'est pas compatible avec le droit de l'Union². En effet, le tribunal arbitral instauré pouvait être amené à interpréter puis à appliquer le droit de l'Union, notamment en matière de dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. Or, ce pouvoir d'interprétation et d'application du droit de l'Union relève de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, en application de l'article 19 du Traité sur l'Union européenne (TUE). De plus, le tribunal arbitral ne constituait pas une juridiction d'un des États membres au sens de l'article 267 du TFUE, prévoyant le mécanisme du renvoi préjudiciel. Un tel tribunal ne pouvait donc saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, d'une question en interprétation ou en appréciation de la validité du droit de l'Union. Le tribunal arbitral échappe de la sorte au système juridictionnel de l'Union. Une atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne a été caractérisée. Dans la mesure où seule une juridiction intégrée au système juridictionnel est à même de garantir la pleine efficacité du droit de l'Union, la clause d'arbitrage figurant dans le traité bilatéral en cause a été déclarée incompatible avec le droit de l'Union. Cette décision du juge de l'Union européenne s'ancre dans un mouvement plus large des

¹ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, République de Slovaquie/*Achmea BV*.

² Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 26/18, « La clause d'arbitrage incluse dans l'accord conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie sur la protection des investissements n'est pas compatible avec le droit de l'Union », 6 mars 2018.

institutions européennes, visant à l'extinction des accords bilatéraux d'investissement intra-européens par les États membres¹. En 2020, afin de mettre en œuvre la décision retenue par la Cour de justice dans le cadre de l'arrêt Achmea, vingt-trois États membres ont signé un accord plurilatéral permettant la dénonciation des traités bilatéraux d'investissement intra-européens².

L'articulation du recours à l'arbitrage d'investissement et du droit de l'Union européenne soulève d'épineux problèmes de compatibilité. Afin de prévenir les incompatibilités, les institutions européennes ont souhaité systématiser l'instauration de tribunaux bilatéraux en charge du règlement des différends afférents à la protection des investissements étrangers. Dans le cadre de négociations d'accords de libre-échange de nouvelle génération avec des États tiers, la Commission européenne a multiplié les initiatives en faveur de l'instauration de juridictions *ad hoc*. En amont, la Commission a engagé des négociations multilatérales visant à instaurer un « *système juridictionnel des investissements* » (SJI)³. À terme, cette voie de recours a vocation à se substituer aux mécanismes bilatéraux de règlement des différends dans le domaine des investissements⁴. C'est ainsi que, dans le cadre de la conclusion de l'AECG (Accord économique et commercial global), la Commission européenne s'est prononcée en faveur de l'instauration d'un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements⁵. Ce faisant, il s'agit

¹ Commission européenne, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Communiqué de presse IP/15/5198, 18 juin 2015.

² Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction générale du Trésor, Signature de l'accord plurilatéral organisant le démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens, 5 mai 2020.

³ Conseil de l'UE, « Tribunal multilatéral des investissements : le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », Communiqué de presse, 20 mars 2018.

⁴ C. Devaux, « Vers un tribunal multilatéral des investissements ? Apports et limites de la réforme de l'UE », in V. Curran (dic.), « *Les porosités du droit* », Société de législation comparée, 2019, pp. 3-4.

⁵ Commission européenne, Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements (COM(2017) 493 final, 13 septembre 2017).

également de répondre aux inquiétudes suscitées par la généralisation du recours à la justice privée, en termes de transparence de la procédure et d'éthique des arbitres¹. Une consultation publique sur la protection des investisseurs dans le cadre du PTCI (Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement) a ainsi été lancée par la Commission en mars 2014². Les résultats de cette consultation ont mis en exergue les préoccupations de nombreux acteurs en matière de détermination de l'instance compétente afin d'apprécier les litiges en matière d'investissements³. Certains d'entre eux, notamment les organisations non gouvernementales, ont considéré que les juridictions nationales devraient systématiquement pouvoir trancher des litiges s'élevant entre un État et des investisseurs étrangers, à l'occasion de l'exécution de traités bilatéraux d'investissement⁴. Il a également été avancé que les juridictions nationales seraient les mieux placées afin de traiter ce genre de différends, mais que les incitations sont insuffisantes afin d'opter pour ce mode de résolution des litiges⁵. Le projet du SJI, négocié et promu à l'échelle internationale par les institutions de l'Union, s'impose à cet égard comme un moteur de l'intégration européenne en droit des investissements. Cette intégration passe par la construction de la politique commerciale commune de l'Union dans le domaine de la protection des investissements.

Dans le cadre de la présente étude, nous apprécierons la manière dont les institutions européennes se sont emparées des problématiques liées à la

¹ F. Jadeau, « Lutte contre les conflits d'intérêts des arbitres : les réformes voulues par l'UE », *Versailles University Arbitration Journal* n° 1, Octobre 2016, étude 3.

² Commission européenne, « La Commission européenne lance une consultation publique en ligne sur la protection des investisseurs dans le cadre du TTIP », Communiqué de presse IP/14/292, 27 mars 2014.

³ European Commission, Commission staff working document, Report, « Online public consultation on investment protection an investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP) », SWS(2015) 3 final, January 13rd 2015.

⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁵ *Ibid.*

compatibilité du recours à l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'Union européenne, afin de faire du droit de la protection des investissements un levier de l'intégration européenne.

Il conviendra d'opérer en premier lieu une distinction entre traités bilatéraux d'investissement intra et extra européens. Ces deux types d'accords posent des problématiques différentes, en matière d'articulation avec le droit de l'Union européenne (Partie 1). Dans un second temps, nous nous intéresserons aux initiatives des institutions européennes, prises dans le sens de la construction d'un droit des investissements de l'Union européenne (Partie 2).

1. Une nécessaire distinction entre traités bilatéraux d'investissement intra et extra européens : une articulation différenciée avec le système juridique de l'Union européenne

Les États membres de l'Union européenne peuvent conclure différentes typologies de traités bilatéraux d'investissement, selon que le pays partenaire soit un État membre de l'Union européenne, ou un État tiers. L'appartenance ou non de l'État partenaire à l'Union européenne, emportera des implications différenciées quant à l'articulation des dispositions du traité bilatéral avec les normes de l'Union européenne.

Concernant les traités bilatéraux extra-européens, l'Union européenne a été investie d'une compétence en matière d'investissements étrangers (1.1.). Cela a eu pour effet de priver les États membres de la capacité de conclure de tels accords avec les États tiers. Toutefois, cette compétence de l'Union, bien que

consacrée au titre de la politique commerciale commune pour laquelle celle-ci détient en principe une compétence exclusive, est partagée avec les États membres concernant le règlement des différends liés aux investissements. La compétence de l'Union dans le domaine des investissements directs étrangers, a donc été soigneusement délimitée. La situation est plus délicate concernant les traités bilatéraux d'investissement intra-européens. Bien que la Cour de justice de l'Union européenne se soit explicitement prononcée sur l'incompatibilité de ces traités avec le droit de l'Union européenne (1.2.), la dénonciation de ce type de traités par les États membres n'est pas effective à ce jour.

1.1. Les traités bilatéraux d'investissement extra-européens : la consécration de la compétence de l'Union européenne en matière d'investissements étrangers

Comme le précise le Professeur Menétrey, les interactions entre le droit des investissements et le droit de l'Union européenne ont lieu à deux niveaux : d'une part, les investissements réalisés à l'intérieur de l'Union, d'autre part, les investissements en provenance ou à destination d'États tiers¹. De nombreux points de contact existent entre les traités bilatéraux d'investissement extra-européens et le droit de l'Union européenne, à tel point que la doctrine a pu se référer à une « *collision* »² entre le droit européen et le droit de l'arbitrage international. L'État membre ayant conclu un traité bilatéral avec un État tiers peut, dans certaines situations, se retrouver face à une contradiction entre les obligations imposées par le droit de l'Union européenne, et les obligations découlant des termes de l'accord conclu avec l'État tiers, ainsi qu'avec le droit

¹ S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *op. cit.*

² G. Bermann, « L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *op. cit.*

international de la protection des investissements étrangers. Cela est notamment le cas en matière d'aides d'État. Lorsqu'un État membre est contraint de procéder à la récupération d'une aide d'État illicite suite à une décision de la Commission européenne déclarant l'aide incompatible avec le marché intérieur¹, un préjudice peut être causé à l'investisseur étranger, bénéficiaire de l'aide. Cette question de la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement extra-européens au regard du droit des aides d'État, s'est posée dans un arrêt Micula². Dans cette affaire, le Tribunal de l'Union européenne a considéré que l'indemnisation, par la Roumanie, du retrait d'une aide jugée illégale ou incompatible avec le droit de l'Union, ne constituait pas une nouvelle aide d'État illicite³. Le juge de l'Union a annulé en conséquence la décision de la Commission européenne⁴. Celle-ci estimait que le paiement de dommages et intérêts par la Roumanie - alors État tiers à l'Union européenne - à l'investisseur suédois en cause, avait le caractère d'une aide d'État illicitement octroyée⁵. La collision entre les différents ordres juridiques en présence résidait dans le fait que le traité bilatéral imposait l'exécution de la sentence arbitrale prise en application de la clause d'arbitrage entre l'investisseur et l'État - et donc, le versement d'une indemnisation à l'investisseur suédois -, alors que ce versement pouvait impliquer l'octroi d'une aide d'État illicite au titre de l'article 107§1 du TFUE.

En 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a relevé l'existence d'incompatibilités entre le droit de l'Union européenne et les dispositions de traités bilatéraux d'investissement conclus par la Suède⁶, l'Autriche⁷ et la

¹ Par application de l'article 107§1 du TFUE.

² TUE, 18 juin 2019, T-624/15, T-694/15 et T-704/15, Micula.

³ *Ibid.*, pts 108-109.

⁴ V. Commission européenne, 30 mars 2015, SA.38517 ; aff. CIRDI n° ARB/05/20.

⁵ J. Derenne, « Morceaux choisis de récents développements du droit des aides d'État », *Contrats Concurrence Consommation* n° 7, Juillet 2019, dossier 8.

⁶ CJCE, 3 mars 2009, C-249/06, Commission/Suède.

⁷ CJCE, 3 mars 2009, C-205/06, Commission/Autriche.

Finlande¹, avec des États tiers. En l'espèce, le Conseil avait apporté des restrictions, dans le cadre de sa compétence, aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres et les États tiers. Or, ces mesures restrictives n'avaient pas été immédiatement appliquées, à l'égard des États tiers, par les États concernés. Les traités bilatéraux d'investissement n'avaient pas été modifiés de manière à demeurer en conformité avec le droit de l'Union européenne. Le juge de l'Union s'est montré particulièrement pédagogique, afin de conclure à l'incompatibilité des accords d'investissement en cause avec le droit de l'Union. Il a été expliqué que les compétences du Conseil, consistant à adopter unilatéralement des mesures restrictives à l'égard des États tiers dans une matière identique ou connexe à celle réglée par un accord antérieur conclu entre un État membre et un État tiers, font apparaître une incompatibilité avec cet accord². En effet, « *d'une part, celui-ci ne prévoit pas de disposition permettant à l'État membre concerné d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté (...) d'autre part, aucun mécanisme de droit international ne le permet non plus* »³. Afin d'assurer l'effet utile des dispositions permettant au Conseil de restreindre les mouvements de capitaux et les paiements entre les États membres et les États tiers, il est nécessaire que les mesures adoptées puissent être immédiatement appliquées à l'égard des États tiers concernés, ceux-ci pouvant être des États liés par un traité bilatéral d'investissement avec un État membre de l'Union européenne⁴. En l'occurrence, les divers moyens évoqués par les États membres et destinés à leur permettre de satisfaire à leurs obligations imposées par le droit de l'Union européenne, n'étaient pas aptes à garantir le respect et la pleine effectivité de ce droit⁵. Par conséquent, les trois États membres ont été condamnés au titre de

¹ CJCE, 19 novembre 2009, C-118/07, Commission/Finlande.

² CJCE, 3 mars 2009, C-249/06, *précit.*, pt 38 ; CJCE, 3 mars 2009, C-205/06, *précit.*, pt 37.

³ *Ibid.*

⁴ CJCE, 3 mars 2009, C-249/06, *précit.*, pt 37 ; CJCE, 3 mars 2009, C-205/06, *précit.*, pt 36.

⁵ CJCE, 3 mars 2009, C-249/06, *précit.*, pts 39-42 ; CJCE, 3 mars 2009, C-205/06, *précit.*, pts 38-41 ; CJCE, 19 novembre 2009, C-118/07, *précit.*, pt 42.

leur omission de recourir aux moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert de capitaux, contenues dans les accords bilatéraux d'investissement conclus par ces États membres avec des États tiers¹.

Les décisions précitées ne se prononcent pas explicitement sur le caractère incompatible au droit de l'Union, des mécanismes de recours à l'arbitrage d'investissement instaurés par des traités bilatéraux extra-européens. La Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne se sont plutôt attachées à cerner un faisceau d'incompatibilités entre le droit primaire de l'Union européenne et le droit de la protection des investissements étrangers. Cependant, la reconnaissance d'un tel conflit de normes a un impact direct sur la validité des clauses d'arbitrage entre l'investisseur étranger et l'État membre de l'Union. La multiplication de ces incompatibilités a abouti à un transfert de compétences, à l'Union européenne, en matière d'investissements directs étrangers. Celui-ci a été opéré par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009. Dès lors, la Commission européenne est devenue seule compétente afin de négocier et de conclure des traités bilatéraux d'investissement avec des États tiers. Cette nouvelle compétence de l'Union intègre la politique commerciale commune², au sens de l'article 207 du TFUE. Cet article précise que la politique commerciale commune « *est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne (...) les investissements étrangers directs* ». Le paragraphe 6 du même article indique que l'exercice des compétences attribuées par celui-ci dans le domaine de la politique commerciale commune, n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les

¹ S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *op. cit.*

² J. Dutheil de La Rochère, « Le pouvoirs des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements », in Catherine Kessedjian et Charles Leben (dir.), « *Le droit européen et l'investissement* », EPA/LGDJ, Paris, 2009, note 1, p. 27 et s.

États membres. En vertu de l'article 3 du TUE, l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de la politique commerciale commune¹. En principe, l'Union devrait donc jouir d'une telle compétence en matière d'investissements étrangers directs.

Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a apporté une précision d'importance quant à la portée de la compétence de l'Union en matière d'investissements directs étrangers. Il a été indiqué que l'Union dispose uniquement d'une compétence partagée concernant les investissements de portefeuille, ainsi que pour le règlement des différends relatifs aux investissements². Cette approche de la Cour de justice s'oppose à la vision antérieurement promue par la Commission européenne. Dans une communication de juillet 2010, celle-ci avait indiqué que les clauses d'arbitrage entre les investisseurs et les États doivent être partie intégrante du nouveau dispositif européen en matière d'investissements directs³. En imposant des limites à la compétence de l'Union dans le domaine des investissements directs étrangers, le juge de l'Union européenne a refusé de confirmer la conception extensive de cette compétence, retenue par la Commission européenne. Cela implique que, en vertu de l'article 2§2 du TFUE, les États membres peuvent

¹ TUE, article 3§1, 2.

² CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15, pts 242-243 ; V. M. Audit, Droit des investissements internationaux, Synthèse, JurisClasseur Droit international, 15 juin 2020.

³ Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM(2010)343 final, 7 juillet 2010, p. 11 : « (...) les futurs accords de l'UE comptant la protection des investissements devraient contenir des dispositions relatives au règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Ce parcours est semé d'embûches car, d'une part, le règlement des différends entre les investisseurs et l'État revêt un caractère unique en droit économique international et, d'autre part, l'Union n'a pas été un acteur majeur dans ce domaine par le passé (...) Dans sa conception des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et l'État, l'Union devrait exploiter les pratiques des États membres pour aboutir à des mécanismes de ce genre qui soient à la pointe de la modernité » ; v. R. Geiger, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », in *Revue internationale de droit économique*, 2015/4, t. XXIX, pp. 451-465.

exercer leur compétence dans le domaine du règlement des litiges en matière d'investissements, dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. La nature partagée de cette compétence en matière de mode de résolution des litiges afférents aux investissements internationaux, induit un risque de rémanence des clauses d'arbitrage entre l'investisseur et l'État, au sein des accords de libre-échange conclus par l'Union européenne. Alors que la négociation et la conclusion des traités bilatéraux ressortent de la compétence exclusive des institutions de l'Union, les États membres pourraient théoriquement prévoir le recours à l'arbitrage pour le volet des accords de libre-échange dédié à la protection des investissements étrangers. Néanmoins, en pratique, la marge de manœuvre des États membres est restreinte. Le contrôle exercé par les institutions de l'Union sur l'ensemble du contenu des accords de libre-échange, dans le cadre de sa compétence en matière de négociation et de conclusion de ces accords - y compris en son volet dédié aux investissements étrangers directs -, constitue un garde-fou permettant de prévenir toute atteinte au droit de l'Union européenne.

Le Professeur Audit a précisé que le vaste réseau conventionnel des États membres de l'Union, parties à environ mille quatre cent traités bilatéraux d'investissement, pourrait disparaître du fait de l'exercice, par les institutions de l'Union, de leur compétence en matière d'investissement¹. C'est bien suite à la multiplication des conflits décelés entre le droit de la protection des investissements et le droit de l'Union européenne, qu'un transfert de compétence a été décidé par les États membres, au profit des institutions de l'Union européenne. Ce transfert de compétence a pour objet de prévenir les contradictions entre les dispositions des traités bilatéraux d'investissement et les normes de l'Union, en s'assurant *ab initio* d'une certaine intégration européenne de l'accord en cause. Cette intégration européenne vise également,

¹ M. Audit, Droit des investissements internationaux, *op. cit.*

dans une certaine mesure, les modes de règlement des différends liés aux investissements. Les institutions européennes se sont opposées à ce que des tribunaux arbitraux puissent, dans le cadre du traitement d'un contentieux dans le domaine des investissements, interpréter et apprécier le droit de l'Union européenne. De telles modalités de règlement des litiges porteraient atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Cependant, du fait de la compétence partagée de l'Union en matière de règlement des différends en matière d'investissements, les mécanismes de résolution des litiges prévus par les accords de libre-échange conclus par l'Union, doivent faire l'objet d'une approbation par les États membres.

Ce bémol n'a pas empêché la doctrine de considérer que l'Union s'est retrouvée avec « *le monopole pour la protection des investissements internationaux au sein du marché intérieur* »¹, dans le cadre de sa politique commerciale commune. L'évolution apportée par le Traité de Lisbonne, permet de compléter utilement les pouvoirs dont l'Union européenne était déjà investie en matière d'investissements internationaux, avant l'entrée en vigueur de celui-ci. L'Union détenait effectivement une compétence exclusive quant à l'édition des normes relatives à la phase de réinvestissement, concernant l'accès au marché², et aux règles applicables lors de la phase ultérieure aux investissements, visant la protection des investissements déjà constitués au sein de l'État d'accueil³. Les institutions de l'Union étaient donc habilitées à intervenir dans le domaine de l'investissement international⁴, même à défaut de disposer d'une compétence

¹ E. Loquin, Arbitrage commercial international. Sources, Fasc. 725, JurisClasseur Droit international, 1er mars 2021, n° 107.

² M. Bungenberg, C. Titi, « The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations », in Wenhua Shan et Jinyuan Su (ss dir.) « *China and International Investment Law : Twenty Years of ICSID Membership* », Brill, 2014.

³ M. Bungenberg et S. Hobe, « The Relationship of International Investment Law and European Union Law », in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe et A. Reinisch (ss dir.), « *International Investment Law : A Handbook* », Beck/Hart/Nomos, 2015.

⁴ P. Juillard, « Investissement et droit communautaire – À propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in J.-C. Masclat et al. (ss dir.),

concernant la phase située entre l'encadrement du pré-investissement, et la protection des investissements constitués¹.

Le transfert de compétence en matière d'investissements directs étrangers à l'Union européenne, s'est accompagné de l'élaboration d'une véritable politique européenne globale en matière d'investissements internationaux. Dans une communication adressée au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, la Commission européenne a expliqué que la politique commerciale de l'Union doit chercher à « *intégrer la libéralisation et la protection des investissements* »². À cet égard, la politique européenne en matière d'investissements se présente comme une nouvelle frontière pour la politique commerciale commune, la compétence conférée à l'Union dans ce domaine contribuant à « *l'abolition progressive des restrictions aux investissements étrangers directs* »³. Cette communication a été assortie d'une proposition de règlement destinée à régler le droit transitoire quant aux traités bilatéraux d'investissements extra-européens⁴. Par la suite, le Parlement européen et le Conseil ont effectivement adopté un tel règlement établissant des dispositions de droit transitoire⁵.

Bien que l'Union européenne dispose uniquement d'une compétence partagée concernant les modes de règlement des différends dans le domaine des

L'Union Européenne : Union de droit, union des droits, in « *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin* », 2010, Paris, A. Pedone, p. 445.

¹ C. Titi, « Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2015, doctr. 3.

² Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, *op. cit.*, p. 6.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, COM(2010)344 final, 7 juillet 2010.

⁵ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, règlement (UE) n° 1215/2012, 12 décembre 2012 : JOUE, n° L 351, 20 déc. 2012, p. 40.

investissements étrangers directs, celle-ci conserve la main-mise sur le processus de négociation et de conclusion des accords de libre-échange. Par ce biais, les institutions de l'Union maintiennent un contrôle résiduel sur le contenu de l'accord, intégrant les mécanismes de règlement des différends liés aux investissements. Ce contrôle se justifie par la compétence exclusive dont bénéficie l'Union au titre de la politique commerciale commune. Les clauses d'arbitrage entre l'investisseur et l'État membre ont également fait l'objet d'un rejet explicite par les institutions de l'Union, lorsque celles-ci sont insérées au sein d'accords d'investissement intra-européens. En effet, la Cour de justice de l'Union a déclaré les clauses d'arbitrage conclues entre l'investisseur et l'État membre, incompatibles avec le droit de l'Union.

1.2. Les traités bilatéraux d'investissement intra-européens : la reconnaissance d'une incompatibilité avec l'ordre juridique de l'Union européenne

La question de la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement intra-européens au droit de l'Union européenne, s'est posée sous l'angle de l'intégration des tribunaux arbitraux au système juridictionnel de l'Union. La conformité de ces traités et du recours généralisé à l'arbitrage d'investissement prévu par ceux-ci, aux règles de droit de l'Union, a des implications qui ne correspondent pas à celles soulevées par les accords d'investissement extra-européens. Les États tiers ne sont pas tenus par l'ensemble des dispositions de droit primaire de l'Union, *a contrario* des États membres auxquels s'imposent le respect des traités fondateurs, et des textes supplémentaires ayant ultérieurement intégré le droit primaire. Lors de la conclusion d'un traité bilatéral d'investissement, les États membres ne peuvent prévoir des dispositions ayant pour effet de priver l'une des parties des garanties prévues par le droit de l'Union. Une telle méconnaissance reviendrait à affecter l'effectivité du droit de l'Union.

En conséquence, la violation perpétrée est sanctionnable par les juridictions nationales au titre des dispositions du droit de l'Union, ainsi que par la Cour de justice de l'Union européenne.

Au titre des dispositions de droit primaire entrées en vigueur avec le Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) comporte des droits susceptibles d'affecter directement la validité des clauses prévoyant le recours à l'arbitrage d'investissement. L'article 47 de la CDFUE consacre le droit à un recours effectif, ainsi que le droit à accéder à un tribunal impartial. Ainsi, « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (...)* »¹. Le même article indique également que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi* »². Un tel droit implique que « *toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* »³. Nous pouvons nous interroger sur la compatibilité à ces dispositions de la CDFUE, des clauses des traités bilatéraux d'investissement intra-européens instaurant le recours à des tribunaux d'arbitrage. En effet, le défaut d'impartialité des tribunaux d'arbitrage d'investissement a été soulevé par la doctrine, notamment sous l'angle des conflits d'intérêts de la part des arbitres⁴. En outre, les tribunaux d'arbitrage d'investissement ne sont manifestement pas instaurés par voie légale, au sens de l'article 47 de la CDFUE, mais par voie bilatérale conventionnelle. La Cour de justice de l'Union européenne est venue préciser le statut des tribunaux arbitraux d'investissement au regard de l'ordre juridique de l'Union européenne, dans un arrêt Achmea. Ce faisant, le juge de

¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2016/C 202/02, 7 juin 2016, article 47§1.

² *Ibid.*, article 47§2.

³ *Ibid.*

⁴ F. Jadeau, « Lutte contre les conflits d'intérêts des arbitres : les réformes voulues par l'UE », *op. cit.*

l'Union s'est directement prononcé sur la question de la compatibilité des clauses instaurant le recours à l'arbitrage d'investissement, au droit primaire de l'Union européenne.

Dans un arrêt *Achmea*¹ rendu en 2018, le juge de l'Union européenne a admis que les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ne sont pas compatibles avec le droit de l'Union. Pour aboutir à ce constat, la Cour s'est notamment fondée sur le défaut d'intégration du tribunal arbitral au système juridictionnel de l'Union européenne. En l'espèce, le contentieux s'est élevé à l'occasion de la conclusion d'un traité bilatéral d'investissement entre la République fédérale tchèque et slovaque - la République slovaque ayant succédé aux droits et obligations de la République fédérale tchèque et slovaque - et le Royaume des Pays-Bas. La Slovaquie a libéralisé le marché de la santé en 2004, dans le cadre d'une réforme de son système de santé. Ce marché a été ouvert aux opérateurs nationaux et d'autres États membres, dont l'activité consiste en l'offre de prestations d'assurance maladie privée. En 2006, la Slovaquie a apporté des modifications au cadre précédemment instauré, en interdisant la distribution des bénéfiques produits par les activités d'assurance maladie privée. Par la suite, la distribution de tels bénéfiques a de nouveau été autorisée, l'interdiction ayant été jugée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle de la République slovaque. Pour sa part, la société *Achmea* est une entreprise appartenant à un groupe d'assurances néerlandais. Celle-ci a établi une filiale en Slovaquie après avoir été agréée comme organisme d'assurance maladie. *Achmea* apportait des capitaux à sa filiale slovaque, par l'intermédiaire de laquelle des prestations d'assurance maladie privée étaient offertes sur le marché slovaque. La société a considéré que les lois slovaques revenant temporairement sur la libéralisation, lui ont porté préjudice. Une procédure arbitrale a été engagée à l'encontre de la République slovaque, en application de la clause du traité bilatéral d'investissement

¹ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *précit.*

prévoyant le recours à un tribunal arbitral en cas de différend s'élevant lors de l'exécution de l'accord. Le tribunal arbitral a condamné la République slovaque au paiement de dommages et intérêts substantiels au profit d'Achmea. Cette sentence arbitrale, ainsi que le bien-fondé du recours à la procédure arbitrale, ont été contestés par la Slovaquie. Celle-ci a soutenu que la clause du traité fondant le recours à un tribunal arbitral, est incompatible avec les articles 18, 267 et 344 du TFUE. Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice d'Allemagne), saisi par la République slovaque après le rejet du recours en annulation dirigé à l'encontre de la sentence arbitrale en première instance, a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur cette éventuelle incompatibilité.

La Cour de justice de l'Union européenne a commencé par rappeler qu'un accord international ne peut porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités, et partant, « à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect »¹. Selon le Professeur Simon, ce rappel « résonne ici comme un antienne »². En effet, le juge de l'Union insiste sur la portée de la jurisprudence rendue depuis l'avis 2/13, relatif au projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)³. Il est rappelé que les caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit, relatives notamment « à la structure constitutionnelle de l'Union ainsi qu'à la nature même dudit droit »⁴, justifient l'autonomie du droit de l'Union. La préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de l'ordre juridique est passée par la mise en place, par les traités, d'un système juridictionnel ayant pour vocation d'assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union⁵. La Cour de justice a précisé que ces

¹ *Ibid.*, pt 32.

² D. Simon, « L'arbitrage en matière d'investissement remise en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea », *Europe n° 5*, Mai 2018, étude 3.

³ CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH.

⁴ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *précit.*, pt 33.

⁵ *Ibid.*, pt 53 ; CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *précit.*, pt 174.

considérations doivent guider la réponse aux questions préjudicielles posées. Il a été constaté que le tribunal arbitral en cause pouvait être amené à interpréter et à appliquer le droit de l'Union européenne en matière de libertés fondamentales, dont notamment la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux¹. Or, ce tribunal arbitral ne fait pas partie intégrante du système juridictionnel des États membres de l'Union européenne que sont la Slovaquie et les Pays-Bas². La Cour de justice a relevé que c'est précisément le caractère dérogatoire de la juridiction de ce tribunal, eu égard à celle des juridictions des deux États membres concernés, qui a motivé l'insertion de la clause prévoyant le recours à un tel tribunal dans le traité bilatéral d'investissement³. Le tribunal arbitral ne constituant pas « *une juridiction d'un des États membres* » au sens de l'article 267 du TFUE, celui-ci n'est pas habilité à saisir la Cour de justice de l'Union dans le cadre d'un renvoi préjudiciel⁴. Des États membres de l'Union ont donc conclu un accord soumettant à l'appréciation d'un tribunal échappant au système juridictionnel de l'Union, des litiges susceptibles d'emporter l'interprétation et l'application du droit de l'Union européenne⁵. Le juge de l'Union en déduit que la clause litigieuse est de nature à remettre en cause le principe de confiance mutuelle entre les États membres, ainsi que la préservation du caractère propre du droit de l'Union européenne, laquelle est notamment garantie par le mécanisme du renvoi préjudiciel tel qu'exposé à l'article 267 du TFUE⁶. La méconnaissance du principe de confiance mutuelle induite par l'intégration d'une telle clause au sein du traité bilatéral intra-européen, emporte également une violation du principe de coopération loyale obligeant les États

¹ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *précit.*, pt 42.

² *Ibid.*, pt 45.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, pt 49.

⁵ *Ibid.*, pt 58.

⁶ *Ibid.*

membres de l'Union européenne¹. Par conséquent, cette clause porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne, et est incompatible avec celui-ci².

Il est notable que le juge de l'Union européenne a statué à contre-courant de son avocat général. En effet, dans ses conclusions, l'avocat général Wathelet avait reconnu qu'aucune atteinte n'était portée à l'autonomie du système juridique de l'Union européenne³. Le raisonnement de l'avocat général s'est appuyé sur la compatibilité de l'arbitrage international, entre particuliers, au droit de l'Union européenne. Il a été avancé qu'aucune sentence arbitrale ne peut être exécutée, sans le concours de l'État mettant ses mécanismes d'exécution à la disposition de l'investisseur⁴. En outre, les sentences rendues par les tribunaux arbitraux ne pourraient échapper au contrôle des juridictions des États membres⁵. Ce contrôle s'effectuerait, soit dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale devant les juridictions du siège de l'arbitrage, soit dans le cadre d'une opposition à une demande de reconnaissance et d'exécution de celle-ci devant les juridictions des pays où la reconnaissance et l'exécution de la sentence sont demandées conformément à la convention de New York de 1958⁶. L'avocat général a relevé que la Commission européenne pouvait toujours mobiliser les dispositions des articles 258 et 260 du TFUE, relatives au recours en manquement, afin de faire condamner un État membre qui se serait conformé à une sentence arbitrale incompatible avec le droit de l'Union⁷. En outre, la « *plus*

¹ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *précit.*, pt 58 : « (...) *ledit article 8 est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale rappelé au point 34 du présent arrêt* ».

² *Ibid.*, pt 59.

³ Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 19 septembre 2017, sous C-284/16, *Achmea*, pts 259 et 272.

⁴ *Ibid.*, pt 238.

⁵ *Ibid.*, pt 239.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, pt 255.

grande transparence » impliquée par la puissance inhérente à l'État en tant que partie à la procédure arbitrale, mettrait à distance le risque d'atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne¹.

Nous pouvons constater que les clauses prévoyant le recours à un tribunal arbitral ne posent pas les mêmes implications en matière de compatibilité à l'ordre juridique de l'Union européenne, selon que celles-ci soient insérées dans un traité bilatéral d'investissement intra-européen, ou extra-européen. Comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne dans son avis 1/17, « *le principe de confiance mutuelle ne s'applique pas dans les relations entre l'Union et un État tiers* »². Or, le principe de confiance mutuelle est un élément sur la base duquel le juge de l'Union a fondé l'incompatibilité des clauses prévoyant le recours à l'arbitrage d'investissement, avec le droit de l'Union. Ce principe serait même « *largement central dans la justification de la solution adoptée par l'arrêt Achmea* »³. Il s'agit d'un élément structurant et fondamental du système juridique de l'Union. Le principe de confiance mutuelle « *impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit* »⁴. À cet égard, la décision Achmea peut s'analyser comme l'aboutissement, en droit des investissements, de la logique intégratrice initiée par le juge de l'Union européenne dans ses jurisprudences Van

¹ *Ibid.*, pt 259.

² CJUE, 30 avril 2019, Avis 1/17, Accord ECG UE-Canada, pt 129.

³ L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2018) », *Journal du droit international (Clunet) n° 4*, Octobre 2019, chron. 9.

⁴ CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *précit.*, pt 191.

Gend en Loos¹ et Costa/Enel². Une telle logique préside à la construction progressive d'un droit des investissements intégré à l'ordre juridique de l'Union.

2. La construction progressive d'un droit des investissements de l'Union européenne

Les clauses prévoyant le recours à des tribunaux d'arbitrage afin de trancher les différends s'élevant lors de l'exécution de traités bilatéraux d'investissement, ont été explicitement déclarées incompatibles avec le droit de l'Union européenne, seulement en ce qui concerne les accords intra-européens. La décision Achmea de la Cour de justice de l'Union européenne, a entraîné le démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens conclus par les États membres. À défaut de la possibilité, pour les États membres, de procéder à la conclusion de tels traités, la question de la compatibilité des futurs mécanismes de règlement des différends au droit de l'Union, ne se pose plus dans ce cadre.

La plupart des États membres ont pleinement pris acte de l'incompatibilité de ces accords au droit de l'Union européenne. Cette prise de conscience des États membres de l'Union européenne, s'ancre au sein d'un mouvement plus large des

¹ CJCE, 5 février 1963, 26-62, Van Gend en Loos, p. 23 : « Qu'en outre le rôle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions ; Qu'il faut en conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ».

² CJCE, 15 juillet 1964, 6-64, Costa/Enel, pp. 1158-1159 : « Attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions (...) Attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ; Que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité (...) ».

institutions de l'Union. Celui-ci tend à la mise en place d'un système juridictionnel en charge du règlement des différends en matière d'investissements extra-européens. Ces dernières années, la Commission européenne a multiplié les initiatives en ce sens (2.1.). Ces initiatives se sont traduites par la concrétisation d'un projet de SJI (2.2.). Celui-ci se limite au cadre des accords de libre-échange de nouvelle génération conclus avec des États tiers à l'Union, puisque la conclusion de traités bilatéraux d'investissement entre États membres n'est plus permise depuis l'arrêt *Achmea* de la Cour de justice de l'Union. Les mécanismes bilatéraux de résolution des litiges intégrés aux traités extra-européens, peuvent s'apprécier comme un terrain d'expérimentation pour les institutions de l'Union. Il s'agit d'envisager, à terme, la création d'un tribunal multilatéral permanent, en charge du contentieux liés aux investissements impliquant l'Union européenne et ses États membres. L'élaboration d'une telle juridiction joue comme catalyseur de l'intégration européenne du droit de la protection des investissements.

2.1. La multiplication des propositions de la Commission européenne : une volonté affirmée d'établir un système juridictionnel dédié au règlement des différends liés aux investissements

Une partie de la doctrine a minimisé la portée de la décision *Achmea*. Il a été avancé que la Cour de justice de l'Union européenne s'est spécifiquement prononcée sur l'incompatibilité, au droit de l'Union, de la clause d'arbitrage investisseur-État du traité bilatéral d'investissement conclu entre la République de Slovaquie et les Pays-Bas¹. L'impact relatif de cet arrêt serait confirmé par les termes d'une sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral de l'affaire

¹ J. Cazala, « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? À propos de l'accord du 5 mai 2020 », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2020, doctr. 7.

Rockhopper¹. De même, un autre tribunal arbitral n'a pas admis que tous les traités d'investissement intra-européens seraient nuls au regard du droit de l'Union européenne, du fait de l'insertion d'une clause prévoyant le recours à un tribunal arbitral². Ces décisions se situent dans la lignée du positionnement des tribunaux arbitraux, antérieur à la décision Achmea. Ces derniers avaient unanimement reconnu la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement intra-européens au droit de l'Union européenne³. En revanche, la Commission européenne soutenait, dans les mêmes temps, que ces traités devaient être dénoncés par les États membres, au motif que les matières objets de ces accords bilatéraux relèveraient d'une compétence de l'Union européenne⁴.

Suite à l'arrêt Achmea, la Commission européenne a considéré que la portée de la décision de la Cour de justice de l'Union s'étend à l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement intra-européens⁵. Plus généralement, la doctrine a estimé que, par la décision Achmea, la Cour de justice de l'Union s'était attachée à « détruire l'arbitrage d'investissement »⁶. Les États membres de l'Union ont semblé avoir retenu cette dernière interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice. Le 5 mai 2020, la plupart des États membres ont procédé à la

¹ T. CIRDI, 29 juin 2019, n° ARB/17/14, Rockhopper Italia SpA et a. c/ Italie, § 167 : « [t]he reasoning [of the CJEU] stems entirely from the specific circumstances of the Achmea BIT, and is not based on any other BIT or a wider ISDS enquiry (particularly, not the ECT) ».

² CIRDI n° ARB 12/12, Vattenfall AB et a. c/ République fédérale d'Allemagne.

³ Eastern Sugar B.V. c./ République tchèque, SCC, n° 088/2004, 27 mars 2007 ; T. CIRDI, AES c./ Hongrie, n° ARB/07/22, 23 septembre 2010 ; European American Investment Bank AG c./ République slovaque, CPA n° 2010-17, 22 octobre 2012 ; T. CIRDI, Electrabel SA c./ Hongrie, n° ARB/07/19, 30 novembre 2012 ; v. L. Lanoë-Campbell, A. de Nanteuil, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op. cit.*

⁴ Eastern Sugar B.V. c./ République tchèque, SCC, n° 088/2004, 27 mars 2007, § 119 ; v. L. Lanoë-Campbell, A. de Nanteuil, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op. cit.*

⁵ T. CIRDI, 29 juin 2019, aff. n° ARB/17/14, Rockhopper Italia SpA et a. c/ Italie, § 48 : « [i]n brief, the CJEU held that the arbitration provisions contained in intra-EU BITs are incompatible with EU law » ; V. également, Présentation de la Commission européenne dans Chambre de commerce de Stockholm, 16 janvier 2019, aff. n° SCC V(2015/158), CEF Energia B.V. c/ Italie, § 75.

⁶ I. Fadlallah, D. Hascher, Dalloz, 2019, p. VI.

signature d'un accord plurilatéral organisant le démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens¹. Le Ministère de l'Économie et des Finances français a expliqué que cette mesure a été adoptée afin de mettre en œuvre la décision Achmea. Les États membres de l'Union européenne ont pris acte de l'incompatibilité de la clause d'arbitrage investisseur-État d'un traité bilatéral d'investissement intra-européen, au droit de l'Union. Cependant, la réaction des États membres n'a pas consisté à neutraliser cette clause spécifique, mais l'intégralité des traités intra-européens, dans la mesure où ce mécanisme de l'arbitrage investisseur-État constitue une clause essentielle des traités bilatéraux d'investissement. La conclusion de l'accord plurilatéral a été précédée de plusieurs déclarations communes. Les États membres ont ainsi estimé que « *toutes les clauses d'arbitrage entre investisseurs et États contenues dans des traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres sont contraires au droit de l'Union et, de ce fait, inapplicables* »². En effet, un tribunal arbitral établi sur la base d'une clause d'arbitrage investisseur-État pâtit d'un défaut de juridiction³. Celle-ci est imputable à une absence d'offre valable de procéder à un arbitrage, formulée par l'État membre partie au traité bilatéral d'investissement⁴. Afin de préserver l'autonomie du droit de l'Union européenne et dans l'attente que la dénonciation des traités bilatéraux d'investissement intra-européens soit effective, les États membres ont tenté de dissuader leurs ressortissants d'engager des procédures d'arbitrage d'investissement sur la base de ce type de traités, mais également de conduire les tribunaux arbitraux saisis par application des clauses incompatibles, à se déclarer incompétents du fait de cette incompatibilité⁵. Comme cela a été relevé,

¹ Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction générale du Trésor, Signature de l'accord plurilatéral organisant le démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens, 5 mai 2020, *précit.*

² Déclaration commune (vingt-deux États membres), 15 janvier 2019, p. 1 ; Déclaration commune (cinq États membres), 16 janvier 2019, p. 1 ; Déclaration de la Hongrie, 16 janvier 2019, p. 1.

³ Déclaration commune (vingt-deux États membres), 15 janvier 2019, *précit.*, p. 1.

⁴ *Ibid.*, p. 1.

⁵ *Ibid.*, pp. 3-4.

cette dernière tentative a eu un effet mitigé¹. Le tribunal saisi dans le cadre de l'affaire Vattenfall AB et a. c/République fédérale d'Allemagne a, concernant un arbitrage fondé sur la Charte énergétique européenne, rejeté la thèse de la nullité des traités d'investissement intra-européens pour violation du droit de l'Union européenne².

La décision conjointe des États membres de l'Union de procéder à l'extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européens, résulte d'une impulsion donnée par les institutions de l'Union européenne. Celle-ci a été initiée avant même que la Cour de justice de l'Union ne se prononce dans l'affaire Achmea. Dans un communiqué de juin 2015, la Commission européenne avait appelé les États membres à mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-européens³. La Commission européenne a adopté une approche pédagogique, en expliquant que ces accords sont « *obsolètes et contraires au droit de l'Union* »⁴. Cette requête de la Commission était afférente à l'engagement de procédures d'infraction dirigées par celle-ci à l'encontre de cinq États membres de l'Union. Plus précisément, les Pays-Bas, l'Autriche, la Slovaquie, la Suède, et la Roumanie, ont été visés par la procédure engagée par la Commission européenne. Cette initiative de la Commission a fait suite à des échanges demeurés infructueux avec la plupart des États membres de l'Union européenne. Alors que la Commission relevait l'incompatibilité des traités bilatéraux d'investissement intra-européens au droit de l'Union depuis plusieurs années, la majorité des États membres n'avait pris aucune mesure afin de dénoncer ce type d'accords⁵. Seules l'Irlande et l'Italie ont pris la décision de mettre fin à la totalité de leurs accords bilatéraux d'investissement intra-européens. Il convient de

¹ Louis d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2018) », *op. cit.*

² *Ibid.*

³ Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », *précit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

relever que ces deux États membres ont mis fin à ces accords bien en amont de la décision *Achmea*, puisque cette extinction est survenue respectivement en 2012 et 2013¹. Concernant les Pays-Bas, l'Autriche, la Slovaquie, la Suède et la Roumanie, la Commission européenne a finalement émis des avis motivés, demandant formellement à ces États membres de mettre fin à leurs traités bilatéraux d'investissement intra-européens².

Dans le même communiqué de juin 2015³, la Commission européenne a justifié sa requête formulée envers les États membres. Il a été rappelé que les traités bilatéraux d'investissement intra-européens avaient pour objectif de renforcer la protection des investisseurs européens. La conclusion de ce type de traités a été estimée légitime avant les élargissements successifs de l'Union européenne en 2004, 2007 et 2013. Avant ces élargissements, les investisseurs pouvaient s'interroger sur la sécurité d'un investissement dans un État européen, notamment pour des raisons politiques historiques⁴. Or, la garantie de protection de l'investissement découlant des traités bilatéraux intra-européens, n'est plus nécessaire à l'heure où les États membres sont soumis aux mêmes règles de droit du marché intérieur intéressant les investissements transfrontières. En adhérant à l'Union européenne, les États européens ont adhéré au système juridique de l'Union européenne, intégrant l'acquis communautaire. En pratique, la liberté

¹ *Ibid.*

² Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Protection des investissements intra-EU, 19 juillet 2018, COM(2018) 547 final, p. 2.

³ Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

d'établissement¹ et la libre circulation des capitaux², telles que définies par le TFUE, assureraient un niveau de protection suffisant des investissements intra-européens. De plus, la Commission européenne a relevé qu'en vertu du principe de non-discrimination entre les ressortissants de l'Union³, la même protection doit être accordée à l'ensemble des investisseurs. Or, les traités bilatéraux d'investissement intra-européens confèrent des droits aux investisseurs de certains États membres uniquement, à l'exclusion des investisseurs ressortissants des autres États membres. L'octroi de ces prérogatives particulières est effectué sur une base bilatérale. Une telle différence de traitement fondée sur la nationalité, est manifestement contraire au droit de l'Union⁴.

Suite à la décision Achmea, la Commission européenne a réitéré sa requête tendant au démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens. Là encore, une approche pédagogique a été adoptée par la Commission, notamment lors d'une communication de juillet 2018⁵. Dans cette communication, la Commission européenne s'est attardée sur un rappel des termes et de la portée de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne. Il en

¹ TFUE, *précit.*, article 49 : « (...) les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

² TFUE, *précit.*, article 63§1 : « Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».

³ TFUE, *précit.*, article 18 : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

⁴ Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », *op. cit.*

⁵ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Protection des investissements intra-EU, *op. cit.*

a été déduit que l'ensemble des clauses d'arbitrage entre investisseurs et États figurant dans les traités bilatéraux d'investissement intra-européens, sont inapplicables. Du fait d'un défaut de convention d'arbitrage valide, tout tribunal arbitral constitué sur la base de ces clauses est incompétent¹. La Commission a également insisté sur l'incompatibilité de ces clauses au principe de non-discrimination à raison de la nationalité, tel qu'exposé à l'article 18 du TFUE². Le système alternatif de règlement des litiges prévu par les traités bilatéraux intra-européens, a pour effet que les parties à l'accord se détournent du système judiciaire national de résolution des différends. Il a été relevé que le règlement de ces différends est alors confié à des arbitres privés, lesquels « *ne peuvent appliquer correctement le droit de l'Union, en l'absence de l'indispensable dialogue judiciaire avec la Cour de justice* »³. Après avoir expliqué que les clauses d'arbitrage entre investisseurs et États dans les traités intra-européens sont illégales par application de la jurisprudence Achmea, la Commission a de nouveau précisé que le droit de l'Union offre une protection suffisante des investisseurs transfrontières au sein du marché unique⁴. En effet, le système juridique de l'Union instaure divers mécanismes de protection, lesquels peuvent être mobilisés par les investisseurs dans l'exercice d'une des libertés fondamentales. Cette protection résulte du droit du marché intérieur, de la CDFUE, des principes généraux du droit de l'Union, ainsi que des législations sectorielles ressortant du droit dérivé de l'Union.

La jurisprudence Achmea a permis à la Commission européenne d'asseoir sa contestation des clauses d'arbitrage investisseur-État insérées dans des traités bilatéraux intra-européens, et plus largement, de ces traités bilatéraux eux-mêmes. En septembre 2017, la Commission européenne a recommandé au

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

Conseil d'ouvrir des négociations quant à la création d'un tribunal multilatéral destiné à traiter les différends s'élevant, au sein de l'Union européenne, en matière d'investissements¹. Cette recommandation figure dans une communication de la Commission européenne², elle-même afférente à une proposition de règlement relative à l'établissement d'un cadre européen pour le filtrage des investissements directs étrangers au sein de l'Union européenne³. Comme le relève le Professeur Bourdeaux, cette communication de la Commission européenne pose les bases d'une future convention instituant un tribunal multilatéral en charge du règlement en matière d'investissements⁴. Ce projet est élaboré par les institutions de l'Union dans le cadre de sa politique commerciale commune, au travers des accords de libre-échange de nouvelle génération conclus entre l'Union européenne et les États tiers. Dans un premier temps, à l'occasion de la conclusion de ces accords extra-européens, l'Union européenne a généralisé le recours à des mécanismes de règlement des différends prenant la forme de tribunaux. Ceux-ci ne correspondent plus au mécanisme de l'arbitrage tel qu'institué au sein des traités bilatéraux d'investissement. Le mécanisme multilatéral de règlement des différends a vocation à se substituer, à terme, à ces tribunaux institués par voie bilatérale.

¹ L. Idot, « Vers un contrôle européen des investissements étrangers ? », *Europe* n° 10, Octobre 2017, alerte 50.

² European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests, September 13rd 2017, COM(2017) 494 final.

³ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, 13 septembre 2017, COM(2017) 487 final.

⁴ G. Bourdeaux, M. Menjucq, C. Nourissat, « Droit du commerce international », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 6, 5 Février 2018, doct. 157.

2.2. La création d'un système ad hoc : vers l'instauration d'un tribunal multilatéral en charge du règlement des différends en droit des investissements ?

L'Union européenne a exploité sa compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers, afin d'instaurer de nouveaux mécanismes de règlement des différends ne prenant plus la forme de l'arbitrage d'investissement. Depuis l'arrêt Achmea et ses suites, la problématique de la compatibilité, au droit de l'Union, des clauses d'arbitrage entre investisseur et État, se pose exclusivement à l'égard des traités bilatéraux extra-européens. Les institutions de l'Union se sont prononcées sur l'incompatibilité de ces clauses et, partant, des traités bilatéraux intra-européens, au droit de l'Union européenne. Cela exclut la possibilité, pour les États membres, de procéder à la conclusion de nouveaux traités intra-européens. Par ailleurs, nul n'est besoin de recourir à la conclusion de nouveaux types d'accords, dans le domaine des investissements, entre États membres de l'Union européenne. Comme cela a été relevé par la Commission européenne, le système juridique de l'Union européenne apporte les garanties nécessaires à la protection de l'investisseur ayant la qualité de ressortissant d'un État membre de l'Union. Tel n'est pas le cas à l'égard des investisseurs des États tiers, dont la défiance à l'endroit du pays d'accueil de l'investissement, est légitime. Les principes de confiance mutuelle¹ et de coopération loyale² lient uniquement les États membres de l'Union européenne, en vertu de l'appartenance à un même projet économique et politique. Les investisseurs des États tiers ne disposent pas de garanties aussi solides au titre

¹ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *précit.*, pt 34 : « Le droit de l'Union repose ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre ».

² TUE, *précit.*, article 4§3 : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ».

du droit de l'Union européenne. Ces derniers peuvent se prévaloir du droit du marché intérieur, notamment en son volet dédié à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, afin d'assurer une certaine protection de leurs investissements. Cependant, la portée de cette protection sera nécessairement moindre que celle accordée aux investisseurs des États membres de l'Union, dans la mesure où seuls ces États membres sont mutuellement obligés par les principes de confiance mutuelle et de coopération loyale. Cette dimension de l'ordre juridique de l'Union échappe aux États tiers. Ceux-ci ne peuvent se prévaloir de principes trouvant une application exclusive entre les États membres de l'Union européenne. Cela explique que l'Union européenne ait envisagé de nouveaux mécanismes de règlement des litiges liés aux investissements, dans le cadre de sa politique commerciale commune.

En mai 2015, le Ministère allemand de l'Économie et de l'Énergie a présenté un projet de traité bilatéral d'investissement extra-européen entre pays développés¹. Ce projet comportait le recours à un mécanisme de règlement des différends, ne correspondant pas *stricto sensu* à un tribunal arbitral. La Commission européenne s'est inspirée de ce projet afin d'asseoir, notamment, son positionnement dans les négociations de l'AECG - avec le Canada - et du TTIP - avec les États-Unis². Ce positionnement s'est traduit, dans un premier temps, par les termes de l'accord de libre-échange conclu, en décembre 2015, entre l'Union européenne et le Vietnam³. Celui-ci prévoit le recours à un tribunal permanent composé de neuf membres, lesquels sont nommés pour un mandat de quatre années renouvelables. Les caractéristiques de ce mécanisme de

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, Mai 2015.

² J. Cazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2017, doct. 3.

³ Vietnam-European Union Free Trade Agreement, December 2015, Chapter 8 (Trade in services, investments and e-commerce), Chapter II (investment), articles 12 and 13.

règlement des différends ont pu conduire une partie de la doctrine à considérer que nous nous trouvons en présence d'un organisme situé à mi-chemin entre le système de la juridiction permanente, et le tribunal arbitral¹. Toutefois, le recours à ce tribunal permanent semble être appréhendé comme une voie par défaut dans cet accord de libre-échange. En effet, la Commission européenne a envisagé que la mise en place ultérieure d'un système multilatéral permanent de règlement des différends en matière d'investissement, puisse écarter l'application des dispositions du traité bilatéral relatives au recours au tribunal *ad hoc*².

Un mécanisme similaire de règlement des différends en matière d'investissements, a été inséré dans l'AECG. Cet accord comprend un mécanisme original de règlement des différends dans le domaine des investissements étrangers. L'instauration d'un tribunal et d'un tribunal d'appel a été prévue par l'accord, de même que la mise en place ultérieure d'un tribunal multilatéral des investissements assorti d'une voie d'appel³. L'article 8.29 de l'AECG précise que le Comité mixte créé à l'occasion de la conclusion de l'accord, adoptera une disposition prévoyant que les différends portant sur les investissements relevant de la section relative au règlement des différends en matière d'investissements étrangers, « *seront réglés conformément au mécanisme multilatéral* »⁴. Cela implique que la mise en place de ce tribunal multilatéral, sous la forme du SJI, emportera la fin du fonctionnement du Tribunal CETA et du Tribunal d'appel CETA. Il reste à préciser que les négociations visant

¹ A. Reinisch, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *CIGI Investor-State Arbitration Series*, Paper n° 2, March 2016, p. 25.

² Vietnam-European Union Free Trade Agreement, *précit.*, art. 15 ; Julien Cazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*

³ C. Kaddous, Politique commerciale commune, Synthèse, JurisClasseur Europe Traité, 1er février 2021, n° 35.

⁴ V. N. Neuwahl, Relations extérieures : Union européenne et Canada. Un partenariat innovateur et hors du commun, Fasc. 2212, JurisClasseur Europe Traité, 8 août 2018, n° 55.

la création de ce tribunal multilatéral ainsi que d'un organe d'appel, se tiennent au sein de la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international)¹.

Ces dispositions, intégrées à l'AECG, font écho aux précisions apportées, par la Commission européenne, dans le cadre de l'accord entre l'Union européenne et le Vietnam. Celles-ci abondent dans le sens de l'instauration d'une juridiction multilatérale, spécialement dédiée au règlement des différends s'élevant en matière d'investissements directs étrangers impliquant l'Union et ses États membres. Cette juridiction a été volontairement placée en-dehors du système juridictionnel de l'Union européenne, afin d'assurer les investisseurs étrangers de l'impartialité et de l'indépendance de celle-ci. Comme le précise le Professeur Nanteuil, la Commission européenne a, dans le cadre de plusieurs traités en cours de négociation, proposé d'instaurer une cour permanente ayant vocation à remplacer les tribunaux arbitraux dédiés au règlement des différends liés aux investissements². Ce faisant, la Commission a exercé sa compétence en matière d'investissements directs étrangers, de façon à garantir la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement extra-européens au droit de l'Union. Ultérieurement, les institutions européennes ont également proposé d'insérer le SJI dans le TTIP. Toutefois, cette logique de l'Union européenne, consistant en l'intégration systématique d'une clause prévoyant le recours au SJI dans les accords de libre-échange conclus avec les États tiers, a été entamée par l'avis 2/15 de la Cour de justice de l'Union. Celui-ci a été rendu à l'occasion de la conclusion d'un accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour. Nous avons vu que, à l'occasion de cet avis, le juge de l'Union a reconnu que le

¹ L. Puccio, R. Harte, « De l'arbitrage au système juridictionnel des investissements (SJI). Analyse approfondie », *Service de Recherche du Parlement européen*, 2017, pp. 28-29.

² A. de Nanteuil, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *Journal du droit international (Clunet) n° 1*, Janvier 2017, doct. 2.

règlement des différends entre investisseurs et États relève d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres¹. Cette décision a conduit les institutions de l'Union à diviser en deux les accords commerciaux visés. Tandis que la première partie intégrerait les dispositions relevant de la compétence exclusive de l'Union, la seconde partie serait de nature mixte et nécessiterait une ratification de la part de chaque État membre².

En mars 2018, le Conseil de l'Union européenne a autorisé la Commission européenne à ouvrir des négociations, au nom de l'Union européenne, pour une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements³. L'instauration d'un tel tribunal vise à mettre en place une instance permanente dédiée au contentieux dans le domaine des investissements. Cette juridiction aurait vocation à régler les différends survenant dans le cadre de traités bilatéraux extra-européens, afin de se substituer, à terme, aux mécanismes juridictionnels bilatéraux pour les investissements prévus dans les accords conclus par l'Union en matière de commerce et d'investissements.

Il convient de relever que le SJI, tel que prévu par l'AECG, a fait l'objet d'une contestation par la Belgique. Celle-ci a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande d'avis, visant à déterminer si ce mécanisme est compatible avec le droit de l'Union européenne. Il s'agissait notamment de savoir si le SJI respecte le droit à un pouvoir judiciaire indépendant et impartial⁴. Dans

¹ CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15, *précit.*, pts 242-243.

² Conclusion du Conseil sur la négociation et la conclusion d'accords commerciaux de l'UE, 8 mai 2018, 8622/18 disponible en ligne, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/en/pdf>.

³ Conseil de l'UE, « Tribunal multilatéral des investissements : le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », *op. cit.*

⁴ M. Szpunar, « Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU », in Franco Ferrari, dir., « *The Impact of EU Law On International Commercial Arbitration* », Huntington, New York, JurisNet, 2017 ; D. Thomson, « ECJ to Rule on CETA Investment Court », *Global Arbitration Review*, September 6th 2017 [<http://globalarbitrationreview.com/article/1147140/ecj-to-rule-on->

un avis 1/17, la Cour de justice a estimé que le SJI est compatible avec le droit d'accès à un tribunal indépendant. Selon le juge de l'Union européenne, le lien établi par l'Union européenne entre l'accessibilité financière de la juridiction et la conclusion de l'AECG, impliquerait que le projet d'accord n'est pas incompatible avec l'article 47 de la CDFUE sous l'angle de l'exigence d'accessibilité¹. De même, la Cour de justice a considéré que l'AECG prévoit des garanties suffisantes afin d'assurer l'indépendance de la juridiction². En outre, le juge de l'Union a expliqué que l'AECG ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Ce défaut d'atteinte résulte de l'absence de compétence de la juridiction pour interpréter et appliquer des règles du droit de l'Union autre que les dispositions de l'AECG³, ainsi que de l'absence d'effet des dispositions de l'accord sur le fonctionnement des institutions de l'Union⁴.

Il est notable que le SJI soit placé en-dehors du système juridictionnel de l'Union européenne⁵, alors même que les institutions de l'Union entendent assurer la compatibilité des traités bilatéraux d'investissement extra-européens avec le droit de l'Union. Pour ce faire, nous aurions pu penser que l'Union européenne irait dans le sens d'une intégration aboutie du SJI à l'ordre juridique de l'Union, passant par l'intégration du SJI au système juridictionnel de l'Union. Une telle intégration aurait été loisible pour l'Union européenne. Celle-ci aurait permis la mise en place d'une juridiction spécialement dédiée au règlement des différends s'élevant en matière d'investissements, et impliquant l'Union et ses États membres. Cependant, il apparaît nécessaire que cette juridiction soit extérieure au système juridictionnel de l'Union. Il s'agit de s'assurer de la confiance des

certainvestment- court] ; J. Basedow, « EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice », 32:4, *Journal of International Arbitration*, 2015, 367.

¹ CJUE, 30 avril 2019, Avis 1/17, précit., pts 205-222.

² *Ibid.*, pts 223-244.

³ *Ibid.*, pts 120-136.

⁴ *Ibid.*, pts 137-161.

⁵ *Ibid.*, pt 200.

investisseurs étrangers, quant à l'instance compétente afin d'apprécier des litiges afférents aux investissements effectués au sein de l'État d'accueil¹. Cela explique que le mécanisme multilatéral de règlement des différends négocié par la Commission européenne ne concerne pas, pour l'instant, les investissements intra-européens. Le Conseil de l'Union a très clairement écarté les traités bilatéraux d'investissement intra-européens, ainsi que la Charte de l'énergie, du champ d'application des directives donnant mandat à la Commission pour la négociation du SJI².

L'exigence de compatibilité des traités bilatéraux d'investissement au droit de l'Union européenne, repose sur un équilibre subtil. Actuellement, ce équilibre passe par un cloisonnement rigoureux entre les dispositions du traité bilatéral - lesquelles sont les seules dispositions du droit de l'Union ayant vocation à être interprétées et appliquées par le SJI -, et les règles de droit de l'Union européenne - interprétées et appliquées par la Cour de justice de l'Union européenne, et les juridictions nationales des États membres. Nous pouvons ajouter que cette articulation s'assort d'une logique unilatéraliste affirmée de la part de Cour de justice de l'Union³. Cette vision unilatérale se traduit par une volonté de préserver le pouvoir réglementaire du législateur de l'Union, dans l'optique de l'adoption de mesures nécessaires afin de protéger un intérêt public à l'échelle européenne⁴. Une telle approche, déconnectée des considérations liées à la réciprocité entre la réalisation d'un investissement étranger dans l'Union européenne et l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends sur le

¹ *Ibid.*

² Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, Document n° 12981/17 ADD 1 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, adopté le 20 mars 2018, pt 7, note de bas de page.

³ E. Gaillard, « Règlement des différends relatifs aux investissements. Protection des investissements. Critères de compatibilité. Droit de l'Union européenne. CETA. Standards de protection. Achmea », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2019, 20.

⁴ *Ibid.*

territoire de l'Union, se justifie par les termes de l'article 218§11 du TFUE¹. Cela implique que le juge de l'Union apprécie exclusivement l'impact de l'accord en cause sur le droit primaire de l'Union².

Bien que le tribunal multilatéral soit situé en-dehors du système juridictionnel de l'Union, ce mécanisme permet à l'Union européenne d'accorder une protection aux investisseurs étrangers, tout en écartant le recours à l'arbitrage susceptible d'incompatibilité avec le droit primaire de l'Union. Le tribunal multilatéral des investissements s'impose comme instrument de l'intégration européenne, sous le prisme de la politique commerciale commune de l'Union européenne.

Conclusion

Les traités bilatéraux d'investissement connaissent une articulation différenciée avec le système juridique de l'Union, selon que le traité en cause soit extra ou intra européen. Concernant les traités extra-européens, la question de la compétence des États membres de l'Union européenne afin de conclure de tels traités, a rapidement été soulevée. Le recours à l'arbitrage d'investissement, systématisé par ces traités, était à l'origine de multiples contrariétés avec le droit de l'Union. Un tel mécanisme permettait aux parties de se soustraire à la compétence des juridictions nationales et, par extension, à celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Nous pouvons relever que, dans l'hypothèse où les tribunaux arbitraux étaient amenés à interpréter et à appliquer des dispositions du droit de l'Union, de telles clauses pouvaient être de nature à remettre en cause l'autonomie du droit de l'Union. Lors de l'entrée en vigueur du

¹ TFUE, article 218§11 : « Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités (...) ».

² E. Gaillard, « Règlement des différends relatifs aux investissements. Protection des investissements. Critères de compatibilité. Droit de l'Union européenne. CETA. Standards de protection. Achmea », *op. cit.*

Traité de Lisbonne, une compétence a été attribuée à l'Union européenne dans le domaine des investissements directs étrangers. Cette compétence a intégré le cadre de la politique commerciale commune de l'Union, empêchant les États membres de négocier et de conclure des traités bilatéraux d'investissement extra-européens. Cependant, la portée de cette compétence se trouve limitée du fait de la compétence partagée consacrée, entre l'Union européenne et les États membres, en matière de règlement des différends.

Concernant les traités bilatéraux intra-européens, la Cour de justice de l'Union européenne a directement apprécié leur incompatibilité au droit de l'Union. Cette incompatibilité a été prononcée au regard de la clause d'arbitrage entre investisseur et État, contenue dans ce type d'accords. Avant la décision Achmea, les institutions de l'Union européenne avaient admis l'incompatibilité de traités bilatéraux d'investissement intra-européens, notamment eu égard à la violation de l'article 18 du TFUE occasionnée par la conclusion de ces accords. Toutefois, la plupart des États membres a seulement procédé au démantèlement de leurs accords intra-européens, suite à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, le juge de l'Union a indiqué très clairement qu'une clause de règlement des différends prévoyant le recours à un tribunal extérieur au système juridictionnel de l'Union européenne, lequel est amené à interpréter et à appliquer des dispositions de droit de l'Union, porte atteinte à l'autonomie du système juridique de l'Union. Dès lors, l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement intra-européens, lesquels généralisent le recours à ces clauses, doivent être dénoncés par les États membres¹. Nous pouvons constater que, si les traités bilatéraux d'investissement extra et intra-européens peuvent remettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, le remède à cette incompatibilité ne va pas être identique selon le type de traité. Le facteur de

¹ C. Collin, « Épilogue de l'affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE », *Dalloz Actualité*, 21 juillet 2020.

distinction réside dans le degré d'intégration européenne requis, de la part des parties au traité. Les États tiers ne sont pas contraints par les principes de confiance mutuelle et de coopération loyale, lesquels sont inhérents au droit de l'Union. En revanche, la méconnaissance de ceux-ci a conduit le juge de l'Union européenne à prononcer l'incompatibilité de la clause d'arbitrage entre investisseur et État, insérée dans un traité intra-européen, au droit primaire de l'Union.

Les institutions de l'Union européenne se sont attachées à prévenir les incompatibilités au droit de l'Union, provoquées par la systématisation du recours à l'arbitrage d'investissement dans les traités bilatéraux extra-européens. La réalisation de cet objectif passe par une nouvelle approche adoptée par l'Union en matière de résolution des différends liés aux investissements. Celle-ci a pris la forme de l'abandon du cadre de l'arbitrage, au profit d'un système juridictionnel multilatéral : le SJI. Ce système juridictionnel original a été analysé comme un mécanisme hybride, compris entre l'arbitrage consensuel et les cours nationales et internationales¹. Le SJI ne correspondrait pas à une institution judiciaire, mais à « *une forme davantage institutionnalisée d'arbitrage d'investissement* »². Cela a pu amener la doctrine à considérer qu'il s'agissait, pour l'Union européenne, de « *faire de l'arbitrage sans arbitres* »³. Un tel mécanisme a été élaboré par les institutions de l'Union, dans le cadre de la compétence reconnue à l'Union en matière d'investissements directs étrangers. Celui-ci n'a pas vocation à s'appliquer directement aux investissements intra-européens, dans la mesure où il s'agit d'un outil négocié par l'Union européenne dans le cadre de sa politique commerciale commune.

¹ A. Bjorklund, J. Brosseau, « L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux. Perspectives théoriques et application au Système juridictionnel des investissements de l'UE », *Revue des Juristes de Sciences Po* n° 14, Janvier 2018, 2.

² *Ibidem*.

³ G. Bourdeaux, M. Menjucq, C. Nourissat, « Droit du commerce international », *op. cit.*

Comme l'explique le Professeur Devaux, la réforme constituée par le SJI se réaliserait en deux temps¹. Dans un premier temps, la Commission européenne a compté inclure ce mécanisme, par la voie bilatérale, dans ses accords de libre-échange avec les États tiers². Dans un second temps et à plus long terme, une juridiction internationale et permanente dédiée aux investissements, extérieure au système juridictionnel de l'Union européenne, remplacerait l'ensemble des dispositifs bilatéraux prévus par les accords de l'Union européenne³. Selon la Commission européenne, un tel mécanisme permettrait de garantir une meilleure efficacité, une légitimité et une transparence du règlement des différends liés aux investissements étrangers⁴. Ce faisant, les institutions de l'Union s'assurent que les litiges relatifs à de tels investissements échappent à la juridiction de tribunaux arbitraux spécialement institués par la voie bilatérale, et que de tels litiges soient tranchés dans le respect des règles du droit de l'Union européenne. Que l'action des institutions de l'Union concerne l'articulation des traités bilatéraux d'investissement extra ou intra-européens avec le droit de l'Union, celle-ci manifeste d'un certain unilatéralisme de l'approche européenne dans le domaine des investissements. Cet unilatéralisme s'exprime sous la forme d'une élimination des traités bilatéraux attentatoires à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, et induit une multiplication des initiatives visant à la préservation du système juridique de l'Union. Ces mouvements convergents tendent à la construction d'un véritable droit des investissements de l'Union européenne.

¹ C. Devaux, « Vers un tribunal multilatéral des investissements ? Apports et limites de la réforme de l'UE », *op. cit.*, pp. 3-4.

² *Ibid.*, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ Commission Staff Working Document Impact Assessment, Multilateral reform of investment dispute resolution Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, COM(2017) 493 final, September 13rd 2017, spéc. 3.2 (Specific objectives) ; v. C. Devaux, « Vers un tribunal multilatéral des investissements ? Apports et limites de la réforme de l'UE », *op. cit.*, p. 4.

Bibliographie

Ouvrages

M. Bungenberg, C. Titi, « The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations », in Wenhua Shan et Jinyuan Su (ss dir.) « *China and International Investment Law : Twenty Years of ICSID Membership* », Brill, 2014.

M. Bungenberg et S. Hobe, « The Relationship of International Investment Law and European Union Law », in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe et A. Reinisch (ss dir.), « *International Investment Law : A Handbook* », Beck/Hart/Nomos, 2015.

C. Devaux, « Vers un tribunal multilatéral des investissements ? Apports et limites de la réforme de l'UE », in V. Curran (dic.), « *Les porosités du droit* », Société de législation comparée, 2019.

J. Dutheil de La Rochère, « Le pouvoirs des États membres de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements », in Catherine Kessedjian et Charles Leben (dir.), « *Le droit européen et l'investissement* », EPA/LGDJ, Paris, 2009, note 1, p. 27 et s.

I. Fadlallah, D. Hascher, Dalloz, 2019, p. VI.

P. Juillard, « Investissement et droit communautaire – À propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in J.-C. Masclet et al. (ss dir.), *L'Union Européenne : Union de droit, union des droits*, in « *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin* », 2010, Paris, A. Pedone.

S. Nicinski, « *Droit public des affaires* », LGDJ, 2019.

M. Szpunar, « Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU », in Franco Ferrari, dir., « *The Impact of EU Law On International Commercial Arbitration* », Huntington, New York, JurisNet, 2017.

Articles juridiques

L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2018) », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2019, chron. 9.

J. Basedow, « EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice », 32:4, *Journal of International Arbitration*, 2015, 367.

G. Bermann, « L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, Septembre 2013, entretien 5.

A. Bjorklund, J. Brosseau, « L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux. Perspectives théoriques et application au Système juridictionnel des investissements de l'UE », *Revue des Juristes de Sciences Po* n° 14, Janvier 2018, 2.

G. Bourdeaux, M. Menjucq, C. Nourissat, « Droit du commerce international », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 6, 5 Février 2018, doct. 157.

J. Cazala, « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? À propos de l'accord du 5 mai 2020 », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2020, doct. 7.

J. Cazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2017, doct. 3.

C. Collin, « Épilogue de l'affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE », *Dalloz Actualité*, 21 juillet 2020.

J. Derenne, « Morceaux choisis de récents développements du droit des aides d'État », *Contrats Concurrence Consommation* n° 7, Juillet 2019, dossier 8.

E. Gaillard, « Règlement des différends relatifs aux investissements. Protection des investissements. Critères de compatibilité. Droit de l'Union européenne. CETA. Standards de protection. Achmea », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2019, 20.

R. Geiger, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union

européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », in *Revue internationale de droit économique*, 2015/4, t. XXIX, pp. 451-465.

L. Idot, « Vers un contrôle européen des investissements étrangers ? », *Europe n° 10*, Octobre 2017, alerte 50.

F. Jadeau, « Lutte contre les conflits d'intérêts des arbitres : les réformes voulues par l'UE », *Versailles University Arbitration Journal n° 1*, Octobre 2016, étude 3.

L. Lanoë-Campbell, A. de Nanteuil, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *Versailles University Arbitration Journal n° 1*, Janvier 2019, étude 8.

S. Menétrey, « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *Journal du droit international (Clunet) n° 4*, Octobre 2010, doct. 13.

A. de Nanteuil, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *Journal du droit international (Clunet) n° 1*, Janvier 2017, doct. 2.

A. Reinisch, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *CIGI Investor-State Arbitration Series*, Paper n° 2, March 2016, p. 25.

D. Simon, « L'arbitrage en matière d'investissement remise en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea », *Europe n° 5*, Mai 2018, étude 3.

D. Thomson, « ECJ to Rule on CETA Investment Court », *Global Arbitration Review*, September 6th 2017.

C. Titi, « Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement », *Journal du droit international (Clunet) n° 1*, Janvier 2015, doct. 3.

Autres articles

AFP, « La France ne « veut plus de tribunaux d'arbitrage privés » dans ses futurs accords commerciaux », *Euractiv*, 24 mars 2021.

C. Ducourtieux, « Ces tribunaux privés qui font peur », *Le Monde*, 13 janvier 2015.

C. Uruganda, « Supprimer les tribunaux d'arbitrage privés pour régler des litiges internationaux, une fausse bonne idée ? », *L Usine Nouvelle*, 5 avril 2021.

Fascicules

M. Audit, Droit des investissements internationaux, Synthèse, JurisClasseur Droit international, 15 juin 2020.

C. Kaddous, Politique commerciale commune, Synthèse, JurisClasseur Europe Traité, 1er février 2021.

E. Loquin, Arbitrage commercial international. Sources, Fasc. 725, JurisClasseur Droit international, 1er mars 2021.

N. Neuwahl, Relations extérieures : Union européenne et Canada. Un partenariat innovateur et hors du commun, Fasc. 2212, JurisClasseur Europe Traité, 8 août 2018.

Communications et documents de la Commission européenne

Communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM(2010)343 final, 7 juillet 2010.

Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, COM(2010)344 final, 7 juillet 2010.

European Commission, Commission staff working document, Report, « Online public consultation on investment protection an investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP) », SWS(2015) 3 final, January 13rd 2015.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests, September 13rd 2017, COM(2017) 494 final.

Commission européenne, Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements (COM(2017) 493 final, 13 septembre 2017.

Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, 13 septembre 2017, COM(2017) 487 final.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Protection des investissements intra-EU, 19 juillet 2018, COM(2018) 547 final.

Communiqués *de* *presse*

Commission européenne, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », Communiqué de presse IP/15/5198, 18 juin 2015.

Commission européenne, « La Commission européenne lance une consultation publique en ligne sur la protection des investisseurs dans le cadre du TTIP », Communiqué de presse IP/14/292, 27 mars 2014.

Conseil de l'UE, « Tribunal multilatéral des investissements : le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », Communiqué de presse, 20 mars 2018.

Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 26/18, « La clause d'arbitrage

incluse dans l'accord conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie sur la protection des investissements n'est pas compatible avec le droit de l'Union », 6 mars 2018.

Traités et chartes

Traité sur l'Union européenne, JOUE C 326, 26 octobre 2012, pp. 0001-0390.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326, 26 octobre 2012, p. 47-390.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE C 202/389, 7 juin 2016.

Règlements et directives

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, règlement (UE) n° 1215/2012, 12 décembre 2012 : JOUE, n° L 351, 20 déc. 2012, p. 40.

Autres documents

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, Mai 2015.

Council of the European Union, Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, Document n° 12981/17 ADD 1 RESTREINT UE/EU RESTRICTED, adopté le 20 mars 2018, pt 7, note de bas de page.

Déclaration commune (vingt-deux États membres), 15 janvier 2019, p. 1 ; Déclaration commune (cinq États membres), 16 janvier 2019, p. 1 ; Déclaration de la Hongrie, 16 janvier 2019, p. 1.

Conclusion du Conseil sur la négociation et la conclusion d'accords commerciaux de l'UE, 8 mai 2018, 8622/18 disponible en ligne, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/en/pdf>.

Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Direction générale du Trésor, Signature de l'accord plurilatéral organisant le démantèlement des traités bilatéraux d'investissement intra-européens, 5 mai 2020.

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 5 février 1963, 26-62, Van Gend en Loos.

CJCE, 15 juillet 1964, 6-64, Costa/Enel.

CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, République de Slovaquie/Achmea BV.

CJCE, 3 mars 2009, C-249/06, Commission/Suède.

CJCE, 3 mars 2009, C-205/06, Commission/Autriche.

CJCE, 19 novembre 2009, C-118/07, Commission/Finlande.

CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH.

CJUE, 16 mai 2017, Avis 2/15.

CJUE, 30 avril 2019, Avis 1/17, Accord ECG UE-Canada.

TUE, 18 juin 2019, T-624/15, T-694/15 et T-704/15, Micula.

Jurisprudence de la Commission européenne et des tribunaux arbitraux

Commission européenne, 30 mars 2015, SA.38517 ; aff. CIRDI n° ARB/05/20.

Eastern Sugar B.V. c./ République tchèque, SCC, n° 088/2004, 27 mars 2007.

T. CIRDI, AES c./ Hongrie, n° ARB/07/22, 23 septembre 2010.

European American Investment Bank AG c./ République slovaque, CPA n° 2010-17, 22 octobre 2012.

T. CIRDI, Electrabel SA c./ Hongrie, n° ARB/07/19, 30 novembre 2012.

T. CIRDI, 29 juin 2019, n° ARB/17/14, Rockhopper Italia SpA et a. c/ Italie.

CIRDI n° ARB 12/12, Vattenfall AB et a. c/ République fédérale d'Allemagne.

Présentation de la Commission européenne dans Chambre de commerce de Stockholm, 16 janvier 2019, aff. n° SCC V(2015/158), CEF Energia B.V. c/ Italie.

Conclusions des avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne

Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, présentées le 19 septembre 2017, sous C-284/16, Achmea.

Accords de libre-échange conclus entre l'Union européenne et les États tiers

Vietnam-European Union Free Trade Agreement, December 2015, Chapter 8 (Trade in services, investments and e-commerce), Chapter II (investment), articles 12 and 13.

Les opérations d'acquisitions internationales en Asie du Sud-Est

Renée KADDOUCH Kaddouch¹ - Docteur en droit
Avocat à la Cour (Paris) – Foreign Lawyer (Singapore)
Co-Associée Fondatrice Genesis Avocats Singapore

¹ Renee.kaddouch@genesis-singapore.com ; Twitter : https://twitter.com/renee_kaddouch -
ClubHouse : @renekaddouch

Enjeu géopolitique majeur entre la Chine continentale et les États-Unis et ses alliés¹, l'Asie du Sud-Est est également perçue comme une « arène d'opportunités »² par ses habitants. La région a bien résisté à la pandémie de Covid-19, certes de manière disparate selon les États. Les perspectives économiques pour 2021 sont optimistes et la zone devrait retrouver d'ici la fin de l'année son niveau de croissance de fin 2019. Ces différents facteurs expliquent l'attention soutenue dont l'Asie du Sud-Est fait l'objet de la part des investisseurs occidentaux, d'autant plus que le centre de gravité économique du monde se déplace depuis 2002 vers l'Asie, et de plus en plus rapidement depuis l'apparition du Covid-19.

Ce phénomène, émergent avant la pandémie³, s'est encore accentué au cours de l'année 2020. Ainsi, par exemple, Peter Thiel a-t-il cofondé deux SPAC (*special purpose acquisition company*) en vue de réaliser des acquisitions dans le secteur technologique en Asie du Sud-Est⁴. Le fonds de capital investissement de la Silicon Valley KKR, déjà actif dans la région, a pour sa part annoncé la création d'un quatrième fonds dédié, d'un montant de 13 milliards de dollars⁵. Ce activisme américain devrait encore favoriser le financement des startups du sud-est asiatique en créant ainsi de nouvelles opportunités de sortie⁶.

¹ V. the State of South-East Asia Survey 2021, in <https://www.iseas.edu.sg/wp-content/uploads/2021/01/The-State-of-SEA-2021-v2.pdf>

² V. Balakrishnan (Ministre des affaires étrangères de Singapour) in Le Figaro, 18 février 2021 <https://www.lefigaro.fr/international/vivian-balakrishnan-pour-les-etats-unis-la-chine-est-un-defi-plus-grand-que-l-urss-20210217>

³ V. par exemple, en 2019, l'acquisition de Wavecell, basée à Singapour et proposant des solutions de communication en mode Saas dans toute l'Asie du Sud-Est, par le groupe américain 8x8 (<https://techcrunch.com/2019/07/17/southeast-asian-cloud-communications-platform-wavecell-acquired-by-8x8-in-deal-worth-125-million/>) ou encore l'acquisition par Alizent International, filiale d'Air Liquide, de DNR Process Solutions située à Singapour, présente également en Malaisie et en Indonésie, et proposant des solutions d'IoT industriel.

⁴ Un SPAC est une société dépourvue d'activité commerciale qui lève des fonds sur le marché boursier en vue de réaliser des acquisitions dans un secteur particulier.

⁵ In <https://www.techinasia.com/kkr-raises-13b-asiafocused-fund-exceeds-target/amp>

⁶ V. notamment sur ces questions, R. Isjwara, X. Zhu et F. Garrido, *Vibrant tech hub in Southeast Asia seen as hot SPAC hunting ground in 2021*, in <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news->

Comme pour les opérations d'investissement en fonds propres¹, l'acquisition sera réalisée depuis Singapour via une holding déjà existante ou à créer pour la circonstance. Cette holding de tête détiendra, le cas échéant, les participations dans la ou les filiales immatriculées dans d'autres pays de la région et l'acquisition portera uniquement sur les actions de cette holding. Si celle-ci est créée pour les besoins de l'acquisition, il conviendra d'apporter les titres des filiales locales en amont de l'opération, et non concomitamment, et également de tenir compte de l'imposition corrélatives des plus values pas toujours favorable.

Deux paramètres essentiels influent sur le déroulement de la négociation des termes et conditions de l'opération : l'éloignement géographique (I) et les spécificités locales (II).

I. La prise en compte de l'éloignement géographique

Les acheteurs en provenance d'Europe, en particulier de France, et des États-Unis pourraient être réticents à réaliser une opération en Asie du-Sud Est. En effet, l'éloignement leur fait craindre d'être incapables de gérer à distance une situation de crise sur place.

De fait, lorsqu'il envisage une opération d'acquisition en Asie du Sud-Est, l'acquéreur européen ou américain devra toujours tenir compte de cet éloignement géographique. Cette prise en compte de la distance est particulièrement prégnante alors que le Covid-19 rend impossible, du fait de la

insights/latest-news/headlines/vibrant-tech-hub-in-southeast-asia-seen-as-hot-spac-hunting-ground-in-2021-62527629.

¹ R. Kaddouch, *Singapour est-il le paradis des startups ?*, Forbes France, 9 août 2019, in <https://www.forbes.fr/business/singapour-est-il-le-paradis-des-start-ups/>

fermeture des frontières aux non résidents de la quasi totalité des pays de la région, tout voyage d'affaires¹.

Indépendamment de la pandémie, les acheteurs tiendront compte de l'éloignement géographique de deux façons : en structurant l'opération (A) et, du fait de cette structuration particulière, dans les relations post acquisition (B).

A. La prise en compte dans la structuration de l'opération

Un des pièges majeurs dans lequel tombent fréquemment les entreprises occidentales lorsqu'elles s'implantent en Asie est de vouloir diriger la filiale locale depuis l'Europe ou les États-Unis, y compris les situations de crise. Cette attitude les conduit souvent à un échec cuisant. L'exemple d'eBay en Chine est significatif à cet égard. Pour avoir fait de San Francisco son centre de décision principal, au lieu de s'appuyer sur des compétences locales, en lançant des initiatives commerciales hasardeuses, eBay a de ce fait été submergé par son concurrent chinois Taobao.

Un acquéreur avisé devra donc conserver l'équipe déjà en place, y compris le cédant. Cela lui permettra notamment de gérer l'éloignement et d'avoir des interlocuteurs de confiance pour résoudre les éventuelles crises avec une véritable connaissance du terrain.

Par conséquent, l'acquisition se fera la plupart du temps par étapes, en plusieurs tranches (*carve out*). Contrairement à une situation régie par une clause d'*earn out*, qui s'analyse comme un paiement différé du prix de cession dans le temps,

¹ V. sur cette question, S. Chan, *Asia-Pacific borders expected to remain shut throughout 2021*, 17 février 2021, in <https://www.businessstraveller.com/business-travel/2021/02/17/asia-pacific-borders-expected-to-remain-shut-throughout-2021/>

assis sur les performances futures de la société cible et/ou du groupe, le cédant conserve une part significative dans le capital de la cible et cèdera ses actions au fur et à mesure du temps, à un prix défini selon une formule de calcul prévue dès la première étape.

La première tranche consiste dans l'acquisition soit d'une prise de participation majoritaire (au-delà du seuil de 50 pour cent, mais sans acquérir la totalité du capital) soit d'une prise de participation minoritaire, de loin l'hypothèse la plus fréquente dans la région¹.

Le solde des actions sera acquis au cours des années suivantes (en pratique 2 à 5 ans), en une ou plusieurs tranches complémentaires. Le prix sera assis sur les performances réalisées par la cible et, le cas échéant, son groupe. Les paramètres d'ajustement du prix seront âprement négociés et seront fondés soit sur des éléments purement comptables comme le chiffre d'affaires, le compte de résultat, ou encore la trésorerie, soit sur des éléments financiers comme l'EBIT, l'EBITDA ou encore la dette nette.

Il conviendra d'accorder une attention particulière aux éventuels *management fees*. En effet, l'acquéreur européen ou américain aura tendance à facturer des *management fees* à sa désormais filiale locale et les sommes versées ne devront pas se répercuter sur le prix futur des actions par l'impact qu'elles pourraient avoir sur le calcul de l'EBITDA ou de la dette nette et devront de ce fait être déduites.

¹ R. Ramesh, J. Kengelbach, T. Schmidt et V. Chen, *The Asia-Pacific M&A Report: Dealmaking in turbulent times*, in <https://www.bcg.com/publications/2020/asia-pacific-mergers-acquisitions-report-dealmaking-turbulent-times>.

Les parties tiendront également compte de l'évolution de la situation opérationnelle du cédant. Après la réalisation de l'opération, celui-ci conclut un contrat de travail avec la société et, afin de prendre en considération son éventuel départ de ses fonctions opérationnelles, la documentation juridique (contrat d'acquisition, ou, plus fréquemment pacte d'actionnaires) prévoira le sort des actions qu'il détiendrait encore à ce moment-là.

Seront ainsi insérées des clauses similaires à des clauses dites de management *claw back*, fréquentes dans les opérations de capital investissement, qui prévoient le rachat de ses actions par le cédant en cas de départ de la société, à un prix différent selon la cause du départ (clauses dites de *good* et *bad leaver*)¹.

La documentation juridique pourra également régler cette situation en prévoyant une accélération du rachat du solde des actions, via des promesses d'achat et/ou de vente. Dans ce cas, le prix est fixé en fonction de la formule de calcul fixée originellement, les chiffres pris en compte étant ceux du dernier exercice clos avant le départ. En pratique, et de manière équilibrée, l'acquéreur pourra bénéficier d'une promesse de vente de la part du vendeur dans des situations apparentées à des situations de *bad leaver* (démission, licenciement pour faute lourde ...) et préalablement définies, et le vendeur de promesse d'achat dans des situations pouvant être qualifiées de *good leaver*.

Qui dit maintien du cédant dans le capital, dit nécessairement pacte d'actionnaires pour gérer les relations au sein de la société post opération, et

¹ Dans ce type de clause, si la personne démissionne ou est licenciée pour une faute lourde (manifestant son intention de nuire), la totalité de ses actions pourra être rachetée à un prix inférieur à leur valeur réelle, voire à leur valeur nominale (clause de *bad leaver*). Le but est de sanctionner celle ou celui qui pénalise la société du fait de son départ. Toutes les autres causes de départ sont considérées comme des cas de « *good leaver* », et les actions rachetées de ce fait à leur valeur de marché.

celui-ci, dans certains aspects, devra aussi tenir compte de l'éloignement géographique de l'acquéreur, désormais actionnaire.

B. La prise en compte dans les relations post-opération

Du fait de la structuration de l'opération examinée ci-dessus, le pacte d'actionnaires conclu entre cédant et cessionnaire s'apparentera davantage à un contrat de *joint-venture* qu'à un pacte d'actionnaires signé lors de la réalisation d'une opération de capital investissement.

Ainsi, par exemple, seront prévues des clauses réglant le financement de la société cible et/ou du groupe ou encore interdisant au cessionnaire d'opérer dans la région de manière indépendante, hors du cadre de la société. Il s'agit d'éviter dans ce cas qu'une activité parallèle de ce dernier ne vienne parasiter l'activité du groupe, et par voie de conséquence, ait des conséquences négatives sur le paiement du prix des tranches complémentaires, indépendantes des performances du cédant.

L'éloignement géographique sera utilement pris en compte dans les clauses relatives à la gouvernance. Il s'agit de laisser une grande liberté, même contrôlée par l'acquéreur, au cédant au sein du *board au directors*, dont celui-ci restera membre. L'exemple d'eBay en Chine est une nouvelle fois très significatif et devra être présent à l'esprit des négociateurs des deux parties pour éviter certains écueils. eBay avait envoyé, sans demander l'avis du management local, un directeur commercial en provenance d'Allemagne et un directeur technique des États-Unis, aucun d'eux ne parlant chinois ni ne connaissant le marché local, conduisant ainsi la société à se faire dépasser par son principal concurrent dans ce pays.

Le risque se présente surtout pour un cessionnaire ayant acquis le contrôle de la société cible dès la finalisation de la première tranche de l'acquisition.

Du fait de cette prise de contrôle, celui-ci pourra demander et obtenir le droit de nommer la majorité des membres du *board of directors* qui, rappelons-le, peut en droit singapourien agir au nom de la société en toute circonstance. Le cédant, en charge du quotidien du fait de l'éloignement géographique avec un cessionnaire européen ou américain, sera pour sa part nommé *Chief Executive Officer*, et devra solliciter l'autorisation préalable du *board of directors* avant l'adoption de plusieurs décisions importantes (limitativement énumérées), notamment sur toutes les décisions relatives au recrutement de salariés clés.

En contrepartie, et dans l'intérêt même du cessionnaire, le cédant devra impérativement veiller à obtenir un droit de veto sur le recrutement et licenciement de salariés par le *board of directors*, a fortiori pour du haut management, afin de ne pas se voir imposer par le cessionnaire une personne qu'il n'aurait pas choisie lui-même, et peu au fait des réalités du terrain. De la même manière, le cédant devra conserver un droit de veto sur l'éventuel licenciement d'un salarié local dont le cessionnaire ne serait pas à même d'évaluer l'importance.

L'éloignement géographique sera également pris en compte dans la délimitation territoriale des clauses de non-concurrence pesant à la fois sur le vendeur et sur l'acquéreur. Ainsi, le vendeur, tant qu'il demeure actionnaire et pendant une certaine période une fois qu'il a cédé la totalité de ses actions, s'interdira de concurrencer la société cible et ses filiales en Asie du Sud-Est (ou dans l'ensemble de l'Asie-Pacifique pour tenir compte des éventuels développements futurs de l'activité hors Asie du Sud-Est) mais non dans des pays ou celles-ci

n'ont pas vocation à être présentes, y compris dans les pays tiers où le cessionnaire est présent.

De même l'acquéreur s'interdira de concurrencer le groupe (pendant qu'il est actionnaire seulement, une interdiction postérieurement à la sortie définitive du cédant n'aurait aucun sens) uniquement dans la zone géographique où celui-ci exerce ou est susceptible d'exercer une activité. Du fait de l'éloignement géographique, une interdiction mondiale n'aurait pas de sens sauf circonstances particulières.

On l'a vu, la prise en compte dans les discussions de l'éloignement géographique permet aux parties d'éviter certains pièges dont certains pourraient s'avérer fatals à la société et au groupe dans le futur. Il en est de même s'agissant des spécificités des systèmes juridiques locaux.

II. La prise en compte des spécificités locales

De nombreux pays d'Asie du Sud-Est restreignent l'investissement étranger. Ainsi, par exemple, l'Indonésie fait une distinction selon les secteurs, dont certains sont fermés aux étrangers, d'autres totalement ouverts, d'autres ouverts sous condition d'un partenariat capitalistique avec une personne indonésienne, physique ou morale¹. De fait, dans cet État, toute acquisition par un opérateur étranger devra être notifiée aux autorités et une licence d'investissement accordée si la holding de tête de droit singapourien a été créée pour la circonstance. En revanche, si la filiale indonésienne était déjà contrôlée par une holding singapourienne, il ne sera pas nécessaire de mettre à jour la licence

¹ Sur cette question, V. R. Kaddouch, *L'implantation d'une société étrangère en Indonésie*, JCP ed. E 2016 n° 1649.

existante. La situation est similaire dans de nombreux pays d'Asie du Sud-Est. Cette situation et ses particularismes devront être prises en compte dans les négociations des conditions suspensives à l'opération (A). De la même manière, compte tenu de l'insécurité juridique régnant dans la plupart des pays d'Asie du Sud-Est, en dehors de Singapour, il conviendra de garder à l'esprit ces spécificités dans la négociation des garanties (B).

A. La prise en compte dans les conditions préalables à l'opération

Si la cible est uniquement singapourienne, sans filiale dans un autre pays d'Asie du Sud-Est, les conditions suspensives seront similaires à celle d'une opération domestique ou transfrontière en Europe : autorisation des autorités de concurrence, autorisation éventuelle d'une instance gouvernementale s'il s'agit d'une activité réglementée, MAC clause¹, voire opération d'apport de titres d'une société de droit singapourien existante à une nouvelle holding de tête...

Dans la mesure où Singapour fait partie des États de droit les plus avancés du monde², dont les délais d'obtention des éventuelles licences gouvernementales sont prévus par la loi ou au moins annoncés par les ministères correspondants, il sera aisé de fixer une date de réalisation si des conditions suspensives sont prévues en ce sens.

¹ Cette clause, devenue standard dans les opérations d'acquisition et prévue sous la forme d'une condition suspensive, vise à protéger l'acquéreur entre la signature du contrat et la réalisation de l'opération contre la survenance d'un événement imprévu de nature à affecter l'économie de l'opération (V. notamment sur cette question, A.-C. Pelissier, *La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives)*, Rev. Lamy droit civil 2006, n° 26 p. 5. En cette période de pandémie très incertaine et fluctuante, le vendeur devra veiller à exclure expressément du champ de la MAC clause tout événement lié directement ou indirectement au Covid-19.

² Au 12^e rang mondial en 2020 (le premier en Asie) d'après WJP Rule of Law Index (qui fait autorité sur la question) : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2020/Singapore/>

En revanche, compte tenu des lourdeurs bureaucratiques propres à l'Asie du Sud-Est et du maquis légal et réglementaire, dont la stabilité et la lisibilité ne sont pas l'atout majeur, il est irréaliste de prévoir des conditions suspensives liées à des décisions administratives telles que, par exemple, l'obtention ou la mise à jour d'une licence. Il peut arriver en pratique que l'obtention d'une telle licence prenne plusieurs mois voire plus d'un an. Dans ces conditions, on voit mal comment la décision d'une administration donnée pourrait faire l'objet d'une condition suspensive sauf à retarder sine die la réalisation de l'opération.

Des lors, la question se pose de savoir comment protéger efficacement les intérêts légitimes de l'acheteur. En effet, si l'octroi ou la mise à jour d'une licence n'est pas une condition suspensive de la réalisation de la transaction, celui-ci peut se retrouver en situation délicate et acheter un groupe sans avoir toutes les autorisations requises pour exercer l'activité légalement.

Un compromis sera généralement trouvé entre les parties via un engagement post opération. Par ce biais, le vendeur s'engagera à faire ses meilleurs efforts pour que la décision administrative soit obtenue le plus rapidement possible après la réalisation de la cession. Cette clause¹ mettra à la charge du cédant une obligation de moyens et il ne saurait dans ces conditions être tenu responsable du seul fait d'un retard dans la décision administrative ou d'un refus.

Pour inciter le cédant à remplir son engagement, celui-ci pourra se voir imposer le paiement d'une indemnité, soit en numéraire soit en actions, le nombre

¹ Sur cette question en droit des contrats singapourien, V. B. Wong YongQuan, *Endeavours clauses in Singapore contract law*, Singapore Academy of Law Journal, sept. 2019 p. 1068 in <https://journalonline.academyPublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/494/ArticleId/1459/Citation/JournalsOnlinePDF>

d'actions étant déterminé via l'application d'une formule de calcul prévue dès l'origine, dans le contrat de cession.

On le voit, les parties, et notamment l'acheteur peu familier des spécificités locales et de la conception quelque peu « élastique » de la règle de droit, devront se montrer pragmatiques dans la conduite des négociations des conditions suspensives. Elles devront également faire preuve de la même souplesse dans la négociation des garanties.

B. La prise en compte dans les déclarations et garanties

Le principe de sécurité juridique, pierre angulaire de l'État de droit, est parfois malmené en Asie du Sud-Est¹ à l'exception bien entendu de Singapour dont il contribue très largement à l'attractivité auprès des investisseurs du monde entier.

Dans un régime juridique qui garantit le respect de ce principe, la règle de droit doit être « intelligible et accessible », selon les mots du Conseil constitutionnel français². En d'autres termes, et de manière négative, la complexité excessive de la règle, son caractère précaire, son instabilité, son illisibilité ... seront de nature à entraîner de l'insécurité juridique peu propice au développement des investissements étrangers.

Ce risque tenant au manque de sécurité juridique devra être pris en compte dans la négociation des déclarations et garanties données par le cédant au cessionnaire.

1 Pour un état des lieux en Indonésie, V. notamment A. Muliadi, *Applying Principles of Legal Certainty and Equal in the Implementation of Investment in Indonesia*, *European Research Studies Journal* Volume XX, Issue 4A, 2017, p. 133.

2 V. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-securite-juridique-en-droit-constitutionnel-francais>.

Celles-ci, on le sait, visent principalement à protéger l'acquéreur d'actions contre un risque de valorisation excessive de la société cible qui pourrait résulter de passif cachés, d'actifs survalorisés ou plus généralement de dissimulation sur la situation réelle du groupe¹. Ainsi, le cédant va effectuer un certain nombre de déclarations concernant la société et, le cas échéant, ses filiales et en garantir l'exactitude, sous peine de devoir indemniser le cessionnaire pendant une durée contractuellement fixée.

Dans un contexte où toutes les entités pour lesquelles des garanties sont données sont situées dans un pays où la sécurité juridique est assurée, le vendeur, toutes conditions par ailleurs réunies, n'aura pas de difficultés particulières à s'engager.

En revanche, si une des sociétés du groupe est située dans un État où la légalité est un concept « fluctuant », le cédant devra veiller à ne pas garantir, par exemple, que l'activité dans le pays en question est exercée en totale conformité avec le droit applicable. En effet, rien ne lui permet de l'affirmer avec certitude : il est possible que, même assisté d'un professionnel du droit, une disposition légale ou réglementaire enfouie dans les limbes du système juridique lui ait échappé, ou que celle-ci soit susceptible de nombreuses interprétations contradictoires, du fait de son manque de clarté ... Dans ce cas, il pourrait devoir indemniser l'acheteur ayant, de bonne foi et sans aucune dissimulation de sa part, donné une garantie inexacte.

En d'autres termes, toute garantie sur des faits hors de contrôle du vendeur concernant les filiales régionales devra systématiquement être donnée « à la

¹ V., en France, sur cette question, en dernier lieu, L. Chatain et P. Mousseron, *Garanties de passif et autres engagements de garantie*, Bull. Joly 26 aout 2020.

connaissance du vendeur ». A défaut, celui-ci pourrait avoir donné une information erronée à son insu et le risque est d'autant plus grand que l'acheteur n'accepte pas toujours que la connaissance par ce dernier de la situation exacte de la société et des filiales exonère le vendeur de sa garantie.

* *
*

On le voit, que ce soit dans la prise en compte de l'éloignement géographique ou dans la prise en compte des spécificités des systèmes juridiques, la négociation des termes et conditions d'une opération d'acquisition transfrontière en Asie du Sud-Est, pour ne rien dire des aspects financiers ou tenant à l'exploitation postérieurement à sa réalisation, ne saurait être appréhendée de la même manière qu'une opération similaire en Occident.

Il s'agit ainsi de prendre en compte une réalité aux allures de truisme et qui est pourtant trop souvent méconnue par les entreprises européennes et américaines : l'Asie n'est pas l'Europe ou les États-Unis et présente donc des différences et des disparités inter-régionales que les négociateurs ne sauraient ignorer.

Le système institutionnel représentatif congolais

Gilles-Carson OSSETE-OKOYA – Docteur en Droit Public

Assistant à la faculté de droit de l'Université Marien N'Gouabi de Brazzaville¹

¹ gillescarson@gmail.com

L'histoire constitutionnelle de la République du Congo est relativement mouvementée, depuis le renouveau démocratique entamé en 1991. Deux Constitutions ont vécu¹. Chacune d'elles a tenté d'ériger la meilleure organisation politique avec l'ambition de permettre l'installation d'une démocratie intégrale. Cette dernière se construit à travers des institutions visant à encadrer à la fois l'exercice du pouvoir, à limiter l'arbitraire et à préserver les droits fondamentaux. Toutes ces Constitutions n'y sont jamais parvenues et à juste titre. La démocratie n'est jamais figée, ni acquise une fois pour toutes. Elle reste dynamique et l'ambition d'y parvenir est sans cesse permanente.

La Constitution congolaise du 6 novembre 2015 a permis un renouvellement des institutions démocratiques². De nouvelles institutions ont été mises en place avec l'ambition de renforcer la vitalité démocratique et de permettre une grande participation des différentes couches de la population à la gestion de la chose publique³. Cette ambition s'inscrit dans une volonté affichée et affirmée d'une prise en compte des réalités congolaises. Une telle ambition n'est pas nouvelle dans les Constitutions africaines⁴ ; les institutions devraient davantage prendre en compte les traditions du pays⁵.

Loin d'être le résultat d'une revendication identitaire, qui par essence emporterait une connotation péjorative, à travers la nouvelle Constitution du 6 novembre 2015⁶, le constituant congolais a tenté d'élaguer les dernières traces d'un

¹ Les Constitutions du 20 janvier 2002 et du 18 février 2006.

² Voir P. N. Gomes Olamba, *Droit institutionnel du Congo-Brazzaville*, Brazzaville, Harmattan, 2019. Il s'agit d'institutions issues de la Constitution adoptée par référendum.

³ M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, 546 p.

⁴ A. Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », RFDC, n°52, 2002, p. 722

⁵ J-F Bayart, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs*, n°129, pp. 27-44

⁶ La question de nommer la constitution congolaise ne semble pas encore avoir été tranché. La doctrine congolaise n'est pas unanime sur le point. D'ailleurs, on peut constater que Vivien Manougou retient la Constitution du 6 novembre 2015 alors que Collinet Mackosso retient la constitution du 25 octobre 2015. Le journal officiel parle également de la Constitution du 25

héritage constitutionnel que le renouveau démocratique, faisant suite à la fin au système du parti unique n'avait pas pu s'en départir¹. La tendance des constituants africains est d'inscrire davantage les institutions dans les traditions de leurs pays, dans les réalités des peuples et des villages². Il y a une sorte de volonté revendiquée de rapprocher le pouvoir des populations et d'instaurer une sorte de gouvernance partagée face à des populations souvent désabusées par l'exercice d'un pouvoir autoritaire et qui peine, dans bien des cas, à améliorer leur condition matérielle d'existence. Cette tendance postule en faveur du dépassement du référentiel issu de l'héritage colonial. Il ne s'agit plus seulement de puiser « [...] dans un fonds commun aux origines très variées et dont on décèle les traces dans à peu près tous les pays [...] »³. Il est désormais recommandé de puiser avant tout dans son histoire, dans sa tradition et dans la culture afin de définir les institutions idoines à chaque peuple⁴.

octobre 2015 qui correspond à la date de la votation du texte soumis à référendum. Le 6 novembre 2015 correspond à date de la promulgation et de la publication du texte adopté par référendum. La discussion est donc celle de l'entrée en vigueur des lois référendaires. D'aucuns considèrent qu'on devrait retenir que la date de votation du peuple en l'occurrence le 25 octobre 2015. C'est à cette date que le peuple s'est prononcé en faveur de la nouvelle constitution. Ainsi, le Cour constitutionnelle a « nommé » la Constitution du 25 octobre 2015 dans sa décision N°003 /DCC/REF/15 du 5 novembre 2015 portant proclamation des résultats définitifs du référendum constitutionnel du scrutin du 25 octobre 2015. C'est à la suite de cette décision que le président de la République promulgué ladite constitution le 6 novembre 2015 conformément aux dispositions de l'article 246 : « *La présente loi, qui entre en vigueur dès sa promulgation, sera exécutée comme Constitution de la République du Congo* ». En réalité, il est juridiquement valable de nommer cette constitution du 6 novembre 2015 qui correspond à son entrée en vigueur à la suite sa promulgation. Ainsi, la date de votation n'emporte pas l'entrée en vigueur de la Constitution.

¹ J. du Bois de Gaudusson, « *Le mimétisme postcolonial et après ?* », Pouvoirs, n°129, 2009, pp. 45-55

² G. Conac. V. « *Quelques réflexions sur le nouveau constitutionnalisme africain* », in *Symposium international sur les pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone*, 6-8 novembre 2005, p. 27. ; P. Manga, « *Réflexions sur la dynamique constitutionnelle en Afrique* », *RJPIC*, 1998, p. 46-69

³ A. Cabanis et B. Gueye, « *Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone* », *Droit sénégalais*, n°11, 2013, pp. 104-105.

⁴ J.-F. Bayart, op. cit., p.30

L'Afrique noire francophone, en particulier, a bâti ses modèles constitutionnels en s'inspirant des formes occidentales dans beaucoup de cas, hérités d'un même modèle historique de référence¹. Cette influence est le résultat d'une proximité culturelle bien ancrée qui est la conséquence de l'État importé considérant que le phénomène démocratique s'est installé sur le continent en violation du principe de l'autodétermination des peuples².

Les modèles constitutionnels se sont construits de divers apports afin de répondre bien souvent à des impératifs économiques qu'en faveur d'un état de pluralisme politique et préservation des libertés individuelles³. La place accordée au citoyen est bien souvent marginale car le pouvoir politique s'exerce sans tenir compte de sa volonté et la constitution devient un emblème démocratique qui offre de moins de moins de garanties aux citoyens dans la dévolution et l'exercice du pouvoir⁴.

Le pari du constituant congolais semble bien traduire une volonté de concilier l'emprise du citoyen dans l'exercice du pouvoir politique et de puiser dans ses traditions, dans sa culture et dans son histoire. Il y a une volonté de renforcer la tradition de droit romano-germanique et le droit coutumier⁵.

L'apport et l'originalité d'une telle démarche semblent plutôt marginaux. En effet, les grands équilibres constitutionnels ne changent pas : les modes d'exercice et

¹ S. Demba, « *la renaissance du droit constitutionnel en Afrique : question de méthode* », Droit sénégalais, Juin 2004, n°3, pp. 36-52

² Voir dans ce sens B. Badie, *L'Etat importé*, Fayard, Paris, 1992, 334 p. ; S. Huntington, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2000,

³ J-M. Breton, « *Trente ans de constitutionnalisme d'exportation dans les pays d'Afrique Noire francophone entre mimétisme et réception critique : cohérences et incohérences (1960-1990)* », Actes du 6^{ème} congrès français de droit constitutionnelle, Montpellier, Juin 2015, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BRETON2.pdf>, consulté le 15 septembre 2020

⁴ M. Benchikh, « *Vers une démocratie de façade en Afrique* », in Mélanges en l'honneur du professeur Stéphane Doumbé-Billé, Bruylant, 2020, pp. 103-130

⁵ Voir dans ce sens R. Sacco, M. Guadagni, L. Castellani, M. Cannara, *Le droit africain : anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz-Sirey, 2009, 566 p.

de dévolution de pouvoirs, la nature du régime reste identique. Le succès ou l'insuccès de cette volonté d'ancrer les constitutions dans les traditions et l'histoire reste discutable à bien des égards¹. Le constat s'impose toutefois. Au-delà de cet héritage tantôt assumé, tantôt décrié, « (...) on est d'accord pour constater qu'il existe, communs à tous les droits africains, certains traits communs qui opposent ces droits aux droits européens »². En effet, l'ingénierie constitutionnelle a permis la recherche d'un nouveau constitutionnalisme en Afrique visant à intégrer davantage la culture, la tradition et l'histoire de chaque peuple afin de définir son système juridique et son modèle démocratique³. Ce processus a été amorcé depuis quelques années et il se constate à travers l'interdiction de « la transhumance politique des parlementaires » dans les constitutions africaines⁴. La transhumance politique « renvoie à l'attitude de l'homme politique qui migre d'un parti politique auquel il appartient au moment de son élection vers un autre parti, pour des intérêts personnels »⁵.

Cette recherche d'un nouveau constitutionnalisme se poursuit encore toujours sous une approche sociologique et politique des réalités africaines. De nouvelles institutions constitutionnelles sont créées en plus des institutions classiques issues de la tradition constitutionnelle occidentale⁶. L'objectif étant d'associer davantage le citoyen à l'exercice du pouvoir ; ceux-là mêmes qui se considèrent oubliés une fois les élections passées et se sentent de moins en moins

¹ R. V. Manangou, « La Constitution congolaise du 6 novembre : entre influence française et affirmation identitaire », *Annales de Droit, PU de Rouen et du Havre*, n°13, 2019, pp. 121-159

² R. David, « Le fonds coutumier », in R. David, C. Jauffret-Spinozi et M. Goré, *Les grands systèmes de droits contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p 483

³ A. Bourgi, *op. cit.*, p.10

⁴ Bénin, Burkina-Faso, Burundi, Rwanda, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée par exemple.

⁵ B. Boumakani, « La prohibition de la transhumance politique des parlementaires », *RFDC*, 2008/3, n°75, p. 499

⁶ J-L. Quermonne, *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Essai, 1994 ; Ph. Lauvaux & A. Ledivellec, *Les grandes démocraties occidentales contemporaines*, Paris, PUF, 4^eéd., 2015

représentés ou mal représentés par leurs élus¹. Ainsi, l'exercice s'organise différemment dans la prise des décisions. La verticalité de la décision politique s'accompagne de l'horizontalité de la prise de décision en associant des citoyens. Cette logique, semble-t-elle, permet de mieux considérer le citoyen et de le ramener dans le champ politique. Aux « experts » institutionnels sont associés, ceux des citoyens qui étaient exclus de la gestion du pouvoir ou consulter qu'en période électorale : les sages et les notabilités traditionnelles considérés comme les gardiens des traditions et de rites ancestraux, les femmes, les jeunes, les personnes vivant avec handicap et les représentants de la société civile. Toutes ces catégories se retrouvent, chacune, réunies au sein d'un conseil consultatif national. Ainsi, le constituant congolais a mis en place : un conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles, un conseil consultatif des femmes, un conseil consultatif de la jeunesse, un conseil consultatif des personnes vivant avec handicap et un conseil consultatif des représentants de la société civile. Il se développe ainsi l'idée d'une gouvernance partagée. Cette dernière consiste à la volonté affichée du pouvoir politique d'associer davantage les citoyens au processus de décision politique et au contrôle de l'action publique. Il est question d'un dépassement de la gouvernance démocratique classique qui se contente du contrôle que peut exercer essentiellement le parlement sur l'exécutif.

Dans un contexte de contestation et de défiance permanentes à l'égard des institutions constitutionnelles classiques matérialisé par l'émergence de nombreux mouvements citoyens, les pouvoirs politiques sont à la quête d'une nouvelle forme de légitimité². L'élection ne suffit plus à elle seule pour imposer une légitimité démocratique³. Le citoyen n'est plus seulement cet électeur passif

¹ B. Gueye, « *La démocratie en Afrique : succès et résistances* », Revue pouvoirs, 2009/2, n° 129, pp. 5-26

² P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique- impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Points Essais, n°641, 2010

³ B. Bouquet, « *La complexité de la légitimité* », Vie sociale, 2014/4, n°8, pp.13-23

sollicité périodiquement. Il est dorénavant au centre du système politique. La démocratie électorale se mue en un système démocratique consensuel. Tel est le sens de l'installation de ces conseils consultatifs. La nature du régime se confond avec la gouvernance du pays.

Le choix du constituant congolais de permettre une large participation de l'ensemble des couches de la population vise à redorer non seulement le principe d'un régime démocratique mais également à se rectifier une idée répandue d'un exercice patrimonial de la gestion des affaires publiques¹, moins représentatif et coupé du peuple². Le fonctionnement du nouveau système se construit autour d'institution posant le consensus comme système de gouvernance politique³. Le principe de ce nouveau système consensuel est de permettre un « (...) accord libre qui engage les groupes d'individus et qui transforme ou fait évoluer un différend ou des points de vue différents vers une entente, une coopération où chacun trouve son compte débouchant sur des options politiques acceptées par tous et dans l'intérêt de tous »⁴.

Les différents conseils consultatifs nationaux⁵ sont les vecteurs de ce système de gouvernance par consensus. Ils renforcent également le contrôle des gouvernants par des citoyens non élus dans la direction des affaires publiques et dans le processus décisionnel de manière à rendre effective la démocratie du

¹ A. Glaser, « De la démocratie à la démocratie familiale en Afrique », Pouvoirs, n°169, avril 2019, pp. 107-116

² P. Moudoudou, « Deux décennies de renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone. L'exemple du Congo-Brazzaville (1990-2010). Bilan et perspectives », RJP, 2011, n°2, p. 212

³ A. Collinet Makasso, *Le régime consensualiste dans la constitution du 25 octobre 2015, commentée article par article*, Brazzaville, L'Harmattan, 2016

⁴ A. Ngonga Lokengo, *Consensus et gestion démocratique du pouvoir en Afrique*, Louvain-La Neuve, Academia/L'Harmattan, 2015, p. 9

⁵ Titre XIX de la Constitution.

consensus qui n'est plus l'apanage des élus de la nation¹. Le citoyen est devenu le baromètre du régime politique.

Dans le même temps, ce système facilite un dialogue permanent entre les gouvernants et les gouvernés afin d'alerter les pouvoirs politiques sur les réalités et le quotidien du citoyen. L'ambition reste de permettre au pouvoir de se prémunir de toute « déconnexion » sociale et sociétale. La mission dévolue au conseil national du dialogue, conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles, conseil consultatif de la femme, conseil consultatif des personnes vivant avec handicap, conseil consultatif de la jeunesse et le conseil consultatif de la société civile et des organisations non gouvernementales consiste à être le creuset d'un processus accepté et inclusif. Le citoyen est doté de volonté et devient prescripteurs pouvant être source du droit et des attentes².

Ces nouvelles institutions peuvent être consultées par le président de la République sur des questions spécifiques d'intérêt national. Elles peuvent émettre des avis à destination des gouvernants. Les membres de ces conseils se voient assigner une fonction de conseils de l'exécutif. Chaque groupe social de la population dispose d'une institution : les vieux, les jeunes, les femmes, les personnes vivant avec handicap, les associations de la société civile et organisations non gouvernementales, les partis politiques. Tous ces citoyens normalement sont censés être représentés par le parlement. La démocratie s'élargit et associe davantage des classes jusque-là laissé pour compte. En effet, ces conseils consultatifs nationaux renforcent l'illusion d'une association et d'une prise en compte des citoyens en ce sens qu'ils favorisent une sorte de dialogue,

¹ R. Ben Achour, « *Démocratie et bonne gouvernance* » in Mélanges en l'honneur de S. Milacic, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.735

² On retient le sens et la place donné au peuple dans la Déclaration des droits de Virginie en 1779 que « toute autorité appartient au peuple, et par conséquent émane de lui ». Cf., D. Baranger, *Le Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ? 2017

de communication étroit « [...] *entre la conscience gouvernementale et le reste de la société, plus cette conscience s'étend et comprend des choses, plus la société a un caractère démocratique* »¹.

La question reste donc de savoir si la mise en place de ce nouveau système institutionnel conduit-elle à faire du citoyen un organe consultatif permanent en dehors des périodes électorales par des représentants choisis par le pouvoir exécutif ? Les conseils consultatifs nationaux apportent-ils un progrès démocratique ?

Ce nouveau système institutionnel se distingue ainsi des représentants traditionnels que sont les parlementaires. Il s'agit de citoyens qui ne sont pas élus au suffrage universel et qui n'ont pas reçu mandat du peuple ; il s'agit d'institution citoyenne permettant d'assurer une large représentativité du peuple et de construire un modèle démocratique plus directe et plus proche, a priori des aspirations du peuple.

D'évidence, il faut admettre un progrès démocratique par l'extension du champ de la représentation citoyenne (I). Le pouvoir politique se résout ainsi à associer davantage le peuple dans son exercice quotidien du pouvoir à travers des institutions multipolaires. Il faut croire qu'une telle réorganisation institutionnelle permet de bâtir un régime politique en quête permanent de consensus politique par l'entremise des citoyens (II).

¹ E. Durkheim, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit* (1898-1900), Paris, PUF, 1950, p. 102.

I. Du renforcement de la participation du citoyen à l'exercice du pouvoir

La démocratie se réinvente ; avec elle se réinventent les modalités de la prise en compte de la place du citoyen dans la conduite des affaires publiques. Cette prise en compte se fait à travers de nouvelles institutions plus proches et semble-t-il plus représentatif du peuple. Le citoyen n'est plus spectateur du système politique, il devient l'acteur par l'institutionnalisation des organes citoyens à travers la constitution (A).

Le citoyen s'inscrit ainsi dans le champ constitutionnel dans la perspective de la construction d'un système consensuel, privilégiant le dialogue et faisant de lui un coproducteur non seulement des politiques publiques mais des normes (B). Les représentants classiques ne seraient plus aptes à défendre les intérêts de leurs mandants et à organiser le dialogue politique.

A. L'institutionnalisation des organes citoyens

Une telle institutionnalisation modifie la place du citoyen dans l'organisation de l'État et de son rôle en tant qu'acteur du droit constitutionnel congolais. Il intègre un processus de décisions et même normatif à travers ces différents conseils consultatifs nationaux consacrés par la constitution même. Il ne s'agit plus de simple consultation informelle en marge de tout processus constitutionnel.

Les conseils consultatifs nationaux sont, pour la plupart, chargés d'émettre des avis sur les questions qui les concernent. Aux termes de l'article premier des lois organiques portant sur les conseils consultatifs nationaux à l'exception du

Conseil consultatif du dialogue¹, ils sont compétents pour émettre des avis au président de la République et des suggestions au gouvernement sur les questions qui les concernent. À la différence des autres conseils consultatifs nationaux, le conseil consultatif du dialogue se veut une instance « *de concertation, d'apaisement et de recherche du consensus entre les forces vives de la nation (...).* »². Par sa composition, il est moins l'extension de la représentation parlementaire mais il consacre la volonté d'institutionnaliser la recherche d'un consensus dans la gouvernance politique du pays. À cet effet, il regroupe pour l'essentiel le personnel politique. Ces membres sont pour la plupart recrutés au sein du personnel politique en exercice en l'occurrence les parlementaires, des membres du gouvernement et des autorités administratives³.

¹ L'organisation et les fonctions de tous les conseils consultatifs nationaux sont définies par des lois organiques. La loi organique n° 30-2017 du 7 août 2017 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil national du dialogue ; loi organique n° 31-2017 du 7 août 2017 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles ; loi organique n°14-2018 du 15 mars 2018 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du conseil consultatif de la femme ; loi organique n°15-2018 du 15 mars 2018 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif de la jeunesse ; loi organique n°26-2018 du 7 août 2018 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif des personnes vivant avec handicap

² Article 1^{er} de la loi organique relative à l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil national du dialogue.

³ Ces conseils sont composés de membres de droit et des membres désignés par le président de la République, en conseil des ministres. Conformément à l'article 4 de la loi organique sont membres de droit : le président du sénat, les membres du bureau et les présidents des commissions permanentes du Sénat, le président de l'Assemblée nationale, les membres du bureau de l'assemblée nationale et les présidents des commissions permanentes de l'Assemblée nationale, le Premier ministre, chef du gouvernement, les membres du gouvernement, le chef de l'opposition, les anciens présidents de la République, les anciens présidents de la Cour suprême ; le président du conseil économique, social et environnemental ; le médiateur de la république ; le président du conseil supérieur de la liberté de communication ; le président de la commission nationale électorale indépendante ; le président de la commission nationale des droits de l'homme ; le représentant du conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles ; le représentant du Conseil consultatif de la société civile et des organisations gouvernementales ; la représentante du Conseil consultatif des femmes ; le représentant consultatif de la jeunesse ; le représentant du Conseil des personnes vivant avec handicap ; les présidents des groupes parlementaires ; les préfets, inspecteurs et directeurs de l'administration du territoire ; les préfets de départements ; les présidents des Conseils départementaux et municipaux ; les recteurs des universités publiques. Sont membres désignés par le Président de la République, en Conseil des

Les représentants des autres conseils consultatifs nationaux y siègent également. C'est plus une instance politique destinée à faciliter le dialogue et à contenir toute velléité d'exacerbation de la vie politique placée sous l'autorité du président de la République. Il faut donc bénéficier d'une audience politique pour en faire partie. Ce conseil se veut l'instance de fabrication du consensus politique de par son rôle. Il est érigé en garant de la démocratie du consensus dans un où pays le débat politique a bien souvent débouché à la lutte armée¹. La persévérance de la démocratie par le dialogue devient ainsi l'affaire de tous. Le citoyen est sollicité et participe à ce dialogue qui a longtemps été confisqué par les seuls acteurs politiques de premiers rangs.

Les autres conseils consultatifs nationaux participent davantage à l'extension de la représentation citoyenne. En effet, y font partie les citoyens exclus de l'élection parce que considérées trop jeunes ou trop vieux ou encore parce que victimes d'un système encore phalocrate. Parce qu'exclus de l'élection, les membres de ces différents conseils consultatifs sont désignés par les autorités politiques. Ils sont des représentants non-élus par les citoyens mais qui sont consultés sur les questions qui concernent une partie de la population : les sages et les notabilités, les jeunes, les femmes, les personnes vivant avec handicap et les membres de la société civile. Il faut toutefois rappeler que la non-élection de ses membres ne serait entamée a priori le caractère démocratique de ces conseils. Il convient de retenir que la procédure de leur désignation est transparente et encadré dans un dispositif légal qui empêcherait toute volonté

ministres : les représentants des partis politiques (...); les représentants des congolais de l'étranger ; les personnalités reconnues pour leur esprit de modération et leur attachement aux valeurs de paix, de concorde nationale et de justice sociale ; les représentants de la Présidence de la République, les représentants de la Primature ; les représentants du cabinet du ministre chargé de l'administration du territoire ; les représentants des confessions religieuses, les représentations des organisations professionnelles.

¹ P. Yengo, *La guerre civile du Congo-Brazzaville- « chacun aura sa part »*, Paris, Karthala, 2016

d'en faire des filiales de partis politiques. La démocratie s'accommode parfois de ce type d'institutions.

Les jeunes se posent comme une catégorie de la population ayant pour critère de définition l'âge. Cet âge s'établit entre seize ans au moins et trente-cinq au plus¹. Ainsi, les jeunes, qui pour certains, ne jouissent pas encore du droit de vote et pour d'autres qui sont assez éloignés des considérations politiciennes, trouveront dans ce conseil un espace politique représentatif pour discuter des questions qui les concernent. À seize ans, âge minimum pour y siéger, la conscience politique n'est peut-être pas encore acquise et donc exclu du bénéfice du droit de votes. Et pour cela, le jeune n'est pas souvent aux faits des enjeux politiques et moins concerné par les représentants élus puisqu'il ne les a pas choisis. Cette observation peut s'appliquer également au conseil national des sages et des notabilités. Il rend possible la consultation d'une partie de la population parfois exclue des discussions politiques à cause de leur éloignement des grands centres urbains ou à cause d'un supposé désintérêt de ces derniers en raison de leurs âges avancés. Ce conseil participe, en réalité, à la réhabilitation des chefs coutumiers, des rois et des notables qui sont exclus du système démocratique. En démocratie, la représentation s'organise par le biais d'un procédé électoral susceptible de favoriser l'élection de certaines catégories de personne². Or, ces catégories ne sont pas toujours sollicitées par les acteurs politiques pour prendre part à l'élection.

Les femmes et les personnes vivant en situation de handicap participent de ces catégories. Souvent exclues de l'élection en raison du genre, les femmes ne sont sollicitées que pour servir d'alibi dans un système qui se présente comme inclusives. La représentation des femmes au parlement congolais est très

¹ Article 4 de la loi organique relative à la composition, l'organisation et le fonctionnement du conseil consultatif de la jeunesse

² P. Brunet, « La représentation », in *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 629

marginale. C'est d'ailleurs une constante dans les parlements africains. La place occupée par les femmes ne dépend que des cercles politiques qui se proposent de les porter à la tête de certaines institutions. Les personnes vivant en situation de handicap sont également sociologiquement exclues de la représentation nationale et des instances dirigeantes des partis politiques. Les politiques en faveur du handicap, de l'accès même des personnes handicapées à l'éducation et même aux bâtiments publics sont inexistantes.

Ces catégories de citoyens exclues du débat politique ont été destinataires des politiques inadaptées à leur endroit. Ces conseils les réintègrent dans le champ de la décision politique. Ils deviennent producteurs d'une certaine bonne gouvernance.

Désormais, elles seront consultées par le président de la République et pourront proposer des suggestions au gouvernement pour une gouvernance partagée par tous. La politique retrouve toute sa légitimité d'action en concourant avant tout dans la définition du bien communs et de l'intérêt général.

Les conseils consultatifs nationaux sont donc la conséquence de l'évolution d'une société qui est devenue difficilement représentable au sein d'un seul parlement dont le principe de désignation de ses membres n'a pas changé. Il est question de ne pas exclure du champ de la représentation les couches non représentées ou mal représenté au sein des parlements¹. En effet, il n'est plus questions seulement d'idéaliser le citoyen et de contenir sa sphère de représentation à travers le seul parlement élu. Par conséquent, la représentation de ces catégories se « déplace vers d'autres lieux »². Par la même occasion, le parlement se trouve en concurrence avec ces « lieux » qui deviennent les espaces les plus inclusifs et les plus représentatifs de la population.

¹ J. Gicquel, S. Milacic, *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006

² B. Manin, *op. cit.*, p. 277

B. L'institutionnalisation des organes de consensus démocratique

Les conseils consultatifs nationaux peuvent être vus comme des « petits » parlements. La formule de Patrice Gueniffey, la « *représentation d'un peuple qui n'existe pas encore, contre le peuple qui existe* »¹ résume parfaitement la philosophie desdits conseils nationaux. En effet, la démocratie représentative admet avant tout le critère essentiel de légitimité la volonté majoritaire du peuple exprimée à travers une élection. Le représentant se charge de porter la parole de ceux qui les ont choisis et de la société. Il organise et anime la discussion pour le compte de ses mandants et concourt à la réalisation de l'intérêt général. S'il est vrai que dans ces conseils nationaux y siègent des citoyens choisis et non des élus, il n'en demeure pas moins que lesdits citoyens sont des représentants de certaines catégories de la population.

Les conseillers consultatifs nationaux sont des porte-parole de certaines catégories de la population, de groupe d'individus reconnus comme tel. Et pourtant, toutes ces catégories sont censées être représentées au parlement. D'ailleurs, la loi, votée par le parlement, reste encore l'expression de la volonté générale. Et cette dernière tire justement sa légitimité de l'élection du peuple. Il est vrai que le parlement dans sa configuration ne prétend pas à monopoliser les espaces de discussions politiques ou de représentation du peuple. Toutefois, le parlement reste le centre de discussions par excellence de toutes les questions relatives à la vie du pays et d'une représentation démocratique.

Avec ces conseils nationaux, tout porte à croire que les jeunes, les femmes, les personnes vivant avec handicap participent dorénavant au processus de production des normes et au à la recherche du consensus. Ces citoyens agissent en amont dans la préparation des lois et des décisions. Ainsi, le constituant s'est

¹ Cités par L. Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 339

résolu à leur offrir un espace de discussions favorable à forger un consensus dans l'espace politique ou préparer les décisions idoines à la vie de la nation. Le président de la République peut les consulter dans le cadre d'une « *gouvernance intergénérationnelle* », émettre « *des avis sur la gouvernance démocratique, culturelle, sociale...* ». Il est alors question de permettre à des citoyens de réinvestir pleinement le champ politique. Ils deviennent des acteurs du processus de gouvernance par la participation à la définition des politiques publiques et ils exercent pleinement un contrôle, certes à un degré différent, de l'action publique. Ces conseils nationaux sont de nouveaux espaces de discussions démocratiques et de conception de la décision politique. Le dialogue se formalise et la recherche du consensus s'inscrit dans des espaces dépolitisés à l'abri des logiques souvent partisans du parlement. Le consensus démocratique se construit dans un cadre moins conflictuel.

Cette institutionnalisation du consensus s'installe à deux niveaux ; en tant qu'espace de discussion et en tant que cadre de la représentation du citoyen. Le parlement n'est plus le seul lieu de discussion idoine des questions importantes de la République. Et pourtant, le parlement, dans ces deux chambres, devrait discuter de toutes les questions qui engagent le pays et la nation. Or, le champ de cette discussion se déplace et le parlement ne peut plus connaître de toutes les questions qui engageraient la nation.

Ces conseils consultatifs nationaux organisent la démocratie par une participation intégrale du citoyen à la gouvernance politique du pays. Ce dernier n'est plus seulement sollicité durant la période électorale mais devient un acteur permanent du système politique. Le champ démocratique s'élargit par ces nouvelles institutions avec le but assigné de rechercher une solution consensuelle à toutes les crises politiques par le dialogue par la recherche

permanente du consensus là où le débat politique a souvent été vecteur d'exacerbations des passions tribales et ethniques¹.

La recherche du consensus se réalise assurément à travers toutes ces institutions constitutionnelles qui concourent, à bien des égards, à l'expression de la volonté du peuple et au soutien de l'action publique². La démocratie s'organise ailleurs et ne résulte plus seulement des urnes et de l'action des parlementaires³. Ainsi, la démocratie de consensus se réalise à travers ces nouvelles institutions qui se créent tous azimuts⁴.

Les conseils consultatifs nationaux, en tant qu'organe citoyen, installe l'idée suivant laquelle les conseillers nationaux seraient plus représentatifs et plus compétents que les élus. À cet effet, le conseil national du dialogue, le conseil national des sages et des notabilités, les conseils des jeunes, des femmes ou des personnes vivant en situation de handicap semblent offrir plus d'expertises en raison de la proximité d'intérêt avec les catégories représentées. Les « tambouilles » politiques tendent à l'emporter sur les débats parlementaires⁵. L'avis des conseillers nationaux serait donc la meilleure expression des populations qu'elle représente. Le conseil national du dialogue serait ainsi plus légitime que les élus de la nation pour trancher les « questions d'intérêt vital pour la vie de la nation ». Le conseil consultatif des organisations non

¹ S. Bolle, « *Vices et vertus du contentieux des élections en Afrique* », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 532-552

² J.-L. Atangana Amougou, « *Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique* », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, PUAM, 2008-3, pp. 1725-1745 ;

³ C. Keutche-Tchapnga « *Droit constitutionnel et conflits politiques en Afrique noire francophone* », *RFDC*, n°63, 2005/3, pp. 451-491

⁴ Y. K. Logo, « *Les mésententes politiques et droit constitutionnel en Afrique noire francophone* », in http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LES_MESENTENTES_POLITIQUES_ET_LE_DROIT_CONSTITUTIONNEL_octobre_2018_-.pdf, consulté le 21 septembre 2020

⁵ Th. Hochmann, « *Cinquante nuances de démocraties* », *Pouvoirs*, n°169, avril 2019- *Les démocraties*- p. 19

gouvernementales devient le dépositaire revendications portée par les populations et par la société civile et les ONG.

Il est vrai que ces conseils consultatifs nationaux n'enlèvent aucune prérogative constitutionnelle au parlement. Il n'en reste pas moins qu'ils s'installent dans l'univers constitutionnel comme des institutions plus citoyennes et plus représentatives des catégories absentes au parlement. Ces conseils consultatifs exerceront de fait un contrôle de l'action parlementaire. La loi, leur reconnaît la possibilité d'émettre des avis sur « la gouvernance démocratique »¹ et la politique menée par le gouvernement. Ils peuvent prendre des positions contraires à celle des parlementaires. Si du point de vue de la hiérarchie des institutions constitutionnelles, le parlement l'emporte sur ces conseils consultatifs nationaux, il en va autrement politiquement. Il est acquis que la légitimité politique l'emporte souvent sur la logique juridique dans le contexte national. Le tout juridisme s'efface face à des questions d'intérêt national. Les dialogues débouchant sur des solutions réputées inclusives et consensuelles sont privilégiés aux débats parlementaires. Ce genre de dialogue, déjà légion dans la résolution des conflits interne aux États du continent², trouve ainsi un cadre juridique et institutionnel. Le conseil consultatif du dialogue national et le conseil des sages et des notabilités traditionnelles participent de cette logique de contournement du parlement pour certaines questions. Cette même logique conduit également à la dépréciation du parlement en tant qu'organe représentatif ; les parlementaires ne sont plus les seuls acteurs institutionnels à même de construire le consensus politique. De cet aspect, les conseils consultatifs nationaux ne représentent pas,

¹ Suivant les termes de l'article 1^{er} de la loi organique portant sur le conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles

²A. Ayissi, « *Société civile et résolution des conflits en Afrique de l'Ouest* », AFRI, 2002, III, pp. 1-19 ; J. Du Bois De Gaudusson, « *l'argument constitutionnel dans les médiations* », in *Médiation et facilitation dans l'espace francophone : théorie et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 333-348 ; Z. Manirakiza, « *Modes traditionnels de règlement des conflits : l'institution des Bashingantahe* », in *Au cœur de l'Afrique*, numéros 1-2, 2002, pp. 39-59

paradoxalement, un progrès dans cette volonté d'association au peuple à l'exercice du pouvoir. La démocratie se réinvente et s'adapte à l'identité du pays¹.

II. De l'extension du champ constitutionnel de la légitimité démocratique

Ce nouveau système institutionnel considéré comme plus inclusif intervient dans un contexte de général de désenchantement à l'égard du politique et de la manière dont évolue la démocratie² dans lequel l'exclusion du citoyen dans la gestion des affaires publiques n'est plus tolérée. Une telle exclusion affecte la gouvernance. Le contexte culturel permet une gouvernance de consensus qui s'opposant à la tradition observée qui organise la délibération autour du plus âgé incarnant ainsi la sagesse et l'autorité de la communauté³.

Les conseils consultatifs nationaux se conçoivent comme un correctif de la démocratie électorale. Ainsi, au sein de ce même système institutionnel de collaboration de pouvoirs, de « cousinage entre les pouvoirs »⁴ dans lequel le législatif n'est devenu que l'anti-chambre du pouvoir exécutif, les conseils consultatifs nationaux en plus de permettre l'association citoyenne à la gestion publique, ils sont un outil de (con) quête d'une nouvelle légitimité démocratique. La recherche du consensus devient un outil pour fédérer les citoyens et les acteurs politiques au-delà des seules périodes électorales.

En effet, la démocratie reste un régime qui accorde le pouvoir au peuple. Mais lorsque ce dernier a le sentiment d'être dépossédé de ce pouvoir et de ne plus l'exercer, la démocratie se réinvente par l'ouverture au citoyen (A). Toutefois,

¹ A. Cece kolie, « *Démocratie et identités nationales* » Sentiers – Mensuel d'informations et d'analyses, n° 1, juillet 2000

² Lire T. Todorov, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, LGF, Coll. Biblio essai, 2014

³ J. Villandre, *Les chefferies traditionnelles en Afrique occidentale Française*, Thèse de Doctorat, Université de Paris, 1950 ; Cl-H Perrot et F-X Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois- Les autorités traditionnelles et l'Etat en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003.

⁴ J-F. Bayart, *L'Etat en Afrique- La politique du ventre*, Paris, Fayard, 2006

cette quête d'une meilleure représentation est une constante des constitutions des États d'Afrique francophone au sud du Sahara sans jamais y parvenir¹. Cette quête est devenue l'alibi en faveur de toutes les réformes constitutionnelles se fondant sur les valeurs africaines qui se révèlent en réalité n'être qu'une supercherie démocratique (B).

A. Du renouvellement de la participation politique citoyenne à la politique

La gestion des affaires publiques par les politiques a fini par engendrer de grandes désillusions. Les populations ne croient plus à la capacité des politiques à prendre en charge le destin du pays et d'améliorer leurs conditions matérielles d'existence. Les politiques sont appelées à rendre compte de leur gestion et de se renouveler afin de toujours susciter l'adhésion. Ainsi, la nouvelle Constitution met en place de nouvelles institutions pour emporter l'adhésion du plus grand nombre par la combinaison de la culture locale et du système politique existant pour définir les règles de participation du citoyen à l'exercice du pouvoir. Le système politique change sous l'influence de nouvelles revendications citoyennes. Les citoyens aspirent davantage à intervenir en continu dans la fabrication des politiques locales, nationales voire internationales. Ils revendiquent la mise en place d'institution permettant des actions politiques continues² ; « *Le lien représentatif a disjoncté : les représentés ne se voient plus dans leurs corps, ne s'entendent plus dans leurs voix, ne se reconnaissent plus dans leurs décisions et les représentants ne regardent plus, n'écoutent plus, ne connaissent plus celles et ceux qu'ils sont censés représenter* »³.

¹ A. Cabanis et M. L. Martin, *Les Constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, Karthala, 1999 ; G. Conac et Chr. Desouches, *Les Constitutions africaines*, Bruylant-La Documentation française, 1998

² D. Rousseau, « *Rénover la démocratie* » in *La démocratie : entre défis et menaces*, J.-V. Holeindre (dir.), éd. Sciences Humaines, Paris, 2020, pp. 188

³ D. Rousseau, *op.cit.*, p. 187

L'idée de réinvention d'un système pour parler des systèmes politiques en Afrique n'est pas nouvelle. Les systèmes usent de toutes les formules en faveur du renforcement de la démocratie et de la stabilité du système politique. Tel est le cas de la prohibition de la « transhumance politique » des parlementaires¹. Ce fut déjà une réponse constitutionnelle à l'errance des élus en fonction de leurs intérêts personnels. Il faut admettre que cette réponse n'a pas permis un réenchâtement de l'adhésion populaire pour le système démocratique en place.

Les conseils consultatifs nationaux ne reposent pas sur l'élection. Ils visent un but plus consensuel et moins marqué par les schémas de représentations habituelles². Au sentiment de désenchâtement à l'égard du politique s'opère une propension à la surreprésentation du peuple en multipliant les institutions représentatives. Le citoyen participe davantage au choix des options politiques. Il est de plus en plus sollicité par les gouvernants. Cette réinvention passe par une sorte d'identification au peuple. Le politique, pour susciter l'adhésion du plus grand nombre, il ne se contente plus d'être élu. Il tente de s'identifier davantage au peuple ou du moins à ceux qu'il considère comme être au plus près de ses gouvernés.

Aussi, parce que le parlement s'est souvent contenté dans une position de faire valoir de l'exécutif que le véritable contre-pouvoir est devenu le peuple. Le peuple s'est donné d'autres moyens d'exercer son contrôle par des actions populaires que par le biais de ses représentants élus. Le citoyen assure le contrôle de l'action de l'exécutif à concurrence du parlement.

Il se développe davantage de mouvements citoyens de contrôle de l'action politique par le biais des nouvelles technologies. La contestation démocratique

¹ B. Boumakani, « *La prohibition de la transhumance politique des parlementaires* », op. cit., p. 500

² P. Ronsavallon, *Le bon gouvernement*, op.cit., p. 389

est portée par la jeunesse à travers des arts, les chansons et à travers les réseaux sociaux qui offrent de nouveaux lieux d'expressions de contestations politiques. En réalité, c'est un processus universel et irrésistible. C'est une tendance générale en faveur d'une meilleure prise en compte des besoins des citoyens. Elle traverse tout le continent africain et la république du Congo n'échappe pas. Il est évident que le citoyen prend de plus en plus conscience de la portée de son poids politique et de son rôle dans la gestion de la vie de la nation¹.

Ces organes instaurent une permanence du dialogue politique et une recherche continue du consensus dans un système où la démocratie est bien souvent déclarative. L'action politique des mouvements citoyens s'institutionnalise par la désignation des représentants. Une telle institutionnalisation élargit le cadre de participation politique tout apportant un renouvellement des actions politiques issu des mouvements citoyens.

À l'exception du conseil national du dialogue, tous les autres conseils consultatifs nationaux sont des espaces d'identification à une couche de la population. Ainsi, ces espaces permettent d'insérer des discussions et des revendications catégorielles dans un champ normé, démocratique car résultant de la Constitution. À l'instar de tous les autres conseils consultatifs, le conseil national du dialogue participe à ce renouvellement du système démocratique. Ils permettent une démocratie consensuelle qui se distingue de la logique concurrentielle et du rapport de force politique.

¹ A. Amata, « *Plaidoyer pour une démocratie responsable* », *Éthique publique* [En ligne], vol. 13, n° 2 | 2011, mis en ligne le 23 octobre 2012, consulté le 14 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/731> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ethiquepublique.731>

Ces conseils nationaux consultatifs sont donc des correctifs à des institutions déclinantes et en perte de considérations populaires. Mais, ces institutions restent l'emblème démocratique d'un régime bien éculé qui s'impose encore. Il est évident que la légitimité démocratique n'est plus seulement électorale. Elle devient aussi morale. Les conseillers consultatifs nationaux ne sont pas élus. Ils ne sont pas pour autant moins représentatifs et moins démocratiques. Ils permettent de rendre davantage démocratique un système politique moins perméable à la libre expression des choix et des options politiques dans lequel le résultat de chaque élection est sujet à contestation et toujours présumés insincères.

Ainsi, les conseils consultatifs nationaux permettent l'amélioration du caractère représentatif du système politique en vigueur. Et cela concourt à la construction d'une démocratie de confiance et d'identification nécessaire à une adhésion permanente. C'est un réel progrès démocratique dans l'absolue. Tout système visant à une meilleure prise en compte du plus grand nombre à travers des institutions même non élues est un progrès démocratique. Le citoyen reste l'organe premier de l'État face à des institutions de plus en plus opaque, illisibles et moins représentatives.

Les conseils consultatifs nationaux participent de cette correction d'un système politique voué davantage à la conservation du pouvoir qui conduit dans bien de cas, à recourir à la violence, à la force et à la guerre pour résoudre les contentieux politiques¹.

La représentation se veut davantage inclusive et intégrale. On concilie démocratie élective et représentation non élective. Ces nouvelles institutions devront permettre à une classe politique de se prémunir de sa propension légendaire à recourir à la force pour régler ses désaccords politiques. Le citoyen

¹ Lire G. Gandou d'Isseret, *Le Congo. Enjeux d'une gouvernance démocratique*, L'Harmattan, Brazzaville, 2015

est associé et semble influencer efficacement sur les décisions politiques et dans la gestion des deniers publics. Ainsi, le pouvoir politique se trouve un nouvel outil de légitimation de ses options politiques. Ces conseils consultatifs nationaux sont des espaces qui produiront du sens à l'action politique. La décision et les options politiques viendront du bas c'est-à-dire au plus près des besoins et des choix du peuple. Dans un pays où le parlement ne reflète plus l'expression populaire et où les partis politiques ne sont plus vecteurs de sens. Ils restent tout de même des structures nominales réduites à des fonctions personnelles et financières¹. Les conseils consultatifs nationaux s'entendent comme une rétrocession du pouvoir au citoyen.

B. Du contrôle de la participation citoyenne à l'exercice du pouvoir

Le renforcement en faveur de la participation citoyenne est souvent l'alibi pour de nouvelles réformes qui vise en réalité des objectifs inavoués². Ces nouvelles institutions citoyennes sont l'une des innovations mises en œuvre par la nouvelle constitution.

D'ailleurs, une meilleure prise en compte des jeunes, des femmes et des personnes vivantes en situation de handicap a été l'argument imparable en faveur du changement de la Constitution. Il est vrai qu'une telle ambition reste noble. Aussi, si l'ensemble de la classe politique était unanime en faveur d'un changement de la Constitution de 2006, elle était divisée entre les pour et les contre la limitation ou non de la durée du mandat de président de la République. Ainsi, la réforme de la Constitution redéfinit également les conditions de représentations et de l'élection du président de la République.

¹ B. Boumakani, *op.cit.*, p. 502

² S. Bolle, « *Des constitutions made in Afrique* » in Actes du 6^{ème} congrès français de droit constitutionnelle, Montpellier, Juin 2015, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf> consulté le 20 septembre 2020.

La question de la place des jeunes et des femmes s'imposait également avec une grande acuité. Il y avait donc une forte convergence des revendications en faveur de plus de jeunes, plus de femmes, in fine de plus de peuple. Cette prise en compte devrait se faire à travers les instances existantes c'est-à-dire dans les lieux traditionnels de représentations démocratiques. Or, la mise en place de nouvelles instances de représentation de certaines catégories du peuple conduit à l'illusion de leur prise en compte. En effet, les conseillers nationaux n'étant ni élu, ni désigné par le peuple, n'agissent pas pour leur représentation mais plutôt pour l'exécutif que peut les consulter en fonction de l'agenda politique. Il est acquis que « *tout pouvoir quel qu'il soit est désormais tenu de s'appuyer sur le consentement des destinataires ; et chacun doit avoir prise sur les décisions qui le concernent directement* »¹.

En réalité, les conseils consultatifs nationaux ne disposent d'aucun pouvoir au terme de la Constitution. Il s'agit en réalité d'institutions de régulations politiques. Ils offrent l'illusion de la prise en compte par le pouvoir exécutif de question catégorielle à un moment donné dans le but de rassurer la catégorie concernée. Ses membres étant cooptés et les secrétaires desdites institutions étant également choisis, l'exécutif disposant d'institutions de nature de nommer des partisans pour les contenter de siéger au sein d'institutions constitutionnelles à défaut d'être élu au parlement ou d'être appelé au gouvernement.

L'influence de ces conseils reste encore limitée. Leurs activités et leurs poids politiques n'ont pas encore atteint un niveau de fonctionnement suffisant pour en tirer toutes les conséquences politiques sur le rôle que l'on voudrait assigner aux citoyens. L'exemple du Rwanda² qui a mis en place des structures identiques

¹ J. Chevalier, *L'Etat*, Dalloz, Paris, 2^e édition, 2011, p. 45

² La constitution rwandaise de 2003 révisée en 2015 a mis en place un Conseil nationale du dialogue dans son article 168, un Conseil national des femmes dans son article 187 et un Conseil national de la jeunesse en son article 188

laisse espérer un bénéfice démocratique, social et économique pour le citoyen qui devient prescripteur : « tout ce que tu fais pour moi sans moi, n'est pas fait pour moi »¹.

Aux termes de la Constitution, ces conseils ne relèvent ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir parlementaire et encore moins du troisième des pouvoirs reconnus jusque-là. Ce sont des institutions qui répondent à des logiques différentes avec l'alibi du citoyen dont l'organisation et la légitimité restent problématiques². Les conseils consultatifs nationaux restent des organes citoyens et délibératifs eu égard à leur mode de fonctionnement et d'organisation. L'alibi de la représentation s'établit ; ils peuvent être saisis et donner des options politiques aux gouvernants ; ils délibèrent en conséquence même s'il appartient aux pouvoirs exécutifs de prendre en compte ou pas l'option proposée.

Il faut considérer que la mise en place de ces conseils consultatifs nationaux ne change que marginalement la nature du régime politique et la place du citoyen. D'ailleurs, ils n'emportent en rien une meilleure représentation du citoyen. Il s'agit d'instance à la disposition du pouvoir exécutif n'ayant aucune capacité d'influence dans le choix et l'orientation de l'exécutif.

Le citoyen au-delà de cette reconnaissance constitutionnelle de sa participation à l'exercice du pouvoir est devenu l'emblème de cette réinvention de la démocratie. Le système démocratique n'exclut plus le citoyen pour un régime considéré bien souvent comme oligarchique³.

Ce nouveau système institutionnel a été pensé et conçu comme un remède aux apories d'une démocratie électorale qui se limitait seulement au respect des règles formelles du scrutin. C'est ainsi qu'il s'opère un passage de la contestation

¹ Suivant la citation populaire que l'on prête à la fois à Ghandi ou à Nelson Mandela

² J. Chevalier, *L'Etat post-moderne*, LDGJ, Lextenso éditions, Paris, 4^e édition, 2014

³ J-F. Médard, « *Autoritarismes et démocraties en Afrique noire* », in *Politique africaine*, n°43, 1991, pp.92-104 ; P. Jacquemot, *De l'élection à la démocratie en Afrique – 1920-2020*, éd. Fondation J. Jaurès, Paris, 2020

politique de la rue vers des espaces de discussion plus normés et organisés par la constitution donc plus consensuelle. En effet, la volonté d'organiser un régime consensuel est assurément la conséquence des deux guerres civiles successives qu'a connues le pays au début des années quatre-vingt-dix sur fond de contestation politique¹ et d'exacerbation de la fibre tribale et ethnique².

Le constituant s'est attelé en réalité de réguler deux tendances. La première vise à contrôler les mouvements qui peuvent être une source de déstabilisation des régimes politiques en place. Les mouvements citoyens doivent être encadrés et contrôlés par l'illusion d'une participation à la gestion de la chose publique³. Dans cette perspective, le citoyen devient une caution et s'inscrit dans la seconde tendance qu'instaurent ces conseils nationaux. Il s'agit en second lieu d'offrir au régime politique d'autres sources de légitimation. Le pouvoir politique ne pourrait plus « (...) *faire la besogne elle-même mais la faire faire, de décider à qui on la confiera, et une fois qu'elle est faite, de lui accorder ou de lui refuser la sanction nationale* »⁴.

La prise en compte du peuple dans le cadre de réforme démocratique n'est bien souvent qu'un cheval de Troie⁵. En effet, cette prise en compte est présentée comme l'étendard d'une réforme plus ambitieuse pour valider d'autres options politiques. La recherche du consensus par le prisme du citoyen peut déboucher à une sorte de compromission. L'objectif louable peut s'avérer préjudiciable pour

¹ P. Quantin, « *Les deux Congos dans la guerre : enjeux locaux, mobilisations et représentations* » in *Politique africaine*, n°72, 1998, pp. 5-16 ; A. Kpodar et D. Kokoroko, « *Remarques sur quelques mutations du droit constitutionnel par les crises politiques en Afrique* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Theodore Holo*, PUT, p. 239 et s

² S. F. Semilinko, « *Le tribalisme et le business électoral, tares des congénitales des démocraties africaines* », *Le Monde Afrique*, 16 août 2020

³ Lire L. Rimondi, « *RDC : Filimbi, la nouvelle génération qui ébranle le pouvoir* », Bruxelles, GRIP, Eclairage, 17 avril 2015

⁴ J. S. Mill, *Le Gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1865, p. 115

⁵ G. Rossatanga-Rignault, « *Identités et démocraties en Afrique entre hypocrisie et faits têtus* », in *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, pp. 59-71

l'intérêt de tous. La négociation entre les citoyens et les acteurs de la politique conduit les premiers à rejoindre parfois l'agenda défini par d'autres¹. Le représentant élu reste le dernier recours pour valider les options politiques avec l'écueil de consacrer une démocratie sans le peuple, sans le citoyen².

Ces nouvelles institutions permettent l'adhésion des citoyens à la gestion du pouvoir politique. Et, la classe politique se trouve un nouveau levier pour durer sinon pour mieux circonscrire les mouvements de citoyen qui se multiplient sur le continent. Ainsi, l'ambition sans doute cachée de ce renouveau reste de mieux canaliser et de mieux circonscrire les actions citoyennes qui s'érigent en meilleure instance de contrôle de l'action gouvernementale.

La démocratie a changé de nature sous l'impulsion des exigences citoyennes en faveur d'un droit à la bonne gouvernance. C'est assurément la conséquence de l'évolution des rapports entre gouvernés et gouvernants qui redéfinissent la nature du régime politique plus que l'appréhension du contexte socioculturel africain³.

¹ G. Bergougous, « *Quelle place pour la participation citoyenne en démocratie représentative ?* », in Mélanges en l'honneur du professeur D. Rousseau, LGDJ, Paris, 2020,

² K. Dosso, « *Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérence et incohérence* », RFDC, 2012/2, pp.57-85

³ M. Kamto, « *Les rapports Etat- société civile en Afrique* », RJPIC, janvier-avril, 1994, p. 254

Quelques précisions récentes sur la situation des dirigeants sociaux

Jacques MESTRE - Président de l'AFDD

L'année 2021 s'annonce manifestement, pour le droit des sociétés, comme un grand millésime ! Ici même, nous avons ainsi déjà eu l'occasion de présenter tout un ensemble d'arrêts importants, les uns relatifs aux pouvoirs du juge des référés dans la vie des sociétés (*Horizons du Droit*, avril 2021, n°25) et les autres, au rôle et aux limites de l'intérêt social (*Horizons du Droit*, mai 2021, n°26). Aujourd'hui, avec trois autres décisions rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation en mars dernier, c'est la situation des dirigeants sociaux qui se trouve opportunément éclairée au regard de différentes questions dont certaines étaient encore inédites.

Quelques mots, en premier lieu, sur un arrêt (Com., 17 mars 2021, n°19-14.525) précisant le statut du dirigeant qui, nommé pour une durée déterminée, se maintient en fonctions au-delà du terme mais sans que son mandat fasse l'objet d'un renouvellement exprès. Rendue à propos du président d'une SAS, la solution donnée par la Cour de cassation paraît bien dotée d'une portée générale : à défaut d'un tel renouvellement, le dirigeant s'expose à une cessation de son mandat car il ne saurait utilement invoquer un renouvellement tacite et, dès lors, il devient un simple dirigeant de fait qui ne peut revendiquer les garanties dont bénéficie le seul dirigeant de droit (en l'occurrence, une garantie de source statutaire, consistant en une indemnisation au cas de révocation se produisant sans motif grave).

Cette solution, qui avait déjà été donnée par des juges du fond, dans le cadre tant d'une SARL pour un gérant (CA Versailles, 12 septembre 2002 ; *RJDA* 2004, n°1001) que d'une SA pour un membre du directoire (CA Paris, 16 octobre 2018, *RJDA* 2019, n°203), est assurément importante en pratique car l'hypothèse d'un maintien en fonctions au-delà du terme prévu est loin d'être une hypothèse

d'école, et elle est par ailleurs, à notre avis, pleinement justifiée. Certes, d'aucuns la trouveront peut-être assez formaliste, en obligeant à une nouvelle délibération circonstanciée, mais d'un autre côté, par la place qu'il occupe au sein de la société, le dirigeant se retrouve dans une situation où l'admission du simplement tacite pourrait ouvrir la voie à certains abus dès lors que, par ailleurs, les garanties légales et statutaires accompagneraient le dirigeant dans sa discrète perpétuation de fonctions !

Deuxième arrêt, également très intéressant (Com., 31 mars 2021, n°19-12.045), mais s'inscrivant cette fois-ci dans une jurisprudence déjà acquise de la Cour de cassation : un arrêt précisant que le conseil d'administration d'une société anonyme n'a pas le pouvoir de ratifier la décision d'un président qui, sans avoir préalablement obtenu une décision du conseil, s'est alloué une augmentation de sa rémunération (cf. déjà en ce sens, Com., 15 décembre 1987, n°86-13.479 ; 30 novembre 2004, n°01-123.216). Là aussi, le formalisme sociétaire est de mise, et c'est très bien ! Certes, on pourrait ici encore concevoir une version édulcorée des exigences légales en considérant que le conseil d'administration ayant bien compétence pour déterminer la rémunération du président et celle du directeur général (C.com., art.L.225-47 et L.225-53), il serait au pouvoir, pour mettre en œuvre cette compétence, de se contenter de ratifier après coup le surcroît de rémunération que le dirigeant s'est irrégulièrement octroyé en amont... Mais, une nouvelle fois, la place singulière qu'occupe le dirigeant dans la société pourrait rendre cette formule allégée source de pressions ou, à tout le moins, d'influences mal venues ou encore de retards préjudiciables à la personne morale, comme cela avait d'ailleurs été le cas en l'espèce où le président s'était octroyé une augmentation substantielle de rémunération pour l'exercice débutant le 1^{er} avril 2009 et où le conseil n'avait ratifié cette hausse que le 1^{er} avril 2010..., un an avant que ce président ne soit finalement révoqué ! Avec, au final, une mise en jeu de la responsabilité du commissaire aux comptes, ayant manqué à son obligation légale de vérification de la sincérité de la rémunération du dirigeant social...

Il reste que cette jurisprudence semble bien pour l'heure cantonnée aux sociétés anonymes puisque dans le cadre des SARL, la Cour de cassation a récemment admis que l'assemblée générale des associés puisse ratifier l'augmentation de rémunération que le gérant se serait octroyé (Com., 9 janvier 2019, n°17-18.864 ; 18 décembre 2019, n°18-13.850). Pourtant, certains risques de dérive nous paraissent très similaires, mais sans doute le cadre de la SA est-il traditionnellement sujet à une impérativité plus forte dans la répartition des pouvoirs entre les différents organes, par souci de préserver un principe de démocratie pyramidale, et ce depuis le célèbre arrêt *Motte* de 1946 (Civ., sect.com., 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518, note Bastian).

Et puisque nous évoquons les SARL, poursuivons avec un dernier arrêt (Com., 31 mars 2021, n°19-12.057) qui leur est relatif. Un arrêt juridiquement très riche puisque, outre une intéressante précision de notre Haute juridiction sur le lieu de réunion des AG (« *Dans le silence des statuts, le lieu de réunion des assemblées générales d'une société à responsabilité limitée est fixé par l'auteur de la convocation, cette décision ne pouvant être remise en cause que si elle constitue un abus de droit* »), il renferme, s'agissant de la situation du gérant, deux précisions d'importance.

La première d'entre elles concerne encore un élément de la rémunération du gérant. La question de droit était la suivante : le gérant d'une SARL qui est par ailleurs associé peut-il, ou non, participer au vote de la délibération par laquelle l'assemblée générale lui octroie une prime exceptionnelle ? Un associé minoritaire soutenait la négative en observant que l'attribution d'une telle prime (ici, d'un montant de 180.000 euros) constituait une convention réglementée au sens de l'article L.223-19 du Code de commerce. Mais la Cour de cassation opte pour la solution inverse en précisant que cette attribution ne doit pas s'analyser

en une telle convention et qu'elle consiste en la fixation d'un élément de sa rémunération. Or on sait que, depuis longtemps, la Haute juridiction considère que la détermination de la rémunération du gérant de SARL ne procède pas d'une convention, de sorte que le gérant peut participer au vote de l'assemblée qui la fixe dans le silence des statuts, y compris dans l'hypothèse où il est majoritaire (Com., 4 mai 2010, n°09-13.205, *RJDA* 2010, n°859 ; 4 octobre 2011, n°10-23.398, *RJDA* 2011, n°1036).

Nouvelle expression, donc, de la souplesse de la SARL, notamment par comparaison avec la SA pour laquelle les articles L.225-46 et L.225-84 soumettent au régime des conventions réglementées l'attribution de rémunérations exceptionnelles aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Une souplesse dont ne s'est pas départie la Cour de cassation dans l'examen de la seconde question qui lui était soumise et qui résultait d'une rédaction de statuts précisant que « *les décisions relatives à la nomination ou à la révocation de la gérance doivent être prises par des associés représentant plus de la moitié des parts sociales* ». Quelle lecture en faire dès lors que la SARL ne comprenait aujourd'hui que deux associés : l'un majoritaire et non gérant, et l'autre minoritaire et gérant ? Le premier pouvait-il en assemblée générale révoquer le second de sa qualité de gérant alors que les statuts visaient une décision prise par *des associés* représentant plus de la moitié des parts ? Les juges du fond avaient opté pour l'affirmative, et la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre leur décision en ces termes : « *l'arrêt... retient, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, de ces stipulations statutaires, que l'ambiguïté de leurs termes rendait nécessaire, qu'il est communément admis que la décision de révocation d'un gérant minoritaire associé d'une société à responsabilité limitée, lorsqu'elle ne comporte que deux associés, peut résulter du seul vote de*

l'associé possédant plus de la moitié des parts sociales et que le terme « des associés » figurant à l'article 23-3 précité, devait être compris comme faisant référence de manière générique à « un ou plusieurs associés » ayant pris part au vote et non comme imposant, pour ce vote, la présence des deux associés ».

Bref, la raison, que le nouvel article 1186 du Code civil place d'ailleurs désormais au... cœur de l'interprétation judiciaire, a logiquement prévalu pour permettre à cet associé majoritaire unique d'imposer sa décision comme si l'une de ses nombreuses parts avait été finalement détenue par un co-associé ! La prédominance de ses parts l'a donc emporté sur le sens particulièrement littéral des termes statutaires...

**L'influence réciproque entre le droit
français et le droit anglais**

**L'exemple des contrats de partenariat
public-privé**

Claire GIORDANO

Docteur en Droit Public, ATER à Aix-Marseille Université

« *Quoi de plus éloigné (...) que les systèmes britanniques de common law et français de civil law ?* »ⁱ. Pourtant, les Etats ne sont jamais à l'abri d'un certain mimétisme, voire d'un « *phénomène de mode* »ⁱⁱ en matière juridique. Ceci est d'autant plus vrai dans le domaine contractuel où les évolutions sont constantes car liées au monde des entreprises. « *La pratique (...) se nourrit des expériences étrangères* »ⁱⁱⁱ, ce qui conduit inévitablement au développement de nouveaux mécanismes, inspirés de montages voisins reconnus comme efficaces, et loués en ce sens par les pouvoirs publics, les auteurs de doctrine, et les acteurs privés.

Les contrats de partenariat public-privé sont des exemples typiques de « *suivisme juridique* »^v, ou suite d'influence entre pays voisins, lié à un certain phénomène de mode. Tous les pays développés à travers le monde ont, en effet, cherché, à partir des années 1990, à se doter d'un mécanisme de type PPP. La France et l'Angleterre n'ont pas été épargnées par ce phénomène, preuve en est du développement, à cette même époque, de deux nouveaux contrats publics^{vi} entrant dans la catégorie des PPP : les contrats de PFI en Angleterre et les contrats de partenariat en France.

Toutefois, plus que le résultat d'un simple phénomène de mode mondial, ces contrats sont paradoxalement les produits d'un mimétisme mutuel entre le droit français et le droit anglais. Alors que les contrats de partenariat sont indirectement issus de la volonté du Gouvernement français de transplanter l'expérience anglaise des contrats de PFI **(I)**, les contrats de PFI sont, quant à eux, indirectement issus de la volonté du Gouvernement anglais de transplanter l'expérience française des concessions et des marchés d'entreprise de travaux publics **(II)**. Cette appropriation de mécanismes PPP voisins serait même un des fondements principaux de la volonté politique de créer ces nouveaux contrats en France et en Angleterre.

Bien que ces montages contractuels aient été par la suite transformés (les contrats de PFI en contrats de PF2, les contrats de partenariat en marchés de partenariat), voire finalement supprimés du système juridique dans le cas anglais^{vii}, leur création reste un exemple phare de la possible influence réciproque entre le droit anglais et le droit français, et plus généralement entre un droit de Common Law et un droit de tradition civiliste.

I. La transplantation de l'expérience anglaise des contrats de partenariat public-privé en France

« *L'influence des exemples étrangers n'est pas chose nouvelle en droit français* »^{viii}, et plus encore dans le domaine des contrats publics. Certains auteurs voient toutefois dans la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004^{ix}, ayant donné naissance aux contrats de partenariat, « *la première manifestation de l'influence directe du droit anglais sur le droit français des contrats publics* »^x. La France, à l'image d'autres pays avant elle, a, en effet, choisi de « *regarder dans la direction du PFI* »^{xi}, politique anglaise lancée en 1992 par le Gouvernement de John MAJOR^{xii}, à l'occasion de la création de son nouveau contrat de PPP. Cette inspiration est d'ailleurs clairement reconnue par le Gouvernement. Elle paraît également incontestable au vu des similitudes juridiques flagrantes entre ces deux contrats **(A)**. Précisons toutefois qu'il ne faut pas aller jusqu'à penser que le Gouvernement a simplement transposé à l'identique le mécanisme du contrat de PFI dans le droit français. S'il s'en est largement inspiré, cette transposition a plutôt pris la forme d'une adaptation de l'expérience anglaise, conservant certaines subtilités franco-française **(B)**.

A. Le contrat de PFI comme inspiration incontestée et incontestable lors de la création des contrats de partenariat

Le contrat de partenariat s'est largement inspiré de l'exemple britannique des contrats de PFI. Combien de fois n'avons-nous pas entendu cette affirmation dans les colloques, les articles de doctrine, les ouvrages consacrés aux contrats publics^{xiii} ou encore des publications du Conseil d'Etat^{xiv} ? Si cette proposition est si bien acceptée et reprise en doctrine, la raison en est simple : non seulement l'inspiration a été reconnue, et confirmée à plusieurs reprises, par les acteurs et promoteurs de cette réforme, mais plus encore, la filiation apparaît comme incontestable en ce sens que les deux mécanismes possèdent des similitudes flagrantes.

1 – Une inspiration assumée par le Gouvernement

Dès l'exposé des motifs de la future ordonnance en cours de rédaction, le Gouvernement français fait, en effet, indirectement référence à l'expérience britannique des partenariats public-privé. Il explique que « *des expériences menées à l'étranger illustrent la gamme [des contrats] envisageable. Après avoir largement adopté notre modèle des concessions, nos voisins se sont en effet engagés dans des formes contractuelles nouvelles qu'il est convenu de désigner sous l'appellation de « partenariat public-privé. Ces contrats ont pour objet de faire appel à l'initiative et aux financements privés pour faire naître des équipements nouveaux, ou assurer la mise à disposition de services, destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leur mission* »^{xv}.

Si un doute pouvait persister quant au mécanisme évoqué, la lecture de la retranscription des débats parlementaires, ainsi que du rapport présenté devant le Sénat par Bernard SAUVEY, n'en laisse subsister aucun. La référence à l'expérience britannique y est récurrente, le rapport allant jusqu'à louer la formule contractuelle PFI : « *A l'étranger, le partenariat public-privé, loin d'être interdit, se développe depuis plusieurs années. Le private finance initiative (PFI), créé par le gouvernement britannique, en constitue l'exemple le plus remarquable. (...) Le private finance initiative est un instrument très efficace pour la conception, la réalisation et l'exploitation des constructions immobilières publiques anglo-saxonnes* »^{xvi}.

Le Gouvernement n'a ainsi jamais voulu cacher sa volonté de s'inspirer du modèle britannique de la PFI pour façonner le contrat de partenariat^{xvii}. Bien au contraire, il s'efforce de la réaffirmer dès que l'occasion se présente d'évoquer ces contrats. Ainsi, par exemple, lors de la réforme du contrat de partenariat en 2008, on retrouve des références directes à l'expérience anglaise. Dans son rapport à l'Assemblée Nationale, Claude GOASGUEN avance que « *l'institution des contrats de partenariat a permis de rapprocher le droit français de celui des autres pays. Il convient de citer, tout particulièrement, le « private finance initiative » (PFI) britannique créé en 1992, qui a servi de modèle pour la plupart des autres pays* »^{xviii}. De même, cette idée sera reprise sur le site du ministère de l'Economie et des Finances, comme dans le guide de la MAPPP publié en 2011^{xix}.

Le fait, pour un Gouvernement, de s'inspirer des contrats de PFI pour façonner son contrat de PPP n'apparaît toutefois pas surprenant au vu du rôle modèle qu'a pu jouer le contrat de PFI aux niveaux européen et mondial^{xx}. Comme le résumant

si bien Philippe COSSALTER et Bertrand DU MARAIS dans leur étude sur la *Private Finance Initiative*, « aujourd'hui, le terme à la mode est partenariat public-privé (*Public-Private Partnership*), l'exemple à suivre la PFI »^{xxi}. Tous les pays développés à travers le monde ont, en effet, cherché, à partir de la fin des années 1990 et du début des années 2000, à se doter d'un mécanisme de type PPP. Ce mouvement a d'abord gagné les pays anglo-saxons (Australie, Etats-Unis), pour ensuite se propager dans le reste du monde^{xxii}. Un modèle s'est alors imposé comme le leader en la matière^{xxiii}, et « la matrice des PPP (...) dans l'ensemble des pays de l'OCDE ces dix dernières années »^{xxiv} : le modèle anglais de la PFI. D'ailleurs, il se trouvera placé comme une catégorie à part entière de PPP contractuel, à côté du modèle concessif traditionnel, dans le *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marches publics et des concessions* présenté par la Commission Européenne en 2004. La France ne pouvait donc échapper à ce mouvement, à l'image de la Belgique, du Portugal, de l'Espagne ou encore de l'Italie^{xxv}.

2 – Des similitudes juridiques flagrantes entre les deux montages contractuels

Les similitudes entre le contrat de partenariat et le contrat de PFI sont d'ailleurs trop importantes pour que l'idée d'une inspiration puisse être contestée. Pour comprendre cette affirmation, il nous faut nécessairement revenir sur la définition et les caractéristiques essentielles de ces deux contrats.

Si l'on se penche, dans un premier temps, sur les contrats de partenariat, ceux-ci étaient définis, à l'article premier de l'ordonnance de 2004 dans sa rédaction originelle, comme « des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un

établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. (...) Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages (...) La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ».

De cet article, nous pouvons tirer les caractéristiques essentielles de ce contrat. Tout d'abord, il permet de confier au cocontractant de l'entité publique trois missions obligatoires : le financement, la construction ou la transformation d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion^{xxvi}. Ce contrat peut également prévoir de confier au cocontractant la réalisation de prestations de service « *concourant à l'exercice (...) de la mission de service public* », et/ou la conception de l'ouvrage ou équipement public. La contrepartie de ce transfert de missions est un paiement par l'entité publique, sous une forme échelonnée, à compter de l'achèvement de l'ouvrage et de sa mise en service. Une spécificité est à relever : la rémunération peut varier en fonction du respect d'un certain niveau de performance, qui sera défini dans le contrat. Enfin, par essence, ce contrat s'inscrit sur une durée longue, déterminée contractuellement en fonction de l'objet du contrat, des missions confiées au prestataire et des modalités de financement du contrat^{xxvii}.

Si l'on se penche, dans un second temps, sur les contrats de PFI, il est important de souligner que ceux-ci ne possédaient aucune définition légale permettant d'identifier précisément leur forme et leur étendue, d'où l'affirmation fréquente qu'il existerait « *autant de contrats de PFI que de projets* »^{xxviii}. Deux éléments permettent toutefois d'expliquer cette absence de définition formelle. En premier lieu, la *Private Finance Initiative* n'est pas, de prime abord, un montage contractuel mais une démarche gouvernementale visant à développer une nouvelle politique d'acquisition publique, encourageant le financement du secteur privé. Les contrats de PFI ne sont donc qu'une traduction juridique d'une politique de gouvernement qui a été lancée en 1992 par le Gouvernement de John MAJOR, lors du discours d'automne du Chancelier de l'Echiquier devant la Chambre des Communes^{xxix}. Ensuite, le système de la *Common Law* implique une quasi-absence de textes de lois réglementant le droit des contrats. Non seulement il n'existe pas de catégories juridiques de contrats, mais une place fondamentale est accordée à la liberté contractuelle, ou « *Freedom of Contract* ».

Il n'empêche que l'on peut trouver une certaine définition de ces contrats dans des Guides publiés par le Trésor Britannique. Ainsi, le contrat de PFI serait « un « *contrat de long terme qui rend le partenaire privé responsable, et supportant le risque, de la conception, la construction, le financement, l'entretien et la maintenance, et dans certains cas de l'exploitation d'équipements publics (exemple : une école, un hôpital ou une route) en fonction d'exigences établies par le secteur public. Le partenaire public versera un prix unitaire au partenaire privé, afin d'utiliser l'équipement que ce dernier entretient, une fois qu'il est rendu opérationnel et durant toute la durée du contrat (généralement vingt à trente ans)* »^{xxx}. Il faut souligner que cette définition ne recouvre toutefois qu'une partie des opérations susceptibles d'être qualifiées de contrats de PFI : celles dont la rémunération du prestataire est versée par l'Administration. Elle correspond, dans la typologie financière de ces contrats, développée par ce même Trésor britannique^{xxxi}, à ce que l'on qualifierait de « *services sold to the public sector* ».

Or, bien que plus rares, les contrats de PFI peuvent englober d'autres opérations dans lesquelles le partenaire est rémunéré, non pas par l'Administration, mais par les usagers du service. Ils sont alors qualifiés de « *financially free-standing* ».

A la lumière de ces définitions, nous pouvons aisément remarquer que ces contrats possèdent les mêmes caractéristiques essentielles. Tout d'abord, ils ont le même objet : ils impliquent tous deux, par essence, un transfert d'une mission globale, *a minima* la construction/réhabilitation d'un équipement public et son entretien-maintenance, à un prestataire privé extérieur, sur une durée longue fixée contractuellement. La rémunération du prestataire se fait sous la forme d'un paiement public, échelonnée dans le temps (du moins pour la forme la plus courante de contrat de PFI). On retrouve également des éléments bien spécifiques tels que l'obligation d'un préfinancement privé, et par ricochet le commencement de la rémunération du prestataire privé à compter de l'achèvement de l'ouvrage et de sa mise en service, ou encore la variation de la rémunération en fonction du respect d'un certain niveau de performance.

Si l'on veut finir de se convaincre que les contrats de partenariat sont inspirés des contrats de PFI, il suffit d'évoquer deux éléments additionnels originaux : l'exigence d'un partage optimal des risques entre les parties, et l'instauration d'une phase obligatoire d'évaluation préalable à la conclusion du contrat.

Concernant la répartition optimale des risques, celle-ci a toujours été présentée, en Angleterre, comme « *le second pilier des projets de PFI* »^{xxxii}. La philosophie est que chacun des risques doit être alloué à la partie la plus à même de les gérer^{xxxiii}, ce qui implique qu'il n'existe pas de matrice des risques standardisée pour les contrats de PFI, mais une matrice pour chaque opération. Or, cette philosophie a été adoptée, de manière inédite, par le Gouvernement français lors

de la création des contrats de partenariat. Ceci représente une réelle innovation dans le droit français des contrats publics^{xxxiv}, puisqu'il est admis que, dans les marchés publics, les autorités contractantes gardent nécessairement la majorité des risques relatifs au projet, de sa conception à son exécution^{xxxv}, et que, dans les concessions, à l'inverse, le prestataire privé « *assume en principe tous les risques, c'est-à-dire les risques techniques et économiques, (...), et d'autre part les risques commerciaux (évolution du trafic ou de la demande...), (...), et les risques de financement (taux d'intérêt, taux de change)* »^{xxxvi}. La répartition optimale des risques, tirée de la philosophie anglaise, est alors devenue un élément phare distinctif des contrats de partenariat.

Concernant l'instrument de comparaison, le Trésor britannique a mis en place, dès les débuts de la politique de PFI^{xxxvii}, un instrument appelé « *Public Sector Comparator* » (PSC)^{xxxviii}, afin que l'entité publique puisse justifier son choix de recourir aux contrats de PFI. Celui-ci se présentait comme un « *indicateur du coût global de la réalisation de travaux et de la gestion d'un service par l'administration* »^{xxxix}, permettant à l'entité publique d'établir la preuve que le lancement d'une opération PFI entraîne une optimisation des ressources publiques. La France n'a pas hésité à développer un mécanisme similaire, et à le rendre obligatoire pour les contrats de partenariat. Ainsi, avant toute passation d'un tel contrat, l'article 2 de l'ordonnance de 2004 prévoyait la mise en place d'une évaluation préalable permettant notamment de justifier que le recours aux contrats de partenariat est préférable aux autres contrats publics, au regard de critères économiques, financiers, juridiques et administratifs. La présence d'une telle évaluation préalable à la conclusion d'un contrat public est totalement inédite en France : on ne la retrouve ni pour les marchés publics classiques ni pour les concessions. Ainsi, même si ces deux mécanismes présentent quelques différences (ajout d'une dimension juridique inconnue du PSC en France tenant à l'étude des conditions d'éligibilité aux contrats de partenariat, logique d'analyse inverse

quant à la conclusion de l'efficacité supérieure du contrat de PPP^{xi}), leur seule mise en place obligatoire en amont du lancement de la procédure prouve une analogie profonde entre ces contrats de PPP français et anglais.

Si le Gouvernement français s'est largement inspiré des contrats de PFI pour créer le contrat de partenariat, encore faut-il indiquer que cette transposition a pris la forme d'une adaptation et non d'une simple imitation de l'expérience anglaise.

B. Une inspiration et non une imitation du modèle anglais

On remarque que certains auteurs de doctrine « *considèrent le contrat de partenariat comme une copie de la PFI* »^{xii}. Cette affirmation se doit toutefois d'être immédiatement écartée puisqu'il existe des différences certaines entre les contrats de partenariat et les contrats de PFI. Pour prouver cette affirmation, il suffit de relever trois exemples phares.

Tout d'abord, l'ordonnance du 17 juin 2004 a prévu des cas d'ouverture stricts pour conclure un contrat de partenariat^{xiii}. Dès leur création, il a, en effet, été entendu que les contrats de partenariat ne pouvaient « *être utilisés que dans des cas de figure limitativement entendus* »^{xiii}. Dans sa version initiale, l'ordonnance prévoyait deux conditions alternatives pour qu'une entité publique puisse envisager un tel contrat : qu'elle « *montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le*

projet présente un caractère d'urgence ». Il faut indiquer que l'article 2 entend être exhaustif, en ce sens que les entités publiques ne peuvent « *invoker d'autres motifs d'intérêt général et (...) se fonder sur les seuls avantages du PPP* »^{xliv} pour y recourir. La loi de 2008 rajouta, par la suite, un troisième cas d'ouverture, lorsqu'il s'avère que « *compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage* ». C'est ce que la doctrine appellera communément la condition du bilan favorable^{xlv}, ou critère d'efficacité. On peut préciser que le Gouvernement a choisi, en 2015, de maintenir l'imposition de conditions de recours à l'utilisation des marchés de partenariat, tout en ne conservant que ce dernier critère, et en ajoutant une condition de seuils. Or, si l'on se penche sur les contrats de PFI, ou même sa version plus récente, les contrats de PF2, on remarque que l'on ne retrouve pas de telles barrières à l'entrée. Plus encore, le Gouvernement anglais a toujours incité les entités publiques à conclure les contrats de PFI en lieu et place des montages traditionnels, contrairement à l'expérience française qui ne fait du contrat de partenariat qu'un « *outil d'exception* »^{xlvi}.

Ensuite, le contrat de PFI permet aux entités publiques de confier à l'opérateur privé la gestion de l'activité dont l'équipement construit ou réhabilité est le support. Si l'on se penche à nouveau sur la définition proposée par le Trésor britannique, on remarque qu'une mission d'exploitation de l'ouvrage peut être confiée au prestataire extérieur. Or, il est admis que cette mission peut aller au-delà de la simple exploitation de l'ouvrage pour se placer sur le terrain de l'exploitation de l'activité publique dont l'ouvrage est le support. A l'inverse, le contrat de partenariat interdit formellement le transfert de l'exécution du service

public concerné. Il faudra attendre la réforme de 2015 pour que l'ordonnance du 23 juillet ^{xlviii} instituant les nouveaux marchés de partenariat permette désormais l'inclusion de la mission de service public dans l'objet du contrat.

Enfin, nous avons pu voir que les contrats de PFI peuvent englober à la fois des opérations impliquant un paiement public (« *services sold to the public sector* ») comme des opérations impliquant une rémunération par les usagers (« *financially free-standing* »). Une telle dualité ne retrouve pas dans les contrats de partenariat.

Ces constatations ont conduit certains auteurs à affirmer que le mécanisme contractuel français n'apparaît que comme une « *imitation très pâle du PPP britannique* »^{xlviii}, « *tout au plus peut-on dire que celle-ci (aurait) agi comme un puissant stimulus sur les pouvoirs publics pour développer ce type de montage* »^{xlix}. Sans aller jusqu'à cet extrême, il ne peut être remis en cause le fait que le développement des contrats de partenariat constitue une simple adaptation de la pratique des PFI au Royaume-Uni^l, et non une intégration à l'identique du mécanisme.

Cette idée d'adaptation du modèle de la PFI se retrouve d'ailleurs implicitement dans les termes qui ont été employés par la doctrine et par le Gouvernement lorsqu'ils évoquent le lien entre les contrats de partenariat et les contrats de PFI. Ceux-ci mentionnent, en effet, une « *inspiration* »^{li}, ce qui induit la filiation mais également la distance que les acteurs de cette réforme se sont autorisés par rapport au modèle proposé.

Il faut toutefois indiquer que seule une adaptation du mécanisme contractuel anglais était concevable en la matière. L'introduction de la PFI en France se heurte, en effet, à des obstacles juridiques importants^{lii} : les systèmes juridiques français et anglais sont tellement différents « *que l'on peut se demander si la PFI est transposable hors d'un système de common law* »^{liii}. Ainsi, comme l'explique Claude GOASGUEN, tout en s'inspirant des exemples étrangers, il fallait créer « *l'instrument convenant à notre tradition de l'investissement public, aux rouages de notre droit administratif très développé, certains diront rigide* »^{liv}. De manière plus triviale, il était nécessaire de « *franciser l'expérience anglo-saxonne des PPP* »^{lv}. C'est la raison pour laquelle le contrat de partenariat, tout en s'inspirant vivement du mécanisme anglais, possède des spécificités.

Quoi qu'il en soit, la création des contrats de partenariat en 2004 est indirectement liée à la volonté du Gouvernement français de transplanter l'expérience anglaise des contrats de PFI, tout en ayant à l'esprit que « *tirer des enseignements des systèmes étrangers ne signifie pas qu'il faille nécessairement les transposer* »^{lvi} à l'identique dans le système juridique concerné. De manière réciproque, le contrat de PFI est, quant à lui, indirectement issu de la volonté du Gouvernement anglais de transplanter et d'adapter l'expérience française des concessions et des METP.

II. La transplantation de l'expérience française des contrats de partenariat public-privé en Angleterre

« *Des auteurs soulignent que ce serait (...) en s'inspirant de l'exemple français que les britanniques ont lancé la PFI* »^{lvii}. Les contrats de PFI semblent, en effet,

représenter une manifestation de l'influence du droit français sur le droit anglais. Par analogie à la France, le Gouvernement anglais a choisi de reprendre « *les formules de partenariat existant* » chez leur homologue français, tout en « *les aménag(eant) de façon très libérale* »^{lviii} afin qu'ils s'adaptent aux spécificités de leur droit national. Ils s'inspirent, par là même, à la fois du modèle traditionnel français de la concession **(A)**, et du contrat tant controversé de marché d'entreprise de travaux publics **(B)**.

A. Les concessions comme modèles de développement des contrats de PFI

Alors que le contrat de partenariat est présenté, de manière quasi-systématique, comme s'étant inspiré des contrats de PFI, les auteurs de doctrine omettent souvent de préciser que « *la Private Finance Initiative et les Public-Private Partnerships britanniques sont indirectement inspirés de l'expérience française de la gestion déléguée* »^{lix}. Les britanniques semblent, en effet, avoir été « *les premiers à remettre à plat* » la formule de la concession « *à la française* »^{lx}, qui « *a été longtemps une source d'inspiration au niveau international* »^{lxi}. Contrairement à une idée reçue, le développement de la PFI ne représenterait donc pas la naissance *ex nihilo* d'une formule de contrat de PPP, mais plutôt une redécouverte d'un mécanisme ancien, issu du droit français des contrats publics, que les anglais auraient adapté à leur système juridique^{lxii}.

Il n'y a d'ailleurs rien de surprenant à ce que le Gouvernement britannique se soit inspiré de l'expérience française afin de développer son contrat de partenariat public-privé. En plus de représenter le précurseur en matière de PPP^{lxiii}, le modèle français concessif a possédé, tout au long du XX^e siècle, une « *place exemplaire et historique* »^{lxiv} en Europe. Il a ainsi influencé de nombreux pays dans la mise en place d'un contrat de construction/réhabilitation d'équipements publics et de

gestion d'activités publiques, impliquant un partenariat entre les entités publiques et les opérateurs privés^{lxv}. On peut d'ailleurs noter que, si le modèle « *est aujourd'hui en crise* »^{lxvi}, il a eu suffisamment d'importance pour représenter l'un des pans de la dichotomie européenne des contrats de la commande publique.

Ainsi, prenant conscience que « *la tradition française de la concession de service public fournit un cadre a priori propice au développement des PPP* »^{lxvii}, le Gouvernement anglais s'en est inspiré pour poser les fondements de son contrat de PFI. Celui-ci possède alors de nombreuses similitudes avec les contrats de concession. Pour ne prendre que quelques exemples, ils ont un objet semblable : la construction/réhabilitation d'équipements publics et la gestion d'activités publiques. Ils s'inscrivent tout deux sur une longue durée. Ils impliquent le maintien d'un contrôle de l'entité publique sur l'exécution du contrat.

Toutefois, il semble qu'une caractéristique essentielle distingue les contrats de PFI et les contrats de concession : le mode de rémunération du prestataire privé. En effet, dans la vision commune, une concession implique nécessairement une rémunération fondée sur les usagers alors que le contrat de PFI serait l'exemple type de contrat de PPP à paiement public. C'est cette différence qui a d'ailleurs conduit les auteurs de doctrine à évoquer le contrat de PFI comme un contrat nouveau ou pionnier en matière de PPP^{lxviii}. A cette affirmation, on peut toutefois opposer une remarque et une atténuation nette.

Tout d'abord, il est nécessaire de faire remarquer que le contrat de PFI n'est pas systématiquement un contrat à paiement public. On a pu voir précédemment qu'il est possible de prévoir soit une rémunération par les usagers (les contrats seront alors désignés sous l'appellation de *financially freestanding*), soit par un

paiement de l'entité publique (ils seront alors des *services sold to the public sector*)^{lxxix}.

Ensuite, le modèle du PPP à paiement public n'est pas une création des contrats de PFI et donc du gouvernement anglais, puisque, contrairement à une idée reçue, tout contrat de concession n'implique pas nécessairement une rémunération par les usagers. De la fin du XIX^e siècle aux années 1960, les concessions à paiement public ont été loin d'être exceptionnelles en France. Elles ont été notamment utilisées pour la construction et l'exploitation des équipements nécessaires à l'éclairage public ou à la distribution d'énergie, pour des contrats de chemins de fer ou d'assainissement. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat *Ville de Colombes* du 11 décembre 1963^{lxxx}, que l'origine de la rémunération devient l'élément central de caractérisation du critère financier de la concession, et plus généralement de la « *définition traditionnelle de la concession* »^{lxxxi}. Sera désormais ancré dans les mentalités le fait que « *le versement de redevances par les usagers en contrepartie des prestations qui leur sont fournies* » est un « *élément caractéristique essentiel de la concession de service public* »^{lxxxii}. Il faudra attendre la naissance des contrats de délégation de service public, et la loi Sapin de 1993, pour que la définition du critère financier se déplace à nouveau et ne fasse plus référence aux usagers.

L'ensemble de ces éléments nous permet donc d'avancer, sans restriction, que le contrat de PFI s'est inspiré du mécanisme de concession à la française, tel qu'il a pu être développé originellement dès la fin du XIX^e siècle. On peut également en déduire que ce contrat n'est qu'une « *pseudo-découverte* »^{lxxxiii}, ou plutôt une redécouverte d'un modèle qui avait commencé à disparaître progressivement. Notons que ce contrat participe d'ailleurs d'un certain mouvement de regain en faveur de la technique de la concession, à partir des années 1980^{lxxxiv}. Pour l'anecdote, trois mois après la naissance des contrats de PFI, la France

promulguait la loi Sapin redonnant un souffle aux contrats de concession par le biais de la formule des délégations de service public^{lxxv}.

En définitive, la naissance des contrats de PFI en Angleterre est la représentation d'une certaine volonté du Gouvernement anglais de mettre en place des contrats à l'image des concessions « à la française ». Il est alors intéressant de noter que le Gouvernement semble également s'être inspiré d'un autre mécanisme contractuel français : les marchés d'entreprise de travaux publics (METP).

B. Les marchés d'entreprise de travaux publics comme modèles de développement des contrats de PFI

La filiation entre les marchés d'entreprise de travaux publics français et les contrats de PFI est sans aucun doute beaucoup moins mentionnée en doctrine. Cela n'a toutefois pas empêché certains auteurs d'affirmer que le contrat de PFI est « *le versant anglais du METP* »^{lxxvi}, et donc que le Gouvernement anglais se serait inspiré de ce contrat développé, en France, par l'ingénierie contractuelle, pour façonner leur contrat de partenariat public-privé.

Pour comprendre cette affirmation, il nous faut nécessairement revenir brièvement sur l'expérience des marchés d'entreprise de travaux publics en France, plus communément appelés METP dans la doctrine. Ces contrats, développés à partir des années 1970, sont classiquement considérés comme les prémices du mouvement français consistant à développer des formes de PPP à paiement public. Certains auteurs de doctrine vont même jusqu'à dire que le

contrat de partenariat n'est qu'une « *résurgence, sous un autre nom, du fameux METP* »^{lxxvii}. Une différence fondamentale entre ces deux montages vient toutefois de leur mode d'émergence. Les METP sont, en effet, des formules « *nées de l'ingénierie contractuelle* »^{lxxviii}, et non d'une quelconque intervention du législateur, afin de permettre un financement privé d'équipements publics, et afin de « *sortir du carcan des formules contractuelles traditionnelles* »^{lxxix}. Consacrés et validés par la jurisprudence^{lxxx} dans les arrêts du Conseil d'Etat du 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*^{lxxxii}, et du 26 novembre 1971, *SIMA*^{lxxxii}, ils avaient tout d'abord pris la forme d'un contrat « *confiant l'exécution de travaux publics et l'exploitation d'un service public dont les ouvrages sont le support, en contrepartie d'un prix versé par l'administration* »^{lxxxiii}. Ce contrat regroupait toutes les caractéristiques d'une concession à l'exception du type de rémunération^{lxxxiv}. Cette forme, appelée dans la doctrine « vrai METP », avait, par la suite, été complétée par une seconde formule, appelée « faux METP »^{lxxxv}, n'impliquant pas l'exécution d'un service public mais consistant simplement « *à faire préfinancer, construire et entretenir un équipement public* »^{lxxxvi}. On peut d'ailleurs préciser que cette deuxième formule avait rapidement supplanté la première^{lxxxvii}, en ce sens que l'évocation du METP dans la doctrine ne se rapportait, et ne se rapporte d'ailleurs toujours, quasi-exclusivement qu'à cette forme de contrat. Elle a toutefois été abandonnée bien avant la création des contrats de partenariat car jugée illégale par le Conseil d'Etat au regard de feu le Code des marchés publics. Dans deux jurisprudences célèbres^{lxxxviii}, le juge avait, en effet, qualifié les « faux METP » de marchés publics au regard du seul critère de rémunération. Or, l'interdiction du paiement différé, inscrite dans ce Code^{lxxxix}, rendait impossible ce type de montages contractuels^{xc}.

Si l'on se penche uniquement sur les caractéristiques essentielles de ces contrats, on remarque que les « vrais » et les « faux » METP ont trois éléments en commun. Tout d'abord, ils sont nécessairement des contrats globaux

prévoyant notamment la construction et l'exploitation (technique ou matérielle) d'un ouvrage public. Ensuite, ces contrats s'inscrivent sur une durée relativement longue, permettant au cocontractant de l'entité publique d'amortir les investissements réalisés. Enfin, ils prévoient une rémunération par un prix versé par l'entité publique, et étalée tout au long de la durée du contrat. Précisons que cette dernière caractéristique est sans aucun doute celle qui prédomine dans les METP^{xc}, et ce pour deux raisons. Elle est, en premier lieu, à l'origine de sa naissance jurisprudentielle, le Conseil d'Etat ayant déclassé « *des contrats qualifiés de concession, de gérance ou d'affermage en les requalifiant de METP au regard du seul critère du paiement par la collectivité* »^{xcii}. Elle est également le fondement de la polémique qui a entouré ce type de contrats, et de l'affirmation jurisprudentielle de l'illégalité du « faux METP ». Elle permet, en dernier lieu, de qualifier les METP de PPP à paiement public.

Il est aisé de remarquer que les contrats de PFI anglais et les METP français possèdent des similitudes importantes au regard de leurs caractéristiques. Ce sont tous deux des contrats de longue durée ayant pour objet la construction d'un équipement public et la gestion de l'activité dont il sera le support. Mais plus encore, ils impliquent tous deux une rémunération du prestataire privé par le biais d'une redevance échelonnée, versée par l'entité publique, tout au long de la durée du contrat.

En mettant de côté la caractéristique tenant à la rémunération, il est aisé de remarquer que ces similitudes recourent celles que l'on a pu voir dans l'analyse de la filiation avec les contrats de concession. Ceci n'a toutefois rien de surprenant lorsque l'on se rappelle le processus de création des METP en France^{xciii}. Les acteurs publics et privés ont, en effet, entendu prendre pour base

le contrat de concession afin de façonner l'ensemble de ses caractéristiques essentielles, à l'exception du type de rémunération^{xciv}.

Ainsi, la « *filiation est évidente* » entre les METP et les contrats de PFI, autant qu'elle a pu l'être entre ces derniers et les contrats de concession. Philippe COSSALTER et Bertrand DU MARAIS font d'ailleurs part d'une anecdote tirée d'un entretien avec Philippe MALLEA, directeur juridique de Bouygues Entreprise France Europe, qui irait dans ce sens. Selon lui, « *Margaret Thatcher (a) décidé de lancer le programme PFI sur les conseils de spécialistes de grands groupes français de la gestion des services public* »^{xcv}, qui, à cette époque, étaient très fervents de la formule du METP.

Précisons, enfin, que le fait que l'Angleterre se soit inspirée à la fois du modèle des concessions « à la française » et du modèle des METP explique sans doute que les contrats de PFI ont été développés sous la forme d'une dualité paiement public/paiement par les usagers. A l'inverse, la préexistence du modèle des concessions en France expliquerait pourquoi les contrats de partenariat n'ont pas repris cette dualité, bien que s'inspirant des contrats de PFI.

En définitive, on ne peut sous-estimer l'effet du mimétisme entre Etats dans le domaine juridique. La naissance des contrats de PFI et des contrats de partenariat en est un exemple tout à la fois flagrant et paradoxal. Flagrant car il est reconnu que la France et l'Angleterre se sont toutes deux tournées vers l'expérience voisine pour élaborer leur nouveau montage PPP. Paradoxal car non seulement leurs systèmes juridiques sont radicalement opposés, mais plus encore, cette naissance fait apparaître une influence réciproque entre les deux pays. Quoi qu'il en soit, une telle constatation prouve l'importance, souvent sous-estimée, « *d'aller au-delà des sources nationales* »^{xcvi} pour appréhender des sujets en apparence stato-centrés.

-
- ⁱ P. COSSALTER, B. DU MARAIS, « La Private Finance Initiative », Institut de la Gestion déléguée, 2001, p.8
- ⁱⁱ F. LICHERE, « Rapport Général », in F. LICHERE (dir.), *Partenariats publics-privé : rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.13
- ⁱⁱⁱ P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 249, 2007, p.4
- ^v N. DE SAINT-PULGENT, « Economie générale de l'ordonnance sur les partenariats publics/privés », *LPA*, n° 56, 18 Mars 2004, p.11
- ^{vi} Il est important de souligner qu'en droit anglais, il n'existe pas de « contrats publics » à proprement parler, sauf à évoquer informellement, dans la doctrine, comme dans notre étude, les contrats passés par les entités publiques.
- ^{vii} Par un communiqué, le Gouvernement anglais a annoncé officiellement, le 28 novembre 2018, qu'il n'utiliserait plus le modèle PFI/PF2 pour les nouveaux projets relatifs aux équipements et services publics.
- ^{viii} P. COSSALTER, *op. cit.*, p.4. V. aussi : F. MELLERAY, « L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p.1224
- ^{ix} Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004 p.10994, NOR: ECOX0400035R
- ^x F. LICHERE, « Du droit comparé et du droit tout court », *AJDA*, 2004, p.2017
- ^{xi} N. SYMCHOWICZ, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, Paris, Le Moniteur, 2009, p.69
- ^{xii} N. LAMONT, Chancellor of the Exchequer, *Autumn Statement*, 12 avril 1992, vol. 208, col.996
- ^{xiii} V. par ex. : F. FRAYSSE, « Propos Introductifs », Colloque « Le Contrat de Partenariat Public-Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.14 ; F. MARTY, A. VOISIN, « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : la montée des risques », *Revue française des finances publiques*, n° 94, mai 2006, p.107 ; S. BRACONNIER, « Le modèle français de la concession - conquête ou concurrence ? », *JCP A*, n° 16-18, 16 Avril 2007, p.2102 ; E. BESSON, « Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé, Rapport au Premier ministre », 27 mai 2008, p.28 ; A. BREVILLE, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », *AJDA*, 2004, p.1754 ; E. CLOATRE, « Partenariats public-privé. S'appuyer sur l'exemple britannique pour avancer », *Mon. TP*, 5 avril 2013 ; P. DELVOLLE, « Les contrats globaux », *RFDA*, 2004, p.1079 ; D. BLONDEL, J.-M. PEYRICAL, « Contrats de PPP et montages en boucle - de " nouveaux " outils pour la pratique », *JCP N*, n° 13, 1er Avril 2005, p.1205 ; A. MEYERE, F. PREDALI, « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », *IAURIF*, juillet 2007, p.3 ; R. PEYLET, « Le partenariat public-privé et les professionnels de la construction. Les enseignements du cas anglais », Colloque « Le Contrat de Partenariat Public-Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.183 ; D. CASAS, « Quels sorts pour les recours contre l'ordonnance instituant les contrats de partenariat », *Concl. sur CE*, 29 octobre 2004, M. Sueur et autres, *BJCP*, n°38, 2005, p.65 ; F. MELLERAY, « L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p.1224 ; E. BURY-LUCAS, « Genèse d'une nouvelle catégorie de contrats dans l'univers français des financements de projets : Partenariats publics-privés », *Gaz. Pal.*, n° 160, 9 Juin 2005, p.41 ; F. LICHERE, « Du droit comparé et du droit tout court », *AJDA*, 2004, p.2017
- ^{xiv} CONSEIL D'ÉTAT, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », Rapport public 2008, p.27
- ^{xv} L. DERUY, « Les nouveaux contrats de partenariat : état de la réforme », *RDI*, 2003, p.510
- ^{xvi} Rapport de M. Bernard SAUGEY, n° 266 (2002-2003), sur le projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit adopté par l'Assemblée nationale, déposé le 30 avril 2003
- ^{xvii} F. LICHERE, « Du droit comparé et du droit tout court », *AJDA*, 2004, p.2017

-
- ^{xviii} C. GOASGUEN (dir.), « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 779), adopté par le sénat, relatif aux contrats de partenariat », Paris, Assemblée Nationale, 18 juin 2008, p.21
V. également : R. MOURIER, « Entretien avec Claude Goasguen, Rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n°39, 1er Octobre 2008
- ^{xix} MAPPP, « Les contrats de partenariats : guide méthodologique », 25 mars 2011, p.7
- ^{xx} P. LIGNIERES, « La genèse de la législation sur les contrats de partenariats public-privé », *Dr. Adm.*, n° 11, Novembre 2003, p.39 ; P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.7
- ^{xxi} P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.7
- ^{xxii} A. MEYERE, F. PREDALI, *op. cit.*, p.23 ; D. BLONDEL, J.-M. PEYRICAL, « Contrats de PPP et montages en boucle - de " nouveaux " outils pour la pratique », *JCP N*, n° 13, 1er Avril 2005, p.1205 ; V. PEARCE, « Public Private Partnerships in Europe: Government Initiatives Could Help to Revive Sector from Deal Slump », *European Lawyer*, 2003, vol. 28 p.48
- ^{xxiii} A. CRAIG, P. ROE, « Reforming the Private Finance Initiative », Centre for Public Services, Décembre 2004, p.2
- ^{xxiv} F. MARTY, J. SPINDLER, « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992- 2012) », *Gestion et Finances Publiques*, n°6, juin 2013, p.12. V. aussi : C. GOASGUEN (dir.), « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 779), adopté par le sénat, relatif aux contrats de partenariat », Paris, Assemblée Nationale, 18 juin 2008, p.21
- ^{xxv} L. DERUY, *op. cit.*, p.510 ; P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.7
- ^{xxvi} F. BERGERE, X. BEZANCON, L. DERUY, G. GOULARD, M. FORNACCIARI, *Le guide opérationnel des PPP*, Paris, Le Moniteur, 2e éd., 2007, p.55
- ^{xxvii} MAPPP, « Les contrats de partenariats : guide méthodologique », 25 mars 2011, p.70
- ^{xxviii} M. C. ESPOSITO, « La Private Finance Initiative : de la production d'équipements à la gestion de services », *Observatoire de la société britannique*, 2009, vol. 7, p.138
- ^{xxix} N. LAMONT, Chancellor of the Exchequer, *Autumn Statement*, 12 avril 1992, vol. 208, col.996
- ^{xxx} HM TREASURY, « Reform to the Private Finance Initiative », Décembre 2011, p.5 : « *PFI is a long term contractual arrangement that makes the private sector responsible for, and bear the risks of, designing, building, financing, maintaining and sometimes operating a public sector facility (e.g. a school, hospital or road) to output specifications set by the public sector. The public sector commits to make a unitary payment to the private sector for use of the maintained facility, once it is operational, over the life of the contract (typically 20 to 30 years)* »
- ^{xxxi} V. les premiers Guides du Trésor Britannique : HM TREASURY, « « The PFI – Breaking New Ground », Novembre 1993 ; « Private Opportunity, Public Benefit – Progressing the PFI », Novembre 1995
- ^{xxxii} J.-M. LONCLE, « Le transfert des risques des projets de PFI », *Revue de droit des affaires internationales*, 2000, n°2, p. 143. V. aussi : A. BREVILLE, « Comparaison entre les contrats de partenariat au Royaume-Uni et aux USA », *CP-ACCP*, n° 36, septembre 2004p. 58
- ^{xxxiii} INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE, « Les partenariats public-privé, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi », Paris, La Documentation Française, 2006, p.19 ; C. ABEL SMITH, A. GRANDEL, D. JAILLON, N. NOËL, « Contrat de partenariat. Structuration financière - Choix des modes de Financement », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2005, dossier 3, p.68 ; J.D. DREYFUS, « Le partenariat public-privé et le financement de l'opération », *RDI*, n°5, Novembre/Décembre 2003, p. 494 ; P. LIGNIERES, « L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique : éléments de réflexion », *La Revue du Trésor*, n°3-4, mars-avril 2007, p.291 ; O. DEBOUZY, P. GUILLOT, « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Recueil Dalloz*, 2005, p.319
- ^{xxxiv} C. SALQUE, « Les contrats de partenariat public-privé (PPP) : une innovation utile pour financer les projets ferroviaires ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2007, étude 2 ; A. MEYERE, F. PREDALI, « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », *IAURIF*, juillet 2007, p.30 ; P. LIGNIERES, *Partenariats public-privé*, Paris, LexisNexis/Litec, 2e éd., 2005, p.228 ; F. MARTY, A. VOISIN, S. TROSA, *Les partenariats public-privé*, éd. La découverte, coll. «

Repères », 2006, p.25 ; L. CREMOUX, « L'évaluation, outil transversal au cœur de la réussite d'un PPP », *La Revue du Trésor*, n°3-4, Mars-Avril 2007, p.266 ; F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.130

^{xxxv} A. MEYERE, F. PREDALI, *op. cit.*, p.30

^{xxxvi} G. MARCOU, « L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements », *Annuaire des collectivités locales*, t.19, 1999, p. 92. V. aussi : P. LIGNIERES, *op. cit.*, p.228 ; A. MEYERE, F. PREDALI, *op. cit.*, p.30

^{xxxvii} V. TREASURY TASKFORCE, « Treasury Taskforce Guidance, Partnerships for Prosperity », 1997

^{xxxviii} Le PSC sera supprimé en 2004, après de nombreuses critiques sur son efficacité et son impartialité, pour être remplacé par un nouveau mécanisme : le *Quantitative Spreadsheet Analysis*

^{xxxix} P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.32

^{xl} En France, les entités publiques doivent prouver que le contrat de partenariat est plus efficient que les autres modèles pour pouvoir le choisir, alors qu'en Angleterre, les entités publiques doivent justifier que les autres montages disponibles sont plus efficaces que le contrat de PFI pour un même projet pour pouvoir l'écarter.

^{xli} Pour l'affirmation de l'idée inverse : E. BESSON, « Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé, Rapport au Premier ministre », 27 mai 2008, p.28

^{xlii} V. infra : Deuxième partie – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 1 – §1 – A (2β) – pt.1865 et s.

^{xliii} F. MELLERAY, « Contrat de partenariat et encadrement constitutionnel et communautaire », Colloque « Le Contrat de Partenariat Public-Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.59

^{xliiv} F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.116

^{xlv} V. par ex. : *Idem*, p.100 ; E. DE FENOYL, « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », *AJDA*, 2008, p.1709

^{xlvi} J.-P. SUEUR, H. PORTELLI, Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ? *rapport d'information au Sénat*, 16 juillet 2014, p.11

^{xlvii} Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 p.12602, NOR: EINM1506103R

^{xlviii} L. RAPP, « Aux origines du contrat de partenariat », colloque « Le Contrat de Partenariat Public- Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.44

^{xlix} E. BESSON, « Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé, Rapport au Premier ministre », 27 mai 2008, p.28

ⁱ F. TENAILLEAU, « Cadre juridique des contrats de partenariat : quelques attentes de la pratique », *RDI*, 2013, p.64 ; F. MARTY, A. VOISIN, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private Finance Initiative à la française ? », *RID éco.*, t. XX, n° 2-2006, 2006, p.132

ⁱⁱ V. par ex : N. BOUTOUILA, « Les premiers retours d'expérience des formes renouvelées de partenariats public-privé en France - Une solution à tous les maux ou une fausse bonne solution ? », in M. DEGOFFE, F. ROUVILLOIS (dir.), *La privatisation de l'Etat*, Paris, CNRS éd., 2012, p.134 ; R. MOURIER, « Entretien avec Claude Goasguen, Rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n°39, 1er Octobre 2008

ⁱⁱⁱ P. LIGNIERES, J.-P. LEVY, « Un PFI à la française : les nouveaux PPP dans la sécurité et la justice », *Dr. Adm.*, n° 12, Décembre 2002, p.11

ⁱⁱⁱⁱ P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.8

^{liv} R. MOURIER, « Entretien avec Claude Goasguen, Rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n°39, 1er Octobre 2008

-
- ^{lv} L. RAPP, « Aux origines du contrat de partenariat », colloque « Le Contrat de Partenariat Public-Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.44 ; S. BRACONNIER, « Le modèle français de la concession - conquête ou concurrence ? », *JCP A*, n° 16-18, 16 Avril 2007, p.2102
- ^{lvi} L. DERUY, « Les nouveaux contrats de partenariat : état de la réforme », *RDI*, 2003, p.51
- ^{lvii} R. PEYLET, « Le partenariat public-privé et les professionnels de la construction. Les enseignements du cas anglais », Colloque « Le Contrat de Partenariat Public-Privé », Toulouse, 2-3 juin 2005, *Droit et Ville*, n°60, 2005, p.185
- ^{lviii} A. MEYERE, F. PREDALI, « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », *IAURIF*, juillet 2007, p.13
- ^{lix} F. MARTY, A. VOISIN, S. TROSA, *Les partenariats public-privé*, éd. La découverte, coll. « Repères », 2006, p.74
- ^{lx} E. BESSON, « Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé, Rapport au Premier ministre », 27 mai 2008, p.46
- ^{lxi} P. LIGNIERES, « La genèse de la législation sur les contrats de partenariats public-privé », *Dr. Adm.*, n° 11, Novembre 2003, p.39
- ^{lxii} B. DE CAZALET, « The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence », *International Business Law Journal*, 2014, vol. 4, p.271
- ^{lxiii} C. EMERY, « Les contrats de partenariats », *Encyclopédie des collectivités locales*, septembre 2013, volume 3, n°3210 ; N. DE SAINT-PULGENT, *op. cit.*, p.11
- ^{lxiv} P. LIGNIERES, *Partenariats public-privé*, Paris, LexisNexis/Litec, 2e éd., 2005, avant-propos ; E. BURY-LUCAS, « Genèse d'une nouvelle catégorie de contrats dans l'univers français des financements de projets : Partenariats publics-privés », *Gaz. Pal.*, n° 160, 9 Juin 2005, p.41
- ^{lxv} B. DE CAZALET, « The Evolution of the Concession and Public Private Partnership Legal Concepts over the Last 20 Years under Common Law Influence », *International Business Law Journal*, 2014, vol. 4, p.277 ; E. BURY-LUCAS, *op. cit.*, p.41
- ^{lxvi} P. LIGNIERES, *Partenariats public-privé*, Paris, LexisNexis/Litec, 2e éd., 2005, p.44
- ^{lxvii} E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, l'Harmattan, 2011, p.101
- ^{lxviii} E. CLOATRE, « Partenariats public-privé. S'appuyer sur l'exemple britannique pour avancer », *Mon. TP*, 5 avril 2013 ; F. LICHERE, « Rapport Général », in F. LICHERE (dir.), *Partenariats publics-privé : rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.32
- ^{lxix} P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.13 ; P. LIGNIERES, « La genèse de la législation sur les contrats de partenariats public-privé », *Dr. Adm.*, n° 11, Novembre 2003, p.39 ; J.V. REDMOND, « L'expérience britannique en matière de marchés publics de travaux », *RDI*, 1998, p.559 ; A. MEYERE, F. PREDALI, « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », *IAURIF*, juillet 2007, p.16
- ^{lxx} CE, 11 décembre 1963, Ville Colombes, n°75710, Lebon p. 612
P. COSSALTER, *op. cit.*, p.44 ; Y. LUCHAIRE, « Délégation de service public », *Jurisclasseur Collectivités Territoriales*, Fasc.763
- ^{lxxi} Y. LUCHAIRE, *op. cit.*
- ^{lxxii} CE avis, sect. int., 14 octobre 1980, n° 327449
- ^{lxxiii} P. FLAMME, M.A. FLAMME, C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.11, cité par P. COSSALTER, *op. cit.*, p.2
- ^{lxxiv} A. MEYERE, F. PREDALI, « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », *IAURIF*, juillet 2007, p.7
- ^{lxxv} P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.7
- ^{lxxvi} « PFI : le METP à la mode britannique », *Mon. TP*, n°5021, 18 février 2000, p. 64. V. aussi : P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.7

^{lxxvii} Discussions en deuxième lecture devant l'Assemblée Nationale du projet de loi portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit, n°710, déposé le 19 mars 2003

^{lxxviii} N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p.15 ; H. DELZANGLES, G. CHAMMING'S, « Le contrat de partenariat en France : sujet de controverses et objet de paradoxes », in H. BONIN, H. DELZANGLES (dir.), *Partenariats public-privé. Enjeux et défis*, Bordeaux, éd. Féret, 2016, p.207 ; J.-C. VIDELIN, « Partenariat public-privé. Histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n° 51- 52, 19 Décembre 2011, p.2393 ; F. MARTY, « Le diable est-il dans l'annexe ? Les risques budgétaires des PPP saisis par le traitement des passifs éventuels », *RF fin. publ.*, n° 1, 1er Mai 2017, p. 211 ; « Table Ronde n°1 : La place du contrat global dans la commande publique : avantages comparatifs et bons usages », 4e édition des entretiens du Palais Royal : « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que et comment choisir ? », *LPA*, n° 170-171, n° spécial, 2010, p. 9

^{lxxix} N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p.337

^{lxxx} F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.15 ; F. BERGERE, X. BEZANCON, L. DERUY, G. GOULARD, M. FORNACCIARI, *op. cit.*, p.33 ; P. COSSALTER, *op. cit.*, p.54 ; A. MENEMENIS, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA*, 2004, p.1737 ; X. BEZANCON, O. VAN RUYMBEKE, « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA*, 1990, p.813 ; F. MELLERAY, « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? », *AJDA*, 2003, p.1260 ; S. BRACONNIER, « Un contrat en péril : le marché d'entreprise de travaux publics », *RFDA*, 1999, p.1172 ; G. TERRIEN, « La pertinence du METP comme mode de gestion publique », *RGCT*, n°22, Mars-Avril 2002, p.142 ; P. TERNEYRE, « Qu'est-ce-qu'un METP ? », *RGCT*, n°22, Mars-Avril 2002, p.137 ; C. EMERY, « Les contrats de partenariats », *Encyclopédie des collectivités locales*, septembre 2013, volume 3, n°3210

^{lxxxxi} CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, n° 55972, Lebon p. 611

^{lxxxii} CE, 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération - SIMA*, n° 75710, Lebon p. 723

^{lxxxiii} P. COSSALTER, *op. cit.*, p.55

^{lxxxiv} N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p.45 ; X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit Public », tome 206, 2001, p.522 ; X. BEZANCON, O. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, p.813

^{lxxxv} Cette distinction entre « vrais » et « faux » METP est très fréquente dans la doctrine. V. par ex. : « Le METP s'analyse économiquement comme une forme de gestion déléguée du service public », Rapport Bellier, sept. 1993, cité par X. BEZANCON, *op. cit.*, p.534 ; G. TERRIEN, « La pertinence du METP comme mode de gestion publique », *RGCT*, n°22, Mars-Avril 2002, p.142 ; F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.16 ; F. MELLERAY, *op. cit.*, p.1260

^{lxxxvi} F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.16 ; N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p.337

^{lxxxvii} F. BRENET, F. MELLERAY, *op. cit.*, p.16 ; . TERNEYRE, « Qu'est-ce-qu'un METP ? », *RGCT*, n°22, Mars-Avril 2002, p.140

^{lxxxviii} CE, 8 février 1999, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de la Ciotat, n°150931, Lebon ; CE, 30 juin 1999, Département de l'Orne, n°169336, Lebon p.227

^{lxxxix} Prévu successivement aux articles 350 du Code des marchés publics de 1964, 94 du Code des marchés publics de 2001, 96 du Code des marchés publics de 2006, et L2191-5 du nouveau Code de la commande publique

^{xc} J.-C. VIDELIN, « Partenariat public-privé. Histoire d'un équilibre incertain », *JCP A*, n° 51- 52, 19 Décembre 2011, p.2393

^{xci} G. MARCOU, *op. cit.*, p.78 ; J.-C. VIDELIN, *op. cit.*, p.2393

^{xcii} X. BEZANCON, *op. cit.*, p.523 ; P. COSSALTER, *op. cit.*, p.55 ; X. BEZANCON, O. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, p.813

^{xciii} V. supra : Introduction – pt.81 et s.

^{xciv} N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p.45 ; X. BEZANCON, *op. cit.*, p.522 ; X. BEZANCON, O. VAN RUYMBEKE, *op. cit.*, p.813

^{xcv} P. COSSALTER, B. DU MARAIS, *op. cit.*, p.54

^{xcvi} F. LICHERE, « Du droit comparé et du droit tout court », *AJDA*, 2004, p.2017

