

Horizons du droit



N°22

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° 22 – janvier 2021

Page 5 Editorial

Jacques MESTRE et Sabrina DUPOUY

Page 8 Actualités de l'AFDD :

*Communiqué sur l'Action 2021 auprès des Jeunes
Docteurs*

Prix de thèse Environnement-Energie

Page 11 Dix ans de thèse !

Amandine CAYOL

Page 20 La cessation de paiement

Michel DI MARTINO

Page 46 Le renforcement des libertés
fondamentales dans l'évolution récente du droit
des sanctions administratives

Hervé KOBO

Page 77 L'ambiguïté de la notion de perpétuité en
matière pénale

Jean GAZELIX

Page 95 La participation des assemblées parlementaires d'Afrique noire à la politique étrangère : le cas du Parlement camerounais

Lazare AMYE ELOUNA

Page 132 La protection du lanceur d'alerte issue de la loi Sapin 2 n'est pas rétroactive

Valentino ARMILLEI

Page 145 Le juge administratif ignore l'interruption de la prescription du recouvrement par un avis à détenteur infructueux

Pierre MARTEL

Page 158 Chronique de jurisprudence africaine

Patrice BADJI

2021, L'ANNEE DES ESPOIRS !

S'il fallait un signe pour nous persuader que le moment est venu d'agir en profondeur, à l'évidence 2020 nous l'aura offert. La pandémie que nous avons vécue tout au long de l'année dernière ne peut, en effet, nous laisser indifférent ou sans réaction tant, par sa soudaineté, son ampleur, sa violence et son universalité, elle a bouleversé notre quotidien et remis en question bien des idées reçues.

Reste à savoir comment la prendre en compte, et à cet égard, chacun de nous a naturellement sa propre sensibilité, son point de vue et ses moyens d'action. Et l'AFDD, qui est le reflet de cette grande diversité, n'a elle-même, évidemment, aucune direction particulière à recommander. Simplement, parce que les juristes ont finalement eu assez peu l'occasion d'être sollicités dans les débats publics, juste quelques mots dans cet éditorial qui ouvre l'année 2021 pour amorcer très simplement un dialogue avec nos lecteurs et provoquer en retour, pourquoi pas, quelques réflexions que notre revue *Horizons du Droit* serait très heureuse de publier dans un prochain numéro !

Oui, quelques mots simplement puisque nous nous contenterons d'évoquer cinq termes qui nous paraissent susceptibles de prendre, demain, une importance toute particulière.

Le premier, c'est **transmettre**. Le plus souvent, ce mot clôt les réflexions ou les présentations juridiques, mais aujourd'hui, nous sommes tentés de le considérer

comme prédominant au regard de ce qu'a été cette crise sanitaire et des conséquences qu'elle risque d'entraîner. Parce que les générations ont été étroitement mêlées dans ce véritable tsunami social et parce que les uns ont souvent vu leurs espérances affectées par la sollicitude due aux autres, il nous paraît, plus que jamais, important qu'entre générations, le Droit facilite les échanges, les partages d'expérience, les enrichissements réciproques. Des concepts et des institutions existent certes déjà en ce sens, mais ils et elles doivent être développés, et l'AFDD, qui associe précisément en son sein des docteurs de toutes générations, n'hésitera d'ailleurs pas à prendre dès cette année quelques initiatives pour renforcer cette transmission toujours féconde.

Le deuxième terme, c'est **apaiser**. Dans une société nécessairement fragilisée par les difficultés économiques et sociales, le juriste a, nous semble-t-il, un rôle spécifique à jouer pour apaiser les conflits et, si possible même, pour les transcender et en faire des sources d'opportunités ! Angélisme ou utopie, nous objectera-t-on, peut-être, mais pour avoir assisté il y a quelques années à un colloque organisé par le Centre de droit économique d'Aix-Marseille sur le thème « *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ?* » (actes publiés par les éditions Lextenso en 2016), nous pouvons attester qu'ici encore, le juriste, y compris dans des domaines réputés utilitaristes, est loin d'être dépourvu de ressources pour faire avancer positivement les choses et que, parfois, un simple geste, une écoute ou encore une procédure bien menée peuvent désamorcer les différends les plus affirmés...

Le troisième mot que nous retiendrons sera **partager**. En pensant par exemple à la nécessaire promotion des biens communs, aux fins de préserver l'héritage dû aux générations futures. Aux atouts de l'économie sociale et solidaire, qui sait associer et faire coopérer. Au partage des alertes ou même, parfois, des décisions par une intégration harmonieuse de toutes les parties prenantes. Ou encore à la promotion de nouvelles entités telles que les blockchains, optimisant les moyens technologiques au service d'intérêts communs.

Innover donc, nécessairement. Sans développer cette direction dont chacun reconnaît l'importance, on rappellera simplement ici que notre association a publié il y a quelques mois dans cette revue (*Bull.n°16, juin 2020, p.29 s.*) un livre blanc évoquant ce que pourrait être un droit français des start-up, à partir d'un colloque qu'elle avait organisé en 2019, et que dans cette optique de proposition, elle s'est notamment efforcée de voir comment y promouvoir l'esprit d'entreprise et la prise de risques. Et c'est dans ce même souci d'innovation que l'AFDD, s'appuyant ici sur le réseau de correspondants étrangers qu'elle a constitué, va lancer, dans les prochains jours, une nouvelle publication, *Signatures internationales*, qui jouera délibérément la carte du droit comparé et des regards juridiques innovants et sans frontières...

Enfin, **Responsabiliser**. Non pas pour aggraver le fardeau des Juristes, déjà lourdement sollicités dans le fonctionnement de notre société, mais, tout au contraire, pour le valoriser, en soulignant ainsi que les Juristes doivent prendre toute notre place dans les évolutions fortes qui vont probablement se substituer au provisoire et temporaire de la crise. D'ores et déjà, les avancées récentes de l'éthique et de la déontologie, de la compliance ou encore de la RSE témoignent d'ailleurs largement de cette vocation sociétale des Juristes, mais nul doute que les années futures ne feront qu'accroître cette responsabilité collective et essentielle !

Alors, à l'évidence, l'année qui s'ouvre est celle de tous les espoirs... Qu'il nous soit donc permis de les partager très cordialement avec tous nos lecteurs, et de souhaiter à chacun le tout meilleur !

Jacques MESTRE

Sabrina DUPOUY

Actualités de l'AFDD :
Communiqué sur l'Action 2021
auprès des Jeunes Docteurs
Prix de thèse Environnement-Energie

AFDD – ACTION 2021 AUPRES DES JEUNES DOCTEURS

Lors de son conseil d'administration du 26 novembre, l'AFDD a pris la décision de dispenser de cotisation, à partir de janvier 2021, les docteurs qui adhéreront à l'association dans l'année de leur soutenance de thèse.

Ce geste, dont la portée financière n'est sans doute pas considérable (la cotisation annuelle était, jusque-là, de 15 euros dans cette première année), se veut avant tout symbolique. En cette période particulièrement difficile pour les Jeunes, l'AFDD souhaite en effet soutenir dans toute la mesure de ses moyens les docteurs qui viennent de terminer leur parcours doctoral et se retrouvent ainsi à un moment-clé de leur avenir. Dans cette même optique, elle entend donc mettre à leur disposition, pour qu'ils puissent se faire mieux connaître et valoriser les fruits de leur recherche, sa revue électronique mensuelle *Horizons du Droit* et son forum électronique. Et elle leur propose aussi de participer activement à ses colloques, ses séminaires, et de partager très directement avec les plus anciens, projets et souhaits. Plus que jamais, l'heure est à la mobilisation des énergies, toutes générations associées !

PRIX DE L'ASSOCIATION FRANCAISE DES DOCTEURS EN DROIT

ENVIRONNEMENT – ENERGIE

Le conseil d'administration de l'AFDD a décidé, dans sa réunion du 26 novembre 2020, le lancement d'un nouveau prix destiné à récompenser plusieurs thèses récemment soutenues dans les domaines de l'environnement ou/et de l'énergie.

Peuvent être présentées aussi bien les thèses soutenues dans une Université française que celles préparées dans une Université étrangère francophone.

Un ou plusieurs prix, une ou plusieurs mentions seront décernés en fonction des candidatures.

Le dossier de candidature devra comporter un CV de l'auteur et la thèse dans sa version électronique, le tout étant adressé d'ici au plus tard le 31 janvier 2021 à Sabrina Dupouy, qui assurera le Secrétariat général du jury, à son adresse électronique : sabrina.dupouy@uca.fr

Un courriel confirmant la réception du dossier sera adressé à chaque candidat.

Le jury est composé de sept membres, universitaires et professionnels du droit.

Le jury du prix 2021 est composé de :

Marie Lamoureux, Professeur de droit, Université Aix-Marseille ; Mathilde Hautereau-Boutonnet, Professeur de droit, Université Aix-Marseille ; Andréa RIGAL-CASTA, avocat, cabinet *Géo Avocats* ; Béatrice Parance, Professeur de droit, Université Paris 8 ; Christian Huglo, Avocat à la cour, docteur en droit, co - directeur du jurisclasseur environnement ; Corine Lepage, Avocate à la cour, docteure en droit, ancienne ministre de l'environnement et Sabrina Dupouy, Maître de conférences, Université Clermont Auvergne

La cérémonie de remise des prix se déroulera, si possible, d'ici l'été 2021.

Dix ans de thèse !

**Amandine CAYOL - Maître de conférences en droit privé - codirectrice du Master
Assurances et personnes - Université Caen Normandie**

Dix ans de thèses...

Lorsque mon amie Sandie Lacroix-de Sousa m'a proposé de rédiger un petit texte pour fêter mes dix ans de thèse – ce dont je tiens à la remercier chaleureusement –, j'ai tout de suite été enthousiaste. Bien que mes thèmes de recherche aient sensiblement évolué depuis, ma thèse reste, en effet, à l'origine d'une méthodologie de travail que j'ai toujours conservée. Cette première œuvre intellectuelle a, surtout, marqué une étape importante dans ma vie. Sa soutenance (le 16 octobre 2009 au sein de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne) a, en effet, été précédée d'une préparation pendant cinq années, s'inscrivant dans la continuité de rencontres décisives et de choix d'orientation antérieurs lors de mes études supérieures. Par ailleurs, bien qu'un sentiment de soulagement et de satisfaction du travail accompli puisse être, de manière bien compréhensible, ressenti le jour de la soutenance, celle-ci ne constitue en réalité que la première des multiples étapes conduisant –si tout se passe bien – à l'enrichissante carrière d'universitaire, dont j'étais loin, à l'époque, de soupçonner les multiples facettes. Il y a ainsi, un avant (I) et un après (II) soutenance de thèse, ce dont j'aimerais témoigner aujourd'hui.

I. Avant la soutenance

La décision de réaliser une thèse est rarement prise sur un coup de tête (1). Elle demande, en effet, de longues années de travail (2) avant d'aboutir à la soutenance tant espérée (3).

1. La décision de réaliser une thèse

Littéraire de formation au lycée, j'ai toujours été passionnée par la lecture et l'écriture. La rédaction d'une thèse pouvait donc sembler dans la continuité logique de mes études. Pourtant, ce n'est, paradoxalement, pas l'attrait pour la recherche mais l'envie d'enseigner qui m'a, avant tout, poussée à m'inscrire en doctorat. Ceci peut sembler particulièrement étonnant quand on sait que c'est, justement, pour ouvrir le champ des possibles et ne pas être « contrainte » de

me tourner vers la voie de l'enseignement, que j'avais choisi de commencer des études de Droit. Il est vrai, d'ailleurs, que j'ai pu envisager diverses autres professions lors de mes deux premières années à l'Université : avocat, magistrat, etc.

Ma décision de réaliser une thèse résulte d'une rencontre décisive avec le professeur Marie-Elodie Ancel, que j'ai eu la chance d'avoir comme enseignante lorsque j'étais encore une jeune étudiante de L3 à Clermont-Ferrand. Ses cours, clairs et pédagogiques, ont réveillé l'envie d'enseigner qui était le mien petite fille lorsque je rêvais alors d'apprendre aux enfants à lire : finalement, j'apprends désormais aux étudiants à lire des textes de Droit !

Les conseils d'orientation du professeur Ancel ont été précieux. Ils m'ont conduit à quitter ma belle Auvergne pour m'inscrire en DEA « Contrats et biens » à Paris I, ce que je n'aurais peut-être pas osé faire sans ses encouragements. Ce fut une année passionnante : j'y ai, notamment, découvert le droit des biens (que j'avais à peine abordé en L1) et, particulièrement, la théorie dite « moderne » du droit de propriété, laquelle irrigue encore aujourd'hui mes travaux de recherche. C'est toujours sur ses conseils que j'ai contacté, dès le mois de septembre, le professeur Thierry Revet – lequel n'intervenait qu'au second semestre – afin de lui proposer de diriger mon mémoire. Ce premier travail de recherche m'a fait prendre conscience que le droit des contrats et le droit des biens, traditionnellement étudiés de manière distincte, interagissent pourtant l'un sur l'autre de manière incontestable. Une étude sous l'angle du droit des biens permet souvent une meilleure compréhension de mécanismes traditionnellement exclusivement présentés dans le cadre du droit des contrats. Mon mémoire de DEA, relatif à la clause de non-concurrence – que je proposais de qualifier d'obligation réelle – m'en a convaincue. J'ai, toujours, conservé une telle méthodologie de recherche par la suite, confrontant régulièrement dans mes travaux plusieurs branches du Droit (droit des contrats/droit des biens, droit des biens/droit des personnes).

Ces deux rencontres ont été fondamentales et je tiens ici à remercier les Professeurs Marie-Elodie Ancel et Thierry Revet : sans eux, rien de tout ce qui a suivi n'aurait été possible.

2. La rédaction de la thèse

A la fin de mon année de DEA, je n'avais plus aucun doute quant à mon choix de rédiger une thèse afin d'embrasser, par la suite, la carrière d'enseignant-chercheur. La rédaction de mon mémoire m'avait en effet enthousiasmée, et la réalisation de tutorat auprès des étudiants de L1 avait confirmé mon envie de transmettre mes connaissances à autrui.

Je n'avais, cependant, pas d'idée précise de sujet. Il me semblait évident que la thématique de mon mémoire était trop restreinte et ne pouvait être transformée en sujet de thèse. Lorsque j'ai demandé au Professeur Thierry Revet s'il acceptait de diriger ma thèse, je lui ai donc seulement fait part de mon souhait de continuer à confronter droit des contrats et droit des biens. Je ne le remercierai jamais assez de m'avoir confié un beau sujet, que j'ai pris le plus grand intérêt à approfondir pendant cinq ans : « la notion d'ouvrage », devenu au fur et à mesure de l'avancée de mes recherches, « le contrat d'ouvrage ». La dénomination de « louage d'ouvrage » retenue par le Code civil concernant le contrat d'entreprise laisse penser que son objet devait, à l'origine, nécessairement être la réalisation d'un ouvrage. Objet d'un contrat, l'ouvrage m'est immédiatement également apparu comme une catégorie de bien particulière. Une étude approfondie de la notion d'ouvrage, axée sur sa nature réelle, m'a paru à même d'apporter un éclairage renouvelé sur ce contrat. Ceci m'a finalement conduit à proposer l'émergence du « contrat d'ouvrage », dont j'étudie dans ma thèse tant la qualification que le régime (*Le contrat d'ouvrage*, Ed. IRJS, 2013).

Rechercher des ouvrages en bibliothèque – je me souviens encore avec nostalgie de l'odeur si caractéristique des sous-sol de Cujas ! –, lire, dégager une problématique originale, élaborer un plan, puis rédiger, chapitre après chapitre.... Ces années ont été à la fois passionnantes sur le plan intellectuel, et structurantes sur le plan méthodologique : être doctorant, c'est réussir à s'imposer à soi-même un rythme de travail régulier, sans se couper de la vie pour autant. La grande disponibilité de mon directeur de thèse et ses relectures attentives m'ont, sans aucun doute, beaucoup aidée. Parallèlement à la rédaction

de ma thèse, le doctorat a aussi été l'occasion de commencer à dispenser des enseignements en Faculté de Droit (en qualité d'allocataire-moniteur, puis d'ATER). Je voudrais ici remercier tous les enseignants-chercheurs pour lesquels j'ai eu la chance de donner des travaux dirigés : les Professeurs Philippe Delebecque, Rémi Libchaber et Philippe Stoffel-Munck, ainsi que Mesdames Suzanne Carval et Anne Guégan. Ils ont tous contribué, chacun à leur manière, à m'apprendre ce beau métier. Ces années ont aussi été celles des grossesses de mes deux premiers enfants, ma soutenance ayant eu lieu seulement 2 semaines avant la naissance de ma cadette.

3. La soutenance de la thèse

Le jour de la soutenance est un jour que l'on n'oublie pas. Il marque la fin d'un long travail de recherche. On y arrive tout à la fois soulagé d'avoir réussi à aller au terme de ce projet, et anxieux que tout se passe bien. C'est le ventre bien rebondi et accompagnée de ma famille que j'ai fait le trajet de Normandie – où je m'étais entre temps installée – à Paris.

Je revois encore la belle salle aux murs recouverts de bois, les membres du jury si solennels dans leurs robes, le visage emplis de fierté de mes proches qui comprenaient enfin un peu mieux à quoi j'avais passé tant de temps. Il importe là encore d'adresser des remerciements sincères aux membres du jury – Messieurs les Professeurs Alain Bénabent, Denis Mazeaud, Pascal Puig et Jacques Raynard - pour l'intérêt porté à mon travail et les échanges que nous avons eu, en dépit du long déplacement que cela impliquait parfois – depuis la Réunion tout de même pour le Professeur Puig !

La matinée consacrée à la soutenance passe, finalement, à toute vitesse et l'on réalise à peine, quand la salle se vide pour laisser le jury délibérer, que la thèse est désormais bel et bien totalement achevée. Et pourtant, en réalité, tout ne fait alors que commencer.

II. Après la soutenance

1. La qualification et la recherche d'un poste

Je ne réalisais pas, lorsque je me suis inscrite en thèse, que celle-ci ne constituait que la première étape du long processus permettant de devenir enseignant-chercheur. Alors que l'on croit être libéré, la soutenance ouvre, en réalité une période, plus ou moins longue, de transition vers le poste tant espéré. Si j'ai obtenu ma qualification par le CNU seulement quelques mois après ma soutenance sur présentation de ma thèse « sèche » sans autres travaux de recherche, mon premier tour de France ne m'a pas permis de trouver un poste de Maître de conférences. Souhaitant continuer à enseigner, j'ai alors accepté un poste de contractuelle pendant un an au sein de l'Université du Havre. J'ai eu la chance d'y assurer des travaux dirigés pour des enseignants-chercheurs passionnés par leur métier. Un grand merci à Mesdames Marie-Christine Lebreton et Martine Guénolé, ainsi qu'à Monsieur Pierre Fleury-Le Gros pour cette belle année passée au Havre à leurs côtés. J'en garde encore un souvenir ému et suis, d'ailleurs, toujours restée membre associée de leur laboratoire de recherches, le LexFEIM. C'est ainsi triste et heureuse à la fois que je les ai quittés en septembre 2011 pour intégrer l'Université de Caen Normandie, où j'avais été recrutée comme Maître de conférences au sein du département GEA (Gestion des Entreprises et des Administrations) de l'IUT.

2. L'ouverture pédagogique et administrative à de nouveaux domaines

Les six années que j'ai passées en GEA ont été particulièrement enrichissantes. Il me semble important d'insister ici sur l'intérêt que présente, pour un jeune docteur, un poste en IUT. J'y ai été accueillie avec bienveillance et enthousiasme par une équipe d'enseignants soudée que je tiens ici à remercier. J'y ai découvert le travail en équipe et la pluridisciplinarité. Face à des étudiants non juristes, se

destinant pour la plupart à devenir banquiers ou experts-comptables, j'ai dû apprendre à mettre en valeur les applications pratiques des règles juridiques étudiées. Cette expérience a aussi été l'occasion de diversifier mes enseignements (tant concernant les matières enseignées que les publics visés), ce qui m'a permis d'acquérir une polyvalence et une adaptabilité importante au niveau pédagogique.

J'ai également participé activement à la vie de mon département de rattachement en prenant en charge plusieurs responsabilités administratives et pédagogiques. Le fait d'avoir assuré la direction de la Licence professionnelle Ressources humaines en alternance pendant quatre ans (de 2012 à 2016) m'a permis de développer mes compétences en termes de coordination d'équipe et d'animation de comités de perfectionnement, de gestion quotidienne de diplôme et de contacts avec les milieux professionnels extérieurs à l'Université. J'ai eu l'opportunité, depuis septembre 2016, de les mobiliser pour assurer la codirection d'un diplôme davantage lié à mes domaines de recherche : le Master 2 Assurances et personnes de la Faculté de Droit de Caen. Une mutation au sein de cette Faculté en septembre 2017 m'a permis de recentrer mes enseignements sur des matières directement liées à mes domaines de recherche et de déployer davantage mes activités scientifiques. C'est ainsi, encore une fois, triste et heureuse en même temps, que j'ai quitté l'IUT.

3. L'évolution des domaines de recherche

Si j'ai constamment mené une activité de recherche depuis ma soutenance de thèse, les thèmes abordés et la méthodologie adoptée ont sensiblement évolués. Ma façon d'envisager la recherche aujourd'hui résulte, en effet, tout à la fois de la formation à la recherche qu'a été la rédaction de ma thèse, et de mes expériences ultérieures.

L'étude de l'évolution du Droit et de l'articulation entre diverses branches du Droit est ainsi restée au cœur de mes travaux depuis la rédaction de ma thèse. Ayant été amenée, dès cette dernière, à confronter droit des contrats et droit des biens (V° encore parmi mes travaux récents : « L'obligation réelle environnementale,

ou les potentialités environnementales du droit des contrats et du droit des biens », *LPA* 11 mai 2018, pp. 98-104), j'ai également par la suite travaillé sur l'articulation entre le droit des biens et le droit des personnes, en m'intéressant notamment à la protection des données personnelles (V° par ex. « La « e-santé » ou l'homme « disséminé » : vers la reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles ? », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, n°11, 2020, pp. 97-108) et à celle du corps humain (V° par ex. « *The challenges of the human body legal status* », in A. Cayol, P. Chabal et Z. Sairambaeva (dir.), *The challenge of change for the legal and political systems of Eurasia*, Ed. Peter Lang, 2020, pp. 281-288). Par ailleurs, si l'évolution de la notion de bien et l'émergence d'une théorie dite « moderne » du droit de propriété avaient nourri mes travaux de doctorat, j'ai ensuite continué à m'intéresser à l'évolution des diverses branches du droit civil afin de faire face à de nouveaux enjeux (V° par ex. « Le transhumanisme ou la quête d'immortalité : aspects juridiques », *JML Droit, santé, société* 2021/2, à paraître ; « La responsabilité civile face au développement de l'IA », *Droit et patrimoine*, janv. 2020, pp. 36-39 ; « L'influence du terrorisme sur le droit des assurances », coécrit avec Rodolphe Bigot, *RGDA* déc. 2019, pp. 6-12 ; « L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ? », in F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Ed. Mare et Martin, 2019, p. 181-199 ; « La réforme du droit des contrats : une consécration du solidarisme contractuel ? », in F. Bottini (dir.), *Droits fondamentaux et crise(s) des solidarités*, L'Harmattan, 2019, pp. 93-102 ; « L'influence du terrorisme sur l'indemnisation du dommage corporel », coécrit avec Maître Aurélie Coviaux, *Gaz. Pal.* 29 mai 2018, n° 19, pp. 38-39).

Mes travaux de recherche actuels doivent cependant également beaucoup à mon parcours post-soutenance. L'année passée au sein de l'Université du Havre où le laboratoire de recherche juridique regroupe privatistes et publicistes m'a très tôt encouragée à développer mes recherches au-delà du droit privé (en réalisant par ex. pendant plusieurs années une chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment concernant la protection du droit de propriété). Mon passage par l'IUT m'a, quant à lui, appris la gestion de projet, la construction d'un budget, la coordination d'équipe et permis de découvrir la

richesse offerte par la pluridisciplinarité. Ce sont ces compétences qui me permettent aujourd'hui d'assurer la direction scientifique de plusieurs projets de recherches pluridisciplinaires : un projet « Transhumanisme(s) et droit(s) », codirigé avec Mme Emilie Gaillard et cofinancé par le GIP Mission de recherche Droit et Justice depuis le 1^{er} mars 2019 ; mais aussi un projet de recherche « Enjeux du Développement de la Télémédecine en Normandie » (EDeTeN) financé par le FEDER sur une durée de deux ans depuis le 1^{er} novembre 2020. Dix ans plus tard, si ma thèse est ainsi désormais un souvenir lointain, elle reste sans conteste une étape décisive pour le reste de ma carrière et de mes travaux de recherche.

La cessation de paiement

**Michel DI MARTINO - Expert-comptable et commissaire aux comptes - Président
du Tribunal de commerce de Lons-le-Saunier - Doctorant en droit privé - Université
de Bourgogne-Franche Comté (CR JFC-EA 3225)**

1. DÉFINITION

L'article L.631-1 du code de commerce définit la cessation de paiement : est en cessation de paiement tout débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible, avec son actif disponible.

Toutefois, le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. (Ord. 18/12/2008).

Cette dernière disposition qui reprend la jurisprudence de la Cour de Cassation, peut permettre au débiteur, en retirant du passif exigible les créances pour lesquelles il a obtenu des délais de paiement, et en ajoutant à son actif disponible, les réserves de crédit non encore utilisées, de démontrer la non-cessation de paiement et de solliciter une procédure de sauvegarde.

Effectivement :

Si un actif disponible majoré des réserves de crédit couvre le passif exigible réduit des moratoires et délais de paiement obtenus, l'entreprise n'est pas en cessation de paiement.

Remarques :

- Réserves de crédit et moratoires doivent être des moyens normaux et ne pas être des moyens ruineux.
- La cessation de paiement ne doit pas être confondue avec une gêne ponctuelle, occasionnelle, temporaire, accidentelle de trésorerie rapidement surmontée (Cass. com. 03/10/2018 – n° 17-14080).

Une entreprise peut très bien connaître plusieurs accidents ou pannes de trésorerie dus aux « caprices » de son besoin en fonds de roulement mal financés, sans être pour cela en cessation de paiement.

Faut-il encore que ces états et situation ne deviennent pas habituels.

- Il convient de préciser qu'en général lorsqu'un chef d'entreprise se présente devant le tribunal pour l'ouverture d'une procédure, les réserves de crédit sont la plupart du temps totalement consommées...

Insolvabilité : l'insolvabilité est l'incapacité, pour une entreprise, de payer ses dettes. Cette insolvabilité peut être mesurée sur le court terme et sur le moyen terme. Il y a un lien étroit entre insolvabilité et cessation de paiement...

Cessation de paiement et établissement de crédit :

A noter : par dérogation à l'article L.621-1 du code de commerce, l'article L.613-26 du code monétaire et financier définit la cessation de paiement pour les établissements de crédit : « Sont en état de cessation de paiement, les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché ».

2. ETAT DE CESSATION DE PAIEMENT - PRECISIONS

Créance contestée :

Une entreprise qui conteste une créance, n'est pas pour autant en cessation de paiement. Le refus de paiement et la cessation de paiement sont deux choses différentes. (Cass. com. 23/01/2001 n°97-17.174 et 23/01/2001 – n°98-14.934)

Seules les créances certaines peuvent permettre à un créancier de demander l'ouverture d'une procédure. Un créancier litigieux, assorti de l'exécution provisoire, mais frappé d'appel ne peut suffire (cass.com. civ. Du 13/05/2014 – n°13-12489).

Rupture de crédit :

L'état de cessation des paiements a été retenu : « le jour où l'un des créanciers a refusé tout nouveau report consacrant la rupture définitive du crédit jusqu'alors consenti » (cass.com. 16/02/1999 – n°96-22.757)

Report d'échéance :

La cessation de paiement n'a pas été retenue lorsque, pour certaines dettes, un règlement a été effectué et que pour d'autres, un report transactionnel

d'échéance a été obtenu (cass.com. 05/07/1994 – n°92-18946). Dans un sens similaire arrêt de la C.C. du 14/05/2002).

Financement anormal :

La dissimulation, au moyen d'un financement anormal, de la cessation de paiement, s'apprécie au regard de la situation économique et financière du débiteur bénéficiaire du concours (cass.com. du 19/02/2013).

Dettes uniques :

Une seule dette est suffisante pour caractériser l'état de cessation de paiement, dès lors que celle-ci est exigée et que l'entreprise ne peut la payer... (cass.com. 07/12/1983 – n°82-14000)

Même si l'actif disponible est inexistant, il convient de le préciser. De manière générale, le constat d'un passif important n'est pas suffisant, si celui-ci n'est pas rapproché de l'actif disponible, lequel doit être déterminé avec précision. (Cass.com. 28/01/2004 – n°01-10.005)

Et dès lors que cet actif disponible existe...

Constitue, en revanche un indice fort de l'état de cessation de paiement, l'insuffisance du fonds de roulement par rapport aux besoins en fonds de roulement, c'est-à-dire la trésorerie négative. A condition que la cessation de paiement ne soit ni accidentelle, ni passagère. (M. Ed. MAZARIN Magistrat – CA de Besançon).

Des difficultés financières ne sont pas forcément à assimiler à l'état de cessation de paiement.

- Absence d'actif disponible :

Il a été jugé, très logiquement, qu'en l'absence de tout actif disponible, il suffit qu'une partie du passif exigible ne soit pas contestée pour que soit caractérisée la cessation des paiements, peu important que ce passif ne soit pas précisément chiffré. (Cass.com. 07/02/2012 – n°11-11347). Attention : la cessation de paiement est un état qui peut vite arriver dans une entreprise.

Un chef d'entreprise : « Pour moi, la cessation de paiement, c'est lorsque je ne peux plus payer »...Reconnaissons cette remarque de bon sens.

3. CESSATION DE PAIEMENT ET COVID-19

La période de COVID-19 qui a secoué l'économie française a remis en question la notion classique et traditionnelle de la cessation de paiement. La cessation de paiement n'a plus pour origine le passif exigible non couvert par l'actif disponible, mais un actif disponible devenu inexistant pour assurer le financement des besoins immédiats de l'exploitation. Le passif exigible ayant été reporté ou différé avec « l'autorisation » des pouvoirs publics.

Dans cette période particulière, la notion de cessation de paiement, par le face à face de l'actif disponible et du passif exigible a dû être nuancée. En effet : le passif exigible public d'une entreprise a été dans cette période très particulière, reporté, différé ou moratorisé par autorisation des pouvoirs publics : on peut considérer que celui-ci a été solutionné. Concernant les réserves de crédit, celles-ci ont été totalement consommées et épuisées.

A contrario, pour l'actif disponible, il en va autrement. Celui-ci est devenu, pour certaines entités, quasi-inexistant.

Un constat : l'absence de liquidité de l'actif disponible ne permettait plus au débiteur de faire face, non seulement à son passif exigible (qui a été résolu) mais également et surtout aux besoins immédiats de son exploitation courante.

Nous sommes en présence d'un type de cessation de paiement très particulière : une cessation de paiement qui n'a pas pour origine le non-paiement des échéances échues, mais une absence d'activité et de liquidité pour assurer le règlement des dépenses de l'exploitation courante, qui font partie du passif exigible.

Situation pour le moins très préoccupante.

Habituellement, dans cette situation, dès lors que le redressement et le redémarrage sont impossibles, la liquidation judiciaire doit normalement être prononcée...

Une décision que les juges des tribunaux de commerce ont eu du mal à prendre.

Des dispositions inédites et très favorables aux entreprises en difficulté ont été prises durant la période du 12 Mars au 23 Août 2020.

Durant cette « période juridiquement protégée » et neutralisée, l'entreprise en cessation de paiement, même au-delà des 45 jours réglementaires, n'avait pas l'obligation de déposer le bilan, dès lors que la cessation de paiement avait eu lieu après le 12 Mars 2020. (Art 1. De l'ord. 2020-341 du 27/03/2020)

L'entreprise pouvait solliciter durant cette période neutralisée un mandat ad hoc, une conciliation, une sauvegarde même en étant en cessation de paiement.

A noter que la loi d'accélération et de simplification de l'action publique prévoit de prolonger jusqu'au 31 décembre 2021, certaines dispositions déjà prises durant la période COVID-19.

4. CARACTÉRISATION DE LA CESSATION DE PAIEMENT

(Art. L.626-24-1A13 du code de commerce)

Mise au point de la Cour de Cassation sur la caractérisation de la cessation de paiement :

- La Haute Cour précise qu'il ne suffit pas d'énoncer la formule « impossibilité de faire face au passif exigible avec son disponible... » (Art. L. 631-1), il faut le démontrer.

Il faut qu'un chiffrage précis de l'actif disponible et du passif exigible soit établi, afin d'estimer s'il y a possibilité de faire face ou non...

L'état de cessation des paiements n'est pas caractérisé par l'existence d'une créance, même certaine, liquide et exigible dont toutes les tentatives de recouvrement se sont révélées infructueuses. (Cass.com. 14/03/2019, n°16-27.187).

- Les créances du débiteur sur des tiers ne peuvent être incluses dans l'actif disponible si elles font l'objet d'une contestation. Il appartient en outre au débiteur de justifier de réserves de crédit ou de moratoires de la part de ses créanciers pour écarter la caractérisation de la cessation des paiements. (Cass.com. 04/07/2018, N°17-13405)

- Dans le cadre d'un groupe de société, l'état de cessation de paiement doit être caractérisé objectivement pour chaque société du groupe. (Cass.com. 03/07/2012, N°11-18026).

- Prononcé d'une liquidation judiciaire, sans preuve de l'état de cessation de paiement : la conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire, en application de l'article L.631-11 du code du commerce n'impose pas la contestation de l'état de cessation de paiement.

Seule l'impossibilité manifeste du redressement devant être caractérisée.

Commentaire :

« La cessation de paiement se produit fréquemment au cours de l'activité normale d'une entreprise, sans pour cela, constituer un danger pour sa survie... on peut ajouter que la pratique des tribunaux de commerce est extrêmement pragmatique et qu'ils font sans être contredits, une appréciation de la cessation de paiement très souvent liées aux circonstances ». (Rapport – AN – n°2095 – 11/02/2005 – X de Roux p.48).

Dès lors que cette cessation de paiement est accidentelle, surtout dans le contexte économique actuel, celle-ci ne doit pas contraindre l'entreprise à se trouver prise systématiquement dans une procédure collective.

- La cessation de paiement ne doit pas être confondue avec une gêne ponctuelle, occasionnelle, temporaire de trésorerie, rapidement surmontée par le débiteur (Cass.com. 03/10/2018 – n°17-14080).

- Il ne faut également pas confondre difficultés financières passagères avec difficultés financières structurelles.

5. DATE DE LA CESSATION DE PAIEMENT – JURISPRUDENCES

Le fait de ne pas déclarer son état de cessation de paiement dans le délai légal de 45 jours ne constitue pas un cas de faillite personnelle, mais seulement un cas d'interdiction de gérer (art. L.653-8).

Attention : la cour de cassation a précisé que les tribunaux ne peuvent prononcer des sanctions de FP et IG sans préciser le jour exact de la cessation de paiement (Cass.com. 03/11/2009).

Il va de soi que si la date de cessation de paiement retenue par le tribunal est celle du jugement qui le constate, aucun retard dans la déclaration ne pourra être reproché au débiteur ou au représentant de la personne morale (cass.com. 16/03/1999).

La date de cessation de paiement doit « soigneusement » être fixée et vérifiée en chambre du conseil, lors de la première présentation du débiteur.

Le dirigeant sanctionné par une interdiction de gérer a un intérêt à agir en contestation du report de la date de cessation des paiements. (Cass.com.05/10/2010)

La détermination précise de la date de cessation des paiements constitue la condition nécessaire pour retenir à l'encontre d'un dirigeant un retard dans le dépôt de la déclaration de cessation des paiements (Cass.com. 01/02/2011).

Le défaut de déclaration de l'état de cessation de paiement dans le délai de 45 jours ne peut constituer un cas d'interdiction de gérer lorsque le débiteur a cessé son activité (CA de Besançon 03/04/2013).

Pour caractériser une faute de gestion ou pour prononcer une interdiction de gérer, la date de cessation de paiement est celle fixée par le jugement d'ouverture ou de report (Cass.com. du 04/11/2014).

En cas de conversion du RJ en LJ, le point de départ du délai de prescription de 3 ans de l'action en interdiction de gérer ou en faillite personnelle est la date d'ouverture du RJ (Cass.com. 04/11/2014).

Fixation de la date de cessation des paiements

Elle est fixée par le tribunal. A défaut, c'est la date du jugement d'ouverture de la procédure qui doit être prise en compte (Art. L.631-8 du CC). Cette date peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de 18 mois. La demande de modification de date doit être présentée au tribunal dans un délai d'un an, à compter du jugement (Ord. 18/12/2008).

Modification de la date de cessation de paiement – précisions

« Il résulte des dispositions de l'article L.631-8, alinéa 4, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, que la demande de modification de la date de cessation des paiements doit être présentée au tribunal dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure

collective ; (...) la date mentionnée dans l'assignation en report peut être modifiée par l'auteur de la saisine, par voie de demande additionnelle, jusqu'à ce que la juridiction saisie se prononce, l'effet interruptif du délai pour agir attaché à l'assignation s'étendant à la demande additionnelle en modification de la date qui tend au même fin ». (Cass.com. du 28/01/2014).

- La cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait relevé qu'une société avait généré en un an et demi d'activité un important passif composé essentiellement de créances fiscales et sociales, faisant ressortir le caractère abusif de l'exploitation qui ne pouvait conduire qu'à la cessation de paiement (cass.com. 07/12/1999).

- Il a été également retenu à l'encontre d'un dirigeant social le fait d'avoir tardé à déclarer la cessation de paiement de la société, tout en remboursant dans les 6 derniers mois son compte courant, au détriment des autres créanciers (Cass.com. 11/12/2001).

- Les raisons qui ont conduit le dirigeant à ne pas déclarer dans les délais l'état de cessation de paiement sont indifférentes. (Cass.com. 13/04/1999).

Et la mauvaise foi de l'intéressé n'est pas exigée ;

- Le dirigeant ne peut se retrancher derrière le fait qu'un mandataire ad hoc avait été désigné...

- La jurisprudence est sévère : le fait qu'un créancier ait assigné la société en RJ, n'exonère pas le chef d'entreprise qui n'a pas respecté l'obligation légale de déclarer la cessation de paiement dans les 45 jours (Cass.com. 19/01/1999).

- L'obligation pour toute personne mentionnée à l'article L.653-1 du code de commerce, de demander l'ouverture d'une procédure collective dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements subsiste même en cas d'assignation à cette fin par un créancier. La solution dégagée sous l'empire des textes antérieurs reste inchangée (Cass.com. 14/01/2014).

La demande d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire doit être appréciée en fonction d'éléments démontrés et objectifs et non des mobiles du débiteur (Cass.com.03/07/2012).

Pour la cour de cassation, lorsque l'état de cessation de paiement est arrêté et constaté, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne

peut la rejeter, en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état.

En clair, le recours à un RJ ou à une LJ étant obligatoire dans les 45 jours de la cessation de paiement d'une entreprise, les mobiles importent peu. Il doit être fait droit à la demande d'ouverture.

Responsabilité de l'administration fiscale et liquidation judiciaire :

La remise en cause d'un allègement d'impôt issu d'une appréciation incorrecte de l'administration constitue une faute responsable ayant conduit à la cessation des paiements.

La cour a reconnu une faute des services d'établissement de l'impôt, dont la conséquence légale a été la mise en recouvrement des impositions litigieuses et la saisie conservatoire des comptes bancaires de la société. Cette saisie a privé la société de ses liquidités et l'a mise dans l'impossibilité de faire face au paiement de certaines de ses dettes venant à échéance, la contraignant, du moins pour partie, à se déclarer en cessation des paiements.

La cour a jugé qu'il existait un lien direct de causalité entre la faute de l'administration et la cessation de paiement de la société et sa mise en liquidation judiciaire (CE 12/03/2014).

Société mère et filiale

Lorsque les avances en compte courant d'une société mère à sa filiale, en liquidation judiciaire, n'ont fait que retarder le constat de la cessation de paiement, par le caractère artificiel du financement et les circonstances anormales, il y avait bien lieu de reporter la date de cessation des paiements (Cass.com. 17/05/2011 – n°10-30.425).

6. CESSATION DE PAIEMENT ET DROIT EUROPÉEN

Concernant le Droit Européen, la dernière directive UE n°2019/1023 du 20/06/2019, contient des dispositions visant les entreprises avant que celles-ci ne soient en cessation de paiement.

Domaine où la France avec le mandat ad hoc, la conciliation et la sauvegarde, n'est pas en retard. Il convient toutefois de remarquer que ni le règlement, ni la

directive ne s'engagent pour définir et distinguer l'entreprise en difficulté financière de l'entreprise insolvable (en cessation de paiement).

Les textes européens évoquent la « probabilité d'insolvabilité » en précisant que les deux notions « insolvabilité » et de « probabilité d'insolvabilité » sont à entendre au sens qui leur est donné par le droit national de chaque pays (Directive UE 2019/1023 – Art.2.2).

Situation délicate en droit comparé, ou selon l'Etat et la situation de trésorerie d'une entreprise. Celle-ci pourra relever d'une procédure de prévention ou d'une procédure d'insolvabilité. Cette absence de définition de la cessation de paiement peut se comprendre dans la mesure où la directive n°2019/1023 traite de la restructuration préventive d'une entreprise avant que celle-ci ne soit justement en cessation de paiement.

Une définition « européenne » de la cessation de paiement serait toutefois hautement souhaitable, afin d'harmoniser cette notion et de retenir les mêmes critères pour chaque pays de la communauté.

(JL VALLENS - Restructuration préventive et règlement européen – BRDA 24/19 - Francis LEFEBVRE).

Le considérant 24 de la directive européenne du 20 juin 2019 stipule :

« Pour éviter un recours abusif aux cadres de restructuration, les difficultés du débiteur devraient refléter une probabilité d'insolvabilité, et le plan de restructuration devrait être capable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et d'assurer la viabilité de l'activité ».

Ce considérant n'apporte pas d'aide à la définition de la cessation de paiement. Il est vrai que la directive du 20 juin 2019, ne traite que des mesures de restructuration et renvoie aux législations nationales pour ce qui concerne les notions « d'insolvabilité » et de « probabilité d'insolvabilité ».

Gageons que la future ordonnance qui doit revisiter le droit des procédures amiables et collectives apportera de nouveaux critères de sélection à partir d'un état de cessation de paiement redéfini qui devrait distinguer :

- L'entreprise qui a la capacité à recréer de la valeur ajoutée, grâce à une procédure.

- De celle qui ne répond plus aux attentes du marché.

(Olivier BUISINE – RPC 2019 N°4 – p.10)

7. PASSIF EXIGIBLE ET PASSIF EXIGÉ

Dans un premier temps, la jurisprudence avait retenu pour caractériser la cessation de paiement la notion de passif exigible et exigé. La cour de cassation ayant même précisé « que le créancier était libre de faire crédit à son débiteur ». Mais à partir « de que 2004, par plusieurs arrêts, la Haute cour a modifié sa position, pour ne plus retenir le critère de passif exigé.

Dans un article publié dans la gazette du palais du 30/04/2005, le président de la Chambre commerciale de la cour de cassation » (M Daniel TRICOT) avait précisé :

« La cour de cassation n'a pas remplacé la notion de passif exigible par celle de passif exigé ».

« Une entreprise peut démontrer que l'actif disponible, tel qu'il paraît établi, est accru par l'effet d'une réserve de crédit, ou que le passif exigible, tel qu'il résulte de la somme des dettes échues, doit être réduit du montant de ce qui n'est plus exigé... la vérité commande d'admettre que si l'actif disponible éventuellement recalculé, permet de payer le passif exigible, lui-même corrigé, il n'y a pas de cessation des paiements ».

Commentaires

Dans la réalité des faits, on peut difficilement faire accepter à une entreprise de se déclarer en cessation de paiement bien que son actif disponible ne couvre pas son passif exigible, dès lors qu'une partie de son passif exigible n'est pas exigé et réclamé par ses créanciers ; ceux-ci accordant à l'entreprise, un moratoire informel.

Nous savons très bien que le défaut des chefs d'entreprise est d'attendre toujours le dernier moment...

Le passif exigible n'a pas à être exigé pour être dû. Il doit être réglé à l'échéance prévue.

Le passif exigible correspond à l'ensemble des dettes échues certaines et liquides, au jour où le Tribunal statue (Cass.com. 15/02/2011 – n°10-13625).

8. ACTIF DISPONIBLE ET PASSIF EXIGIBLE - DÉFINITION

L'article L.631-1 du code de commerce distingue les trois éléments qui caractérisent la cessation de paiement :

- Un passif exigible,
- Un actif disponible,
- Une impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

L'actif disponible :

Pour déterminer l'actif disponible, il convient de prendre en compte les sommes dont l'entreprise peut immédiatement disposer ; il s'agit :

- Des sommes et dépôts en banque ;
- Des espèces en caisse ;
- Des placements rapidement réalisables ;
- Du poste client « Daillysable » ;
- Des effets de commerce escomptables ;
- Du découvert autorisé et non utilisé ;
- Des stocks immédiatement réalisables.

Sont exclus : les actifs immobiliers, matériels, mobiliers, fonds de commerce, stocks, participations etc...

La cour de cassation rappelle qu'un fonds de commerce non encore vendu n'est pas un actif disponible (Cass.com. 15/02/2011 – n°13.625).

Un immeuble n'est pas un actif disponible. Une créance à recouvrer, non plus, sauf à titre exceptionnel.

« La détermination de l'actif disponible est technique et restrictive. Seule la notion d'immédiateté prévaut pour qualifier un bien d'actif disponible, afin de prendre en compte pour l'opposer au passif exigible, afin de déterminer la cessation de paiement ». (C. DELATTRE).

La notion d'actif disponible est une notion restrictive qui a été approfondie par l'ordonnance de 2008 en ce que les notions de réserves de crédit et de moratoires ont été ajoutées pour affiner la définition. L'actif disponible traduit la possibilité pour le débiteur de pouvoir disposer d'une trésorerie, de liquidités quasiment sur-le-champ.

Les disponibilités se situent en bas de l'actif du bilan. A ce titre, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser d'un immeuble, situé en haut de l'actif du bilan, n'est pas un actif disponible. (Cass.com. 27/02/2007 – n°06-10.170).

Une réalisation d'immobilisation effectuée plus ou moins rapidement ne saurait également constituer un actif disponible (Cass.com. 11/07/1988 – n°86-11191).

Faut-il encore que face à un passif exigible, il y ait un actif disponible existant.

Le passif exigible

Le passif pris en compte pour la définition de la cessation ne comprend pas la totalité du passif du débiteur, mais seulement le passif exigible, c'est-à-dire le passif échu qui doit donner lieu à un paiement immédiat ou rapide.

Une dette exigible mais non exigée d'un créancier peut résulter de la tolérance ou d'un moratoire informel accordé par ce dernier.

Sont exclus du passif exigible :

- Les comptes courants d'associés ;
- Les emprunts à long et moyen terme ;
- Toutes les dettes non exigées ;
- Les dettes contentieuses ;
- Les concours bancaires autorisés et renouvelables.

Pour la Cour de cassation, « il n'y a pas à recherché si le passif exigible a été effectivement exigé, dès lors que le débiteur n'a pas allégué qu'il disposait d'une réserve de crédit ou d'un moratoire de la part de ses créanciers » (Cass.com. 12/11/2011 – n°10.12.625).

On ne peut inclure dans le passif exigible, des avances en compte courant d'associés, à priori exigibles, sans rechercher si le remboursement de ces

avances a été demandé ou si elles ne sont pas bloquées. (Cass.com. 10/01/2012 – n°11-10018).

Remarques :

1) Un découvert autorisé n'est pas du passif exigible ; par contre un découvert non autorisé peut rapidement le devenir...

2) Le passif exigible ne correspond pas aux dettes du bilan.

Le passif exigible doit être entendu comme le passif non exigé, mais échu et normalement à payer à l'échéance.

- Le passif exigible correspond au passif qui doit normalement être payé à l'échéance prévue.

- L'exigibilité du passif est liée au règlement après une demande (qui peut être forcée...).

9. ACTIF DISPONIBLE ET PASSIF EXIGIBLE – LEXIQUE

La chambre commerciale de la Cour de cassation par ses nombreuses jurisprudences permet d'établir un véritable lexique concernant les critères à retenir pour définir les actifs disponibles et les passifs exigibles.

Actifs disponibles

Concours bancaires :

- Si l'entreprise bénéficie d'un concours bancaire lui permettant de couvrir les dettes échues, elle n'est pas en cessation de paiement. Cass.com. 08/01/2002 – n°98-22406).

- La seule mention de découverts bancaires ne suffit pas pour invoquer des réserves de crédits et écarter la cessation de paiements. (Cass. com. 03/10/2018 – n°17-14579).

- Les découverts en compte autorisés, facilités de caisse et lignes de mobilisation Dailly dont bénéficie le débiteur, qui n'ont pas été dénoncés par la banque qui les a consentis font partie de l'actif disponible (CA – Paris 28/02/2017 – n°16/04975).

- Le solde créditeur d'un compte ouvert par l'entreprise à l'étranger, sauf interdiction de transfert à très court terme, font partie de l'actif disponible (Cass.com. 07/02/2018 – n°16-26.404).

Avances d'une société mère et sa filiale :

Dès lors que les avances en comptes courant d'une société mère à sa filiale, constituent un financement anormal qui avait pour but de masquer la cessation de paiement de la filiale : ces avances doivent être exclues de l'actif disponible. (CA CAEN, 2ème ch. 13/09/2019 – 16-03480).

Prix de vente séquestré : actif disponible :

Le prix de vente d'un immeuble hypothéqué et séquestré chez un notaire est un actif disponible du vendeur, sauf à démontrer que les fonds sont indisponibles. (Cass.com. 05/12/2018 – n°17-20065)

Avance de trésorerie :

Une avance de trésorerie qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé constitue un actif disponible (Cass.com. 16/11/2010 – n°09-71278).

Cession d'actif :

Le constat que la vente d'actifs n'a pu se concrétiser et que le débiteur n'a pu faire face au passif exigible constitué par des créances salariales, caractérise la cessation de paiement (Cass.com. 04/11/2014 – n°13-19300).

Liquidités apportées par le dirigeant :

L'apport de liquidités importantes, par le dirigeant, doit être pris en compte, dès lors que ces liquidités constituent un actif disponible suffisant pour faire face au passif exigible (Cass.com. 24/03/2004- n°01-10.927).

Somme apportée sous condition :

Une somme apportée, sous condition de l'infirmité du jugement d'ouverture en appel, mise sous séquestre par un associé, constitue une réserve de crédit pouvant être incluse dans l'actif disponible (Cass. 29/11/2016 – n°15-19474).

Capital non libéré :

Le capital non libéré par des associés ou actionnaires, ne peut être assimilé à une réserve de crédit et être compris dans l'actif disponible, sauf à en obtenir la disponibilité immédiate (Cass.com. 23/04/2013 – n°12-18453).

Fonds de commerce et immeuble :

Un fonds de commerce non encore vendu ne constitue pas un actif disponible (Cass.com. 13/02/2001 – n°10-13625).

Un immeuble non plus... (Cass.com. 27/02/2007 – n°06-10.170).

Un immeuble non encore vendu ne fait toujours pas partie de l'actif disponible, dès lors que la vente demeure incertaine.

Par contre, la vente de cet immeuble après le jugement d'ouverture peut permettre la réalisation d'un plan ou de clôturer la procédure avec une extinction de passif (P. RUBELLIN. L'ESSENTIEL – n°7. Juillet 2020)

Actif disponible et créance à recouvrer :

Une créance dont le principe et le délai de recouvrement sont incertains n'est pas de l'actif disponible.

Ce n'est qu'en cas de circonstances exceptionnelles que le montant d'une créance à recouvrer peut être ajouté à l'actif disponible (Cass.com. 07/02/2017 – n°11-11.347).

Immeuble préempté :

Un immeuble même s'il a fait l'objet d'un droit de préemption par une commune, n'est pas un actif disponible, car non immédiatement réalisable (Cass.com. 27/02/2007 – n°06-10170).

Par contre, cet immeuble peut permettre l'obtention d'un prêt relais, dans l'attente de la vente, apportant les disponibilités nécessaires à l'entreprise.

L'absence d'actif disponible

Elle peut être déduite du caractère infructueux de saisies – attributions pratiquées entre les mains de la banque du débiteur ou de ses clients (Cass.com. 15/11/2005 – n°04-16.904) note C.LEBEZ Gazette du Palais – 11/02/2006 p.11). (Cass.com. 16/01/2019 – n°17-18.450).

Constitue un financement anormal, dissimulant la cessation de paiement de la société, les avances en comptes courants consentis par le président qui, devant le refus des banques d'accorder tout crédit à la société, a souscrit un emprunt en son nom personnel (Cass.com. 13/06/1989 – n°87-20.204).

Des stocks ne sont pas de l'actif disponible, sauf si le délai de réalisation est court (Cass.com. 17/05/1989 – n°87-17.930).

Passifs exigibles

- Créance fiscale non contestée

Une créance fiscale que le débiteur n'a pas contestée devant le juge administratif n'est pas litigieuse et constitue du passif exigible pour la caractérisation de l'état de cessation de paiement (Cass.com. 11/04/2018 – n°16-23.019).

- Réclamation d'impôt

Une réclamation assortie d'une demande de sursis de paiement suspend l'exigibilité de l'impôt permettant au débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (Cass.com. 01/12/2009 – n°08-12054)

- Condamnation au paiement d'une provision en référé

Une condamnation en référé au paiement d'une provision permet de caractériser un passif exigible (Cass.com. 16/01/2019 – n°17-18450).

Par contre n'a pas été admis en passif exigible, une dette qui a fait l'objet d'une injonction de payer qui a fait l'objet d'une opposition avant l'ouverture de la procédure (CA – Paris, 31/03/2009 – n°08-18321).

- Ne sont pas considérées comme du passif exigible, les créances contestées par le débiteur (Cass.com. 27/02/2007 – n°06-10.170)
(Cass.com. 05/05/2015 – n°14-11.381).

Enfin, conformément à l'article 9 du code de procédure civile qui stipule « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention », la charge de prouver que le débiteur est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, incombe au créancier qui demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à son égard.

(Cass. com. 23/09/2020 – N°18-26143) (M. Karl LAFAURIE, L'ESSENTIEL n°10 – Novembre 2020)

10. LIAISON ENTRE BILAN ET CESSATION DE PAIEMENT

Peut-on déterminer la cessation des paiements à partir du bilan ?

NON. Le bilan représente la photographie comptable à un instant « T ». Il ne peut démontrer et déterminer l'état de cessation de paiement.

Le bilan ne laisse pas apparaître les réserves de crédit tel que :

- un découvert bancaire autorisé non utilisé,
- la possibilité accordée par la banque d'émettre des billets financiers,
- les possibilités d'escompte ou de Dailly,
- une ligne de crédit pour financement d'investissements.
- Etc...

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 5 juin 1987 situe bien le problème : « La cessation de paiement n'est pas une notion comptable. C'est plutôt une notion de trésorerie dont aucune trace ne figure au bilan, tels que des crédits temporaires de campagne, des découverts passagers, et pour laquelle les échéances, tant de rentrées que de sorties de trésorerie, sont primordiales. »

Les postes de bilan n'ont pas pour fonction de rendre compte de cette réalité.

(CA – Aix en Provence 5/06/1987)

La cessation de paiement ne résulte pas d'une comparaison ou d'un face à face des postes d'actif et passif du bas du bilan.

(CA. Paris – 18/02/2000)

Bilan positif :

Une entreprise peut être en cessation de paiement alors que son bilan comprend des actifs immobiliers importants et qu'elle n'est pas en mesure de régler son passif échu.

La lecture du bilan peut par contre aider à confirmer un état de cessation de paiement par le constat :

- de fonds propres négatifs,

- de résultats déficitaires importants, ce sont les résultats bénéficiaires qui participent à l'autofinancement qui permet de rembourser les emprunts...
- d'un endettement élevé,
- d'une trésorerie obérée et « à bout de souffle »,
- etc...

Des résultats déficitaires indiquent-ils une cessation des paiements ?

NON. Ce n'est pas parce qu'une entreprise est en déficit, même sur plusieurs exercices, que celle-ci est en cessation de paiement. (Cass.Com.3/11/1992)

Notons toutefois qu'il peut y avoir un lien étroit, entre le manque de rentabilité et la défaillance de l'entreprise...

II. BESOIN EN FONDS DE ROULEMENT ET CESSATION DE PAIEMENT

De manière très simplifiée, on peut affirmer qu'une entreprise est en difficulté financière lorsqu'elle ne dispose plus à échéance très courte de la trésorerie nécessaire à la continuité de son exploitation.

L'origine de ces difficultés étant très souvent l'insuffisance ou l'absence de financement du besoin en fonds de roulement qui peut provoquer la cessation de paiement.

La problématique de l'insuffisance de financement du besoin en fonds de roulement poursuit le chef d'entreprise durant toute son activité et... même après l'ouverture d'une procédure amiable ou collective.

Un constat :

Les chefs d'entreprise n'ont pas assez conscience (certains pas du tout...) de l'importance du financement du besoin en fonds de roulement de leur entreprise.

« 93% des défaillances qui concernent des TPE ont été provoquées faute d'avoir correctement géré leur BFR ». Source ALTARES – 2016

Nous pouvons ajouter aux TPE de nombreuses PME, souvent concernées par le même problème.

On peut rencontrer des entreprises sans immobilisation, mais toutes ont un besoin en fonds de roulement !

Nous savons tous que,

Le BFR correspond en fait au décalage qui existe entre d'une part les délais de réalisation des stocks et d'encaissement des créances clients et d'autre part les délais de règlement des fournisseurs, des salaires, des charges sociales, etc...

Le BFR est le besoin financier nécessité et engendré par l'exécution des opérations renouvelables du cycle d'exploitation.

Rappel :

Mais attention, ce n'est pas parce qu'un fonds de roulement net comptable est positif, que celui-ci est suffisant aux besoins de l'entreprise.

Là est bien la différence entre fonds de roulement et besoin en fonds de roulement.

Les entreprises qui présentent un fonds de roulement comptable positif peuvent malgré tout rencontrer des problèmes de trésorerie si le besoin en fonds de roulement est plus élevé que le fonds de roulement comptable...

Attention au risque de liquidité lorsque le besoin en fonds de roulement est plus important que le fonds de roulement.

LIEN ENTRE LE BFR ET LA CESSATION DE PAIEMENT

Le risque de liquidité et de cessation de paiement apparaît dans une entreprise, lorsque le besoin en fonds de roulement excède le fonds de roulement comptable, et dès lors que ce dépassement est (mal) financé par des capitaux précaires...

Le BFR est un investissement en trésorerie nécessaire et indispensable au fonctionnement de l'entreprise.

Il comprend deux parties :

une partie stable qui doit être financée par des capitaux permanents.

une partie variable et mouvante provoquée par les variations des actifs disponibles et des passifs exigibles qui peut être financée par des financements à court terme du type escompte, Dailly, découvert bancaire etc... Ces types de financement ne doivent pas toutefois prendre la place des capitaux permanents. Consommateur de trésorerie, c'est lors de ses fluctuations que le risque de liquidité et de cessation de paiement intervient.

En effet, ce sont les fluctuations du BFR, souvent en progression, et imprévues, mal ou pas financées, qui sollicitent les disponibilités en trésorerie de l'entreprise.

Ce sont souvent les variations de trésorerie engendrées par les mouvances du BFR, qui provoquent la cessation de paiement.

Le manque de trésorerie et le refus des partenaires financiers devant la demande provoquent la cessation de paiement... Partenaires financiers sur lesquels l'entreprise compte peut-être un peu trop souvent...

“Dans le cimetière des entreprises, beaucoup portent sur leur pierre tombale, l'épithète suivant :

Tu avais tout le capital nécessaire pour financer tes investissements, mais tu as oublié qu'il fallait aussi financer ton besoin en fonds de roulement “BFR” et ta croissance.

Cruel paradoxe : Les entreprises dont les ventes croissent vite sont celles qui risquent le plus de faire faillite”. (Jean-Louis MICHEL, Les 6 causes de vos problèmes de trésorerie, Éditions du Puits Fleuri).

En effet, on ne règle pas les problèmes de trésorerie en augmentant le chiffre d'affaires !

Bien au contraire, l'augmentation du chiffre d'affaires augmentera les besoins en fonds de roulement et les besoins de trésorerie ; mécanique financière infernale et très dangereuse...

L'ordonnance de 2008 a assoupli le critère de cessation de paiement par les réserves et les moratoires.

L'article L.631-1 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance de 2008, qui a repris la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, permet désormais au débiteur :

- d'augmenter son actif disponible par les réserves de crédit dont il dispose ;
- de diminuer son passif exigible des créances pour lesquelles il a obtenu des moratoires et des délais de paiement.

Les deux mesures ci-dessus contribuent à pallier l'insuffisance de financement du besoin en fonds de roulement.

Cette aide des textes, certes bienvenue, ne peut toutefois être durable et le débiteur en difficulté devra rapidement faire le choix d'une restructuration financière :

- par l'apport de capitaux nouveaux (propres ou empruntés)
- ou par le choix d'une procédure amiable ou judiciaire (mandat ad hoc, conciliation ou sauvegarde) qui auront un effet bénéfique, en faveur du financement nécessaire au BFR.

12. CESSATION DE PAIEMENT ET PRETS GARANTIS PAR L'ETAT (PGE)

Prêts garantis par l'Etat, report des crédits bancaires, fonds de solidarité, avances remboursables, allocations de chômage partiel, report et remise de dettes fiscales et sociales etc... La panoplie de mesures et dispositifs mis en place par l'Etat pour éviter la cessation de paiement des entreprises durant la période COVID-19 est impressionnante.

Notre gouvernement a fait le choix de l'endettement à la faillite :

- Endettement : avec de l'activité et des délais une entreprise peut rembourser
- Avec la faillite : tout disparaît : activité, emplois, et dettes.

Le dispositif de loin le plus important est la mise en place des PGE.

Au 27 Novembre 2020, 622 000 PGE ont été accordés pour un montant total de 126 milliards d'euros de trésorerie injectés dans l'économie par les banques...

Un salut particulier peut être adressé aux banques qui ont parfaitement joué leur rôle. N'oublions pas que la trésorerie est le carburant de l'entreprise, et dès lors que le réservoir est vide, le véhicule est à l'arrêt...

Une entreprise sur trois, environ, a bénéficié d'un PGE. Ces prêts d'un montant moyen de 200 000€ ont été attribués à 94% de TPE et PME.

Rappelons que ces financements sont garantis à 90% (pour la plupart) par l'Etat et peuvent être sollicités jusqu'au 30 Juin 2021.

Devant le constat du nombre de PGE, il ne faut pas s'étonner de la faiblesse du nombre d'ouvertures de procédures collectives devant les tribunaux.

Certaines entreprises en difficulté ont pu obtenir un PGE de trésorerie, qu'elles n'auraient pu avoir en temps normal...

Nous savons que le PGE a un double objet :

- Permettre le financement des besoins en fonds de roulement (BFR) ;
- Faciliter les règlements inter-entreprises, afin d'éviter une chaîne de cessation de paiement et une cascade de défaillances.

Il ne faut pas confondre le report des échéances publiques autorisées qui correspondent aux aides de l'Etat, avec le règlement des échéances privées (dettes fournisseurs).

Dans ce dernier cas, le chef d'entreprise doit avoir un comportement citoyen et les PGE doivent être utilisés pour ces règlements interentreprises.

Il est indéniable que les PGE ont permis à des milliers d'entreprises d'éviter la cessation de paiement, en apportant la trésorerie nécessaire aux besoins en fonds de roulement (BFR), durant la période de crise économique, du fait de l'absence d'activité.

Remarque :

Contrairement à certaines idées répandues, le PGE peut avoir un effet de levier bénéfique pour les entreprises, dans les bilans. Il aura pour effet !

- De conforter les capitaux permanents de l'entreprise pendant la durée du prêt ;

- De restructurer le fond de roulement et le besoin en fonds de roulement (BFR) pour prendre, dans certains cas, la forme d'un prêt de restructuration ;
- De consolider et parfois de remplacer le financement précaire d'un découvert, plus coûteux...
(le taux d'un PGE de 1 à 2.5%, commission de garantie de l'Etat comprise, est nettement plus intéressant qu'un taux de découvert à 8 ou 10%..)

La réussite de l'opération PGE.

Afin que les PGE continuent à être un rempart contre la cessation de paiement, les pouvoirs publics doivent absolument accompagner le remboursement de ces prêts, ainsi que la régularisation des délais fiscaux et sociaux accordés, afin que l'opération de PGE soit une réussite.

Comment ?

- Afin de ne pas gêner le développement des entreprises, la durée de remboursement devrait être fixée à 7, 8 ans dans certains cas, voire 10 ans dans d'autres situations ;
- En permettant aux banques, de négocier librement avec leurs clients, les modalités de remboursement (remboursements saisonniers, progressifs, in fine etc.) ;
- En réétalant les délais fiscaux et sociaux accordés.

En clair, accorder les délais nécessaires à une longue convalescence due à un accident qui sort de l'ordinaire...

La notion de cessation de paiement nécessitera une importante réflexion.

Le principe de la cessation de paiement est très attaché au créancier, qu'il faudra peut-être considérer comme un partenaire et non plus comme l'ennemi de l'entreprise dont il faut absolument éliminer la dette.

La directive européenne sur les mesures préventives, si elle ne contribue pas à une définition générale de la cessation de paiement, permet toutefois d'énoncer une batterie de mesures, en impliquant les créanciers. Les ordonnances à venir d'ici le 17 Juillet 2021, (sauf report), qui vont revisiter le droit français des entreprises en difficulté, seront certainement aussi impactées des mesures

prises durant la période COVID-19, et devront aménager les différentes procédures sans sanctionner systématiquement la cessation de paiement.

Le renforcement des libertés fondamentales dans l'évolution récente du droit des sanctions administratives

**Hervé KOBO - Docteur en droit public de l'Université de Cergy-Pontoise -
Intervenant à CY Cergy Paris Université et Chargé d'enseignement à l'Université
catholique de Lille - Membre de l'Association française des docteurs en droit**

La nature répressive des sanctions administratives. Du point de vue de la séparation des pouvoirs, la répression administrative n'apparaît pas d'emblée évidente, dans un État de droit¹.

En principe, l'administration, ou autrement dit le pouvoir exécutif, est censée faire exécuter les lois et prévenir les infractions à travers des mesures de police par nature préventives et préalables à toute infraction ou fait condamnable, là où le pouvoir judiciaire exerce pour sa part la fonction de juger et de punir².

Le but des mesures de police administrative est donc de préserver l'ordre public de tout trouble, contrairement aux sanctions administratives qui ont pour but de punir un comportement répréhensible au même titre que les sanctions pénales. Celles-ci interviennent donc en aval, dans une action en quelque sorte réparatrice d'un désordre déjà survenu.

Cependant, ces deux dernières participent tout de même à la mission de préservation de l'ordre public dans la mesure où elles ont un caractère dissuasif et ont donc également pour but que la personne ou la société subissant la sanction soit conduite à éviter de reproduire un tel comportement à l'avenir.

Les fondements juridiques de la répression administrative. Le débat relatif à la faculté pour l'administration de prononcer des sanctions est désormais clos depuis la fin des années 80, lorsque le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité à la Constitution des sanctions administratives prononcées par des autorités ou juridictions administratives, sous réserve qu'elles soient exclusives de toute privation de liberté³.

¹ M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2014 ; CE, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, « Études du Conseil d'État », La Documentation française, 1995 ; CE, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, « Les dossiers thématiques du Conseil d'État », site du Conseil d'État, 2017.

² M. Delmas-Marty, et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

³ Conseil constitutionnel, 17 janv. 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 88-248 DC ; Cons. const., 28 juill. 1989, *Commission des opérations de bourse*, n° 89-260 DC, comm. B. Genevois, *RFDA* 1989, p. 215 et 671.

En effet, l'État de droit commande que la liberté individuelle demeure protégée et assurée par l'autorité judiciaire, au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Pour autant, avant ces décisions du Conseil constitutionnel, l'administration prononçait déjà des sanctions dans plusieurs domaines, tels que ceux du champ disciplinaire (fonction publique, discipline des élèves d'établissements scolaires ou encore discipline des détenus), de la matière fiscale ou encore des activités réglementées (débits de boissons, restaurants, petits commerces, kiosques soumis à agrément ou autres activités soumises à agrément tels que les jeux et courses), bien que pour ces dernières les mesures puissent aussi parfois être qualifiées de mesures de police administrative selon le cas¹.

Les différentes branches de la répression administrative. Il n'en demeure pas moins que les ramifications de la répression administrative se sont multipliées à compter de la décision précitée du Conseil constitutionnel de janvier 1989. En effet, avec l'apparition des autorités administratives indépendantes, en particulier chargées de la régulation sectorielle, le paysage des sanctions administratives comprend désormais plusieurs étages.

En premier lieu, il faut notamment mentionner les sanctions administratives prises par l'administration active elle-même en tant qu'autorité non-juridictionnelle. Cette branche contient donc les champs disciplinaire, fiscal et des activités réglementées mentionnés *supra*.

En second lieu, il convient de citer les sanctions prises par des juridictions ou autorités administratives indépendantes, le plus souvent après que l'administration les ait saisies en tant qu'autorité de poursuite.

À l'intérieur de cette seconde branche, il convient de citer deux sous-catégories. D'une part, les sanctions prises par les juridictions administratives spécialisées (juridictions financières ou disciplinaires) et les autorités administratives ou publiques indépendantes (Autorité des marchés financiers, ci-après « AMF »,

¹ CE, 16 mars 2001, *ministre de l'intérieur c/Jean-Pierre Provensal*, n° 207646 ; voir par ex. : TA Nice, 2 juillet 2019, *M. Antoine Raineau*, n° 1804098.

Commission des opérations de bourse, ci-après « COB », Conseil supérieur de l'audiovisuel ci-après « CSA », Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, ci-après « ARCEP », Autorité de régulation des jeux en ligne ci-après « ARJEL », Commission nationale de l'informatique et des libertés, ci-après « CNIL », Autorité de la concurrence, etc.).

D'autre part, les sanctions prises par les juridictions administratives générales, telles que celles prises par les juges administratifs sur réquisition du préfet pour sanctionner les contraventions de grande voirie.

La montée en puissance des libertés fondamentales au sein des contentieux des sanctions administratives. Sous l'impulsion notamment de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), mais aussi de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, les libertés fondamentales ont récemment été renforcées en matière de sanctions administratives, que ce soit du point de vue de la procédure menant à la prise de la sanction ainsi que dans le cadre du contrôle juridictionnel de celle-ci, ou du point de vue des règles de fond du droit des sanctions administratives.

En effet, les principes constitutionnels et conventionnels se sont transposés de la matière pénale à la matière de la répression administrative dans un souci de respect de l'État de droit et des libertés fondamentales des citoyens.

Prolégomènes. Ces évolutions jurisprudentielles amènent à constater un renforcement des libertés fondamentales des citoyens dans le cadre des sanctions administratives que ce soit d'un point de vue procédural et contentieux **(I)** ou d'un point de vue des règles de fond **(II)**. Ces évolutions laissent aussi entrevoir de nouvelles améliorations à venir pour un renforcement encore accru des libertés fondamentales mobilisées dans le cadre de ces sanctions dont l'admission au sein d'un État de droit n'a pas toujours été si évidente **(III)**.

I. L'ÉVOLUTION DES ASPECTS PROCÉDURAUX ET CONTENTIEUX DU DROIT DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Dans la mesure où l'admission même des sanctions administratives, en particulier celles prononcées par l'administration active, n'a pas toujours été si évidente dans l'État de droit français comme dans le standard de l'État démocratique européen, l'installation de ce type de sanction d'un genre spécial, voire exorbitant du droit commun, s'est nécessairement accompagnée de garanties procédurales élevées afin de préserver les libertés fondamentales des citoyens **(1)**. De la même façon, les recours contentieux se sont peu à peu ouverts et adaptés à cette matière afin que les justiciables aient accès à un recours effectif et au droit à un tribunal dans des conditions conformes aux droits de la défense tels qu'ils sont connus dans les autres contentieux et notamment le contentieux pénal **(2)**.

1. Les droits et libertés relatifs aux règles procédurales renforcés de façon évolutive

Des principes procéduraux anciens rénovés récemment. Les principes procéduraux appliqués au droit des sanctions administratives sont bien connus. Il s'agit notamment du principe des droits de la défense, comprenant notamment le principe du contradictoire comme corollaire, du principe de publicité, de l'exigence de motivation et du principe d'impartialité.

Chacun de ces principes a connu une évolution différente, mais ils ont en commun d'avoir été renforcés par la jurisprudence relative aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), issue de la définition donnée notamment, dans la droite ligne de la jurisprudence de la CEDH des années 1970¹,

¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/Pays-Bas*, n° 5100/71.

par l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 3 décembre 1999, *Didier*¹, lequel a été précisé l'année suivante dans une décision du 20 octobre 2000².

L'évolution du principe des droits de la défense en matière de droits de la défense. En ce qui concerne le principe des droits de la défense, le Conseil d'État l'appliquait déjà, même sans texte, comme un principe général du droit dans la célèbre affaire *Dame Veuve Trompier Gravier* de 1944³. Puis, ce principe a été renforcé en droit français lorsqu'il a été qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 décembre 1976⁴, et qui est désormais fondé sur de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789⁵.

Si le principe des droits de la défense a vu sa portée précisée par la jurisprudence du Conseil d'État dans les années 80 et 90⁶, cette jurisprudence a récemment été codifiée par le législateur au sein des articles L. 122-1 et L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration, issu de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015⁷.

Quelques exemples d'application des principes ainsi rénovés. Faisant application de ces dispositions législatives codifiées, le Conseil d'État a notamment jugé, dans

¹ CE, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434, publié au *recueil Lebon*, p. 399, *AJDA* 2000, p. 126, chron. Guyomar et Collin ; *JCP* 2000. II. 10267, note Sudre, *RFDA* 2000, p. 584, concl. Seban ; v. aussi Cass. Ass. Plén., 5 févr. 1999, *COB c/Oury*, *Bull. civ.*, n° 1, *JCP* 1999. II. 10060, note Matsopoulou, *JCP* 2000. I. 252, obs. Magnier).

² CE, 20 oct. 2000, *Sté Habib bank limited*, n° 180122, concl. Lamy.

³ CE, Section, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *Rec.* p. 133.

⁴ Cons. const., 2 déc. 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, n° 76-70, cons. n° 2 ; v. ensuite aussi Cons. const., 20 juill. 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires)*, n° 77-83 DC, cons. n° 3.

⁵ Cons. const., 21 janv. 1994, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC, cons. 4 ; v. égal. par la suite : Cons. const., 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC, cons. n° 83 à 85 ; Cons. const., 21 déc. 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale*, n° 99-422 DC, cons. n° 64 et 65 ; Cons. const., 29 déc. 2005, *Loi de finances pour 2006*, n° 2005-530 DC, cons. n° 45.

⁶ CE, Ass., 6 févr. 1981, *Sté varoise de transports*, n° 14910 et CE, 30 avr. 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, n° 180299 et 180328 (obligation de mettre en place une procédure contradictoire préalable à toute sanction, y compris devant une commission consultative) ; CE, 26 mars 1982, *C.-P.*, n° 20569 (possibilité de présenter des observations écrites ou orales et de se faire assister par un avocat) ; CE, Ass. 21 juin 1974, *Gribelbauer*, n° 88543, publié au *recueil Lebon*, p. 356 ; CE avis, 22 nov. 1995, *C.*, n° 171045 (possibilité de consultation du dossier et communication des griefs).

⁷ Cette ordonnance a été adoptée en même temps qu'un décret n° 2015-1342 du même jour.

une décision du 29 juin 2016, que le respect du principe général des droits de la défense suppose que la personne concernée soit informée avec une précision suffisante et dans un délai raisonnable avant le prononcé de la sanction de tous les griefs qui sont formulés contre elle et qu'elle puisse avoir accès à l'ensemble des pièces fondant les manquements qui ont été retenus contre elle et ce, « à tout le moins lorsqu'[elle] en fait la demande »¹. Les juges du Palais-Royal ont aussi rappelé, au considérant précédent, que le principe des droits de la défense s'impose aux autorités « sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence »². Ce faisant, la Haute juridiction administrative précise et renforce le principe des droits de la défense en matière de sanction administrative tout en rappelant son encadrement constitutionnel. Ainsi, certes la jurisprudence administrative indique que l'autorité administrative prenant la sanction ne verra pas nécessairement celle-ci censurée dans le cas où la personne poursuivie n'a pas fait la demande de la communication des griefs et des pièces du dossier. Toutefois, d'une part, elle rappelle que les garanties constitutionnelles s'appliquent même lorsque le législateur ne les a pas expressément prévues. D'autre part, dans la mesure où ces sanctions peuvent toujours être contrôlées par un juge, de telles garanties pourront de toute façon être assurées par la juridiction administrative au contentieux. Cela signifie que la personne sanctionnée, qu'elle soit physique ou morale, pourra toujours demander communication des pièces du dossier et, *a fortiori*, des griefs au stade du contentieux.

Par ailleurs, un an plus tard dans une décision du 7 juin 2017, le Conseil d'État a aussi reconnu qu'il appartient à l'autorité disciplinaire compétente de veiller, sous le contrôle du juge, à ce que l'ancienneté des faits pris en compte ne conduise pas à entraver l'exercice effectif des droits garantis³.

De même, il convient de préciser que dans une jurisprudence intervenue l'année suivante, le 26 avril 2018, et dans la continuité de ce développement des droits de la défense en la matière, le Conseil d'État a fait ressortir des dispositions

¹ CE, 29 juin 2016, *Eurl DLM Sécurité*, n° 398398 B, cons. n° 4.

² *Ibid.*, cons. n° 3.

³ CE, 7 juin 2017, *Sté Vaillance courtage*, n° 393509, publié au *recueil Lebon*, p. 607.

législatives du code de la construction et de l'habitation qu'un organisme de logement contrôlé ne peut faire l'objet d'une proposition de sanction par l'Agence nationale de contrôle du logement social au ministre du logement qu'après que son conseil de surveillance, son conseil d'administration ou son organe délibérant a été mis en mesure de présenter ses observations sur le rapport définitif de contrôle¹. En l'espèce, si l'organisme avait bien reçu communication d'un rapport provisoire d'inspection et avait présenté des observations sur celui-ci, le rapport définitif n'a, pour sa part, pas été communiqué avant d'être envoyé avec une proposition de sanction au ministre et la décision de sanction est intervenue avant l'expiration du délai de 4 mois imparti à l'organisme contrôlé pour présenter ses observations sur ce rapport définitif. Cela a donc conduit le juge administratif à censurer la décision de sanction attaquée. Cette décision est une illustration concrète de la façon dont la juridiction administrative applique de manière de plus en plus précise les principes dégagés puis rénovés en la matière.

Outre cette codification et la jurisprudence du Conseil d'État s'inscrivant dans sa continuité, la jurisprudence du Conseil constitutionnel née de l'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a également contribué à la rénovation du principe des droits de la défense en matière de sanctions administratives.

L'apport de la jurisprudence QPC aux droits de la défense en matière de sanctions administratives. Ainsi que le relève Régis Fraisse dans son commentaire autorisé aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, les sages de la rue Montpensier ont saisi l'occasion de la réforme ayant instauré la QPC pour renforcer les bases constitutionnelles de l'article 16 de la DDHC² et cela a eu pour conséquence de renforcer les principes en découlant dans la matière de la répression administrative. En effet, à l'occasion d'une décision relative à l'Autorité de la concurrence (relevant certes de la compétence du juge judiciaire pour le

¹ CE, 26 avr. 2018, *SA d'économie mixte Habiter à Yerres*, n° 409688, publié au *recueil Lebon*, p. 533.

² R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *NCCC* n° 44, juin 2014.

contrôle des sanctions pécuniaires sur le fondement des dispositions du droit de la concurrence relatives au code du commerce, mais aussi de la compétence du Conseil d'État pour les sanctions prononcées en matière de contrôle des concentrations¹), le Conseil constitutionnel a étendu les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 aux autorités administratives indépendantes tout en les déclarant « *indissociables de l'exercice de [leurs] pouvoirs de sanction* »². En conséquence, il ressort de la jurisprudence du juge constitutionnel que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'impose nécessairement aux autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction, peu important que le législateur ait qualifié ces autorités de juridiction³ ou non⁴. La progression des droits et libertés fondamentales en la matière est donc particulièrement marquée, produisant des effets nets sur les dispositions législatives adoptées par le législateur national, comme pour ces deux décisions dans lesquelles le juge constitutionnel a censuré des dispositifs législatifs ne respectant pas ces libertés et permettant des sanctions ne respectant pas ces principes fondamentaux. Cette évolution s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence amorcée de longue date non seulement par les juridictions nationales administrative et constitutionnelle, mais aussi, notamment, par la Cour européenne des droits de l'homme qui les a inspirées⁵.

¹ En l'espèce, le Conseil constitutionnel était justement saisi dans le cadre d'une affaire de contrôle de concentration d'entreprises, par une décision CE, 17 juill. 2012, *Sté Groupe Canal Plus et autres*, n° 353856.

² Cons. const., 12 oct. 2012, *Sté Groupe Canal Plus et autres*, n° 2012-280 QPC, cons. n° 16 et 19 ; v. aussi Cons. const., 13 déc. 2013, n° 2013-359 QPC et Const. const. 14 oct. 2015, n° 2015-489 QPC.

³ Cons. const., 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur* [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire], n° 2011-200 QPC, cons. n° 7 et 8 ; v. auparavant : Cons. const., 25 nov. 2011, *M. Michel G.* [Discipline des vétérinaires], n° 2011-199 QPC, cons. n° 11.

⁴ Cons. const., *Sté Numéricable SAS et autre* [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], n° 2013-331 QPC, cons. n° 12.

⁵ V. par ex. : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/Pays-Bas*, préc. (sur la notion d'accusation en matière pénale) ; CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c/France*, n° 5242/04 (sur l'incompatibilité avec les principes de la Convention, selon la jurisprudence de la Cour, du pouvoir d'une autorité de sanction de se saisir d'office) jurisprudence rejointe par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 2 déc. 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, n° 2011-200 QPC, préc. Cons. const., 25 oct. 2013, *Sté Boulanger* [Taxe locale sur la publicité extérieure II], n° 2013-351 QPC, cons. n° 6 ; CEDH, 20 janv. 2011, *Vernes c/France*, n° 30183/06 ; CE, Ass., 30 juill. 2014, *M. Vernes*, concl. S. Von Coester, *RFDA* 2014, p. 945 ; *AJDA* 2014, p. 1580 et CE, 9 mars 2016, *Vernes II*, n° 392782, *AJDA*

Certains principes non applicables indistinctement à tous les types de sanctions.

Toutefois, si l'évolution des libertés fondamentales et des principes des droits de la défense notamment est indéniable, certains droits ne sont pas indistinctement applicables à tout type de sanction. En effet, la CEDH notamment a reconnu, avec les juridictions nationales, que l'encadrement du pouvoir de sanction pouvait être différent d'une autorité administrative indépendante à l'autre, tantôt les garanties de l'article 6§1 de la CESDH doivent être respectées dès la phase de l'enquête administrative. Tantôt elles ne peuvent être respectées qu'au stade de du prononcé de la sanction, parfois dans sa phase administrative et parfois dans la phase postérieure du contrôle juridictionnel¹. C'est ainsi que la publicité des débats, par exemple, est exclue devant certaines autorités administratives indépendantes comme l'Autorité de la concurrence² par exemple ou n'est tout simplement pas prévue par les textes comme c'est le cas par exemple pour le CSA, la CNIL ou encore l'ARCEP. Ce qui fait dire à Aurélie Cappelo que cela est « *toujours regrettable tant le secret entretient la suspicion* »³, bien que la jurisprudence de la Cour permette, le cas échéant, d'éviter une censure de cette exclusion *a posteriori* dans le cas où ces garanties juridictionnelles sont respectées en phase contentieuse.

Dans le même sens, certains principes procéduraux consacrés avec moins de force qu'en procédure pénale. Dans ce sens, certains principes procéduraux ne sont pas encore consacrés avec autant de force en droit de la répression administrative qu'en droit pénal. Il s'agit par exemple du principe de la présomption d'innocence et, dans le même champ, du droit de garder le silence.

2016, p. 944, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet (sur la publicité des audiences) ; O. Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel, 2009, *Site du Conseil constitutionnel* ; v. aussi M. Guillaume, « QPC et CEDH » in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011.

¹ CEDH, 27 sept. 2011, *Meranini Diagnostics c/Italie*, n° 43509/08, §59.

² Art. L. 463-7 C. com.

³ A. Cappelo, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, « Autorités administratives indépendantes – Les garanties procédurales devant les autorités administratives indépendantes », Dalloz, 2019, n° 204.

En effet, si le principe de présomption d'innocence est appliqué de manière générale aux sanctions administratives par la CEDH¹ et depuis une dizaine d'années par le Conseil constitutionnel², sur le fondement des articles 8 et 9 de la DDHC ainsi que de l'article 6 de la CESDH, un certain nombre de mécanismes permettent à l'autorité de poursuite de faire condamner ou sanctionner la personne poursuivie en faisant entorse à ce principe. Ces mécanismes sont notamment le faisceau d'indices précis et concordants admis aussi bien par la jurisprudence des cours suprêmes nationales que par celle de la CJUE³, la présomption de manquement en ce qui concerne par exemple les amendes aux transporteurs⁴ ou encore une présomption de culpabilité soumise à certaines conditions⁵. Si la charge de la preuve repose normalement sur l'autorité de poursuite, avec ces mécanismes autorisés par la jurisprudence en matière de sanctions administratives, l'équilibre est parfois défavorable à la personne poursuivie, étant entendu que le principe de loyauté s'applique tout de même en la matière aux autorités de poursuite⁶.

¹ Depuis longtemps pour la Cour européenne puisque cette application était déjà consacrée dans les années 80 : CEDH, 25 août 1987, *Lutz c/Allemagne*, n° 9912/82 ; CEDH, 27 août 2002, *Didier c/France*, n° 58188/00 ; CEDH, 3 déc. 2002, *Lilly c/France*, n° 53892/00.

² Cons. const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC ; Cons. const., 21 janv. 2011, *M. Jean-Claude C.* [Responsabilité solidaire des dirigeants pour le paiement d'une amende fiscale], n° 2011-90 QPC.

³ C'est notamment le cas de l'Autorité de la concurrence et de l'AMF et cette méthode est validée par le Conseil d'État comme par la Cour de cassation : CE, 30 déc. 2010, *M. Bernard A. c/AMF*, n° 326987 ; CE, 24 avr. 2012, n° 338786 et 338929 ; CE, 29 mai 2012, *Mme D. B. c/AMF*, n° 344589. Cass. com. 1^{er} janv. 2010, n° 09-14.684 ; Cass. com. 11 juin 2013, n° 12-13.961, 12-14.401, 12-14.584, 12-14.595, 12-14.597, 12-14.598, 12-14.624, 12-14.625, 12-14.632 et 12-14.648.

Cette méthode est également validée par la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne dans plusieurs décisions : CJUE, 1^{er} juill. 2010, *Knauf Gips c/Commission*, C-407/08, §47 ; Trib. UE, 17 mai 2013, *Trelleborg Industrie et Trelleborg c/Commission*, T-147/09 et T-148/09, § 87 ; Trib. UE, 16 juin 2015, *FSL e.a. c/Commission*, T-655/11, § 481 ; Trib. UE, 10 nov. 2017, *Icap*, T-180/15.

⁴ V. par ex. récemment : CAA Versailles, 26 janvier 2016, n° 14VE00494 ; CAA Paris, 12 décembre 2017, *Société China Southern Airlines Corporation Limited*, n° 16PA03830 (jurisprudence rendue sur le fondement des articles L. 625-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

⁵ CEDH, 25 sept. 1992, *Phan Hong c/France*, n° 13191/87 ; Cons. Const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, *préc.* ; Cass. crim. 2 juin 1993, n° 92-81-422 : 1°) présomptions de culpabilité non irréfragables, 2°) vraisemblables, 3°) dans le respect des droits de la défense et 4°) uniquement dans les matières les moins graves.

⁶ Cass. ass. Plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 (pour l'Autorité de la concurrence) ; Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267 (pour l'AMF).

De même, si le droit de garder le silence s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle à l'occasion du contrôle *a posteriori* de la loi sur la garde à vue par le Conseil constitutionnel¹, ce n'est assurément pas encore un principe généralisé en matière de poursuites effectuées par les autorités administratives², bien qu'il trouve néanmoins à s'appliquer en vertu notamment de la jurisprudence de la CEDH³. En effet, outre des obligations faites aux professionnels de communiquer tout document nécessaire à l'accomplissement des missions des agents chargés des investigations⁴, des infractions pénales sont aussi prévues pour des oppositions, « *de quelque manière que ce soit* », à l'exercice des fonctions des agents d'investigation des autorités de poursuite telle que l'Autorité de la concurrence ou l'AMF⁵. Ainsi, « *refuser de communiquer les documents demandés par les agents [semble], en soi, [être] constitutif de ces infractions* » bien que ni les textes ni la jurisprudence ne permettent de l'affirmer avec certitude⁶. En outre, un autre manquement est prévu par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires susceptible de sanctions de l'AMF en cas de refus de communication d'informations ou de réponse à une convocation ou de refus de donner accès à

¹ Cons. const., 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], n° 2010-14/22 QPC.

² Cons. const., 8 juill. 2016, n° 2016-552 QPC, cons. n° 7 à 10 : cette décision, relative à l'article L. 450-3 du code de commerce, valide le raisonnement retenu par les dispositions législatives faisant obligation aux professionnels de communiquer des documents susceptibles de les incriminer eux-mêmes et qui semble pourtant bien porter atteinte au droit de garder le silence (v. aussi les articles L. 621-10 et L. 621-10-1 du code monétaire et financier ainsi que l'article 44 de la loi n° 78-17 modifiée du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

³ CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/France*, n° 10828/84 ; v. par exemple le raisonnement de l'AMF : « *Si le droit de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination doit être respecté dans le cadre de l'enquête qui précède la saisine de la Commission des sanctions, ni le code monétaire et financier, ni le règlement général de l'AMF, ne donne obligation aux enquêteurs de signifier à la personne auditionnée qu'elle a le droit de se taire lors de son audition, qui ne peut, en tout état de cause, être contrainte et repose sur le bon vouloir de l'auditionné* » (AMF, 6 août 2012, n° SAN-2012-12).

⁴ Art. L. 450-3 C. com. *préc.*; art. L. 621-10 et L. 621-10-1 du c. mon. fin.

⁵ Art. L. 642-2 c. mon. fin. (AMF) ; art. L. 450-8 c. com. (Autorité de la concurrence) ; art. 51 de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 *préc.* (CNIL) et art. 79 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, dite « Loi Léotard » (CSA).

⁶ Art. cit., A. Cappelo, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, « Autorités administratives indépendantes – Les garanties procédurales devant les autorités administratives indépendantes », n° 135.

des locaux professionnels, « sous réserve d'un secret légalement protégé et opposable »¹.

Un bilan largement positif dans l'avancée des droits de la défense en matière de sanctions administratives. Il n'en demeure pas moins que si l'on doit d'ores et déjà tirer un bilan des avancées opérées ces dernières années en matière de droits de la défense dans la procédure d'adoption des sanctions administratives, celui-ci s'avère largement positif. En effet, les jurisprudences sont nombreuses montrant l'élargissement de l'application de ces droits à la répression administrative, bien qu'il soit aussi vrai que des jurisprudences montrent que certains droits, en dépit d'avancées, ne sont pas consacrés à l'identique en matière pénale et administrative. Ce bilan peut être mis en perspective avec l'ouverture progressive des recours contentieux et des pouvoirs des juges contrôlant la légalité de ces sanctions administratives, renforçant ainsi encore la protection des droits fondamentaux en la matière.

2. Les recours contentieux progressivement ouverts et étendus devant le juge administratif

L'évolution du contentieux administratif des sanctions. Avant la jurisprudence *Société ATOM* du Conseil d'État², qui a considérablement élargi les pouvoirs du juge administratif en matière de contrôle des sanctions administratives, plusieurs lois ou décrets avaient déjà fait passer l'office du juge en la matière de l'excès de pouvoir³ au plein contentieux, que ce soit explicitement ou implicitement et tels qu'interprétés par le juge administratif⁴.

¹ Art. L. 621-15-III con. mon. fin. Le seul secret professionnel n'est pas opposable en vertu notamment des art. L. 621-9-3 c. mon. fin. et L. 450-7 c. com.

² CE, Ass., 16 février 2009, *Sté ATOM*, n° 274000, publié au *recueil Lebon*, concl. Vallé.

³ CE, 5 avr. 1944, *Guignard*, publié au *recueil Lebon*, p. 110 ; CE, 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, n° 112820, publié au *recueil Lebon*, p. 70 ; CE, Sect. 4 déc. 1992, *Ministre du Budget c/Établissements Quiblier fils*, publié au *recueil Lebon*, p. 434.

⁴ V. la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 modifiée, *préc.*, pour le CSA (CE, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq*, n° 115052, publié au *recueil Lebon*, p. 117, concl. Frydman) ; la loi n° 92-190 du 26 févr. 1992 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour les amendes aux transporteurs prises par le ministre de chargé de l'immigration (aujourd'hui ministre de l'intérieur), v. CE, Sect., 23 nov. 2001, *Cie nationale Air France*, n° 195550, publié au *recueil Lebon*, p. 576 ; la loi n° 99-588 du 12 juill. 1999 portant création de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires ; la loi n° 89-1014 du 31 déc. 1989 portant adaptation du code des assurances à

L'application de cette jurisprudence augmente déjà les droits des personnes poursuivies en ce qu'elle permet une application du principe de la rétroactivité *in mitius* ou autrement formulé le principe de l'application immédiate de la loi répressive nouvelle plus douce¹ ou encore de l'ouverture au juge de pouvoirs de modulation du montant de la sanction dans la mesure où le juge de l'excès de pouvoir ne peut, pour sa part et en principe de façon binaire, que décider d'annuler la sanction ou de rejeter le recours.

L'élargissement de l'office du juge de plein contentieux en matière de sanctions.

Après la décision *ATOM*, d'autres types de sanctions auparavant dans le champ de l'excès de pouvoir sont entrées dans le champ du recours de pleine juridiction. Il s'agit notamment des décisions de retrait de carte de résident², des sanctions

l'ouverture du marché européen et l'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive n° 2005/68/CE du Parlement et européen et du Conseil du 16 nov. 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances, pour l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles fusionnée avec la Commission bancaire et devenue Autorité de contrôle prudentiel en 2008 (CE, 10 mars 2003, *Laurent et autre*, n° 227357, mentionné aux tables du *recueil Lebon*, p. 667) ; la loi n° 88-1201 du 23 déc. 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances modifiée (CE, 3 févr. 1999, *Bedoian*, n° 172404, publié au *recueil Lebon*, p. 11), pour le Conseil de discipline des organismes de placement des valeurs mobilières ; la loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières modifiée, pour l'AMF (CE, 3 déc. 1999, *Didier, préc.*) ; l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 déc. 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier, pour les sanctions prononcées par le ministre de l'économie et des finances à un investisseur étranger ayant procédé sans autorisation à un investissement participant à l'exercice d'une autorité publique de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou relevant du secteur de l'armement ; le décret n° 99-475 du 4 juin 1999 instituant un article R. 160-14 et le décret n° 2002-24 du 3 janvier 2002 instituant un article R. 217-3 du code de l'aviation civile, pour les amendes prises par le ministre chargé de l'aviation civile ou par le préfet en cas de non-respect des dispositions dudit code ; la loi n° 96-142 du 21 févr. 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales instaurant un article L. 2541-11 du CGCT prévoyant un recours de pleine juridiction de l'opposition ouvert aux conseillers municipaux intéressés contre des décisions du conseil municipal excluant temporairement ou pour la durée de son mandat un conseiller municipal ayant commis des fautes disciplinaires ; la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, pour la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ; la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, pour l'ARCEP ; l'ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport instaurant un article L. 232-24 dudit code, pour l'Agence française de lutte contre le dopage ; pour davantage de précisions sur les jurisprudences afférentes, v. V. Haïm, *Répertoire de contentieux administratif*, « Recours de pleine juridiction », Dalloz, 2019, n° 41 ; v. aussi *Répertoire de contentieux administratif*, « Autorités de régulation », Dalloz 2016, n° 148.

¹ D. Botteghi et A. Lallet, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *AJDA* 2011, p. 156.

² CE, 10 juin 2009, Z., n° 318898.

de retrait de permis de conduire¹ ou encore des sanctions administratives prononcées par Pôle Emploi en matière de revenu de remplacement des demandeurs d'emploi². Surtout, les demandes susceptibles d'être soulevées devant ce juge se sont multipliées puisque « *son contrôle s'est progressivement élargi à la phase aval de la sanction [avec] les décisions de publication de la sanction qui peuvent avoir des conséquences particulièrement importantes pour les personnes sanctionnées. Le recours de pleine juridiction permet également désormais aux justiciables de contester les événements antérieurs à la procédure disciplinaire tels que l'enquête administrative ou les visites domiciliaires* »³ par exemple.

Un office très large pour le contentieux des sanctions. Par ailleurs, il peut arriver que le juge du plein contentieux s'écarte de son rôle d'administrateur-juge au profit des libertés de la personne poursuivie, tirant les conséquences d'une irrégularité due aux dispositions législatives censurées par le juge constitutionnel comme contraires au principe constitutionnel d'impartialité⁴. En effet, dans une décision *Best* du 11 avril 2018⁵, le Conseil d'État a décidé qu'il ne lui appartenait pas de se substituer à l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) après avoir annulé une décision de sanction à raison de ses vices propres. Ce faisant, certains ont pu considérer qu'il méconnaissait de façon « *incompréhensible* » son office de « *juge administrateur en l'absence de texte restreignant ses pouvoirs et [qu'il permettait] à la personne qui aurait dû être sanctionnée d'échapper à toute sanction* »⁶. Toutefois, la lecture de cette décision éclairée par les conclusions de son rapporteur public Xavier Domino permet de préciser qu'en réalité, « *l'annulation sèche* » de la décision n'est qu'une conséquence nécessaire

¹ CE, avis, 9 juill. 2009, *B.*, n° 336556.

² CE, 23 févr. 2011, *C.*, n° 332837.

³ Art. cit., CE, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, « Les dossiers thématiques du Conseil d'État », §2-2-2 ; v. CE, 6 nov. 2009, *Sté Inter Confort*, n° 304300 ; CE, 15 mai 2013, *Sté Alternative Leaders France*, n° 356054 ; CE, 12 juin 2013, *Sté Natixis*, n° 349185.

⁴ Cons. const., 2 févr. 2018, *M. Axel. N.* [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives], n° 2017-688 QPC.

⁵ CE, 11 avr. 2018, *Best*, n° 413349, mentionné aux tables du *recueil Lebon*, cons. n° 7.

⁶ Art. cit., V. Haïm, *Répertoire de contentieux administratif*, « Recours de pleine juridiction », n° 277.

des effets de la décision d'abrogation différée du Conseil constitutionnel¹. Néanmoins, il est vrai qu'avec la lecture du principe dégagé par le Conseil d'État, il semble qu'une telle décision puisse être prise même en l'absence d'une déclaration d'inconstitutionnalité du juge constitutionnel, dès lors que la décision de sanction administrative est simplement entachée d'un vice qui lui serait propre, notamment un vice incompatible avec les principes procéduraux évoqués plus haut.

Le problème vient sans doute du fait que le juge administratif n'a pas précisé la nature de l'annulation qu'il retient à son point 7.

Le rapporteur public a précisé que « *de façon générale [...] lorsque le juge de plein contentieux censure une décision de sanction pour un motif d'irrégularité qui remet en cause l'existence même de l'engagement même de la procédure répressive, il ne lui appartient pas de prononcer de lui-même une nouvelle sanction* » et qu'autant « *le juge de plein contentieux peut réformer une sanction en substituant son appréciation à celle de l'administration, autant il ne peut pas absoudre les irrégularités de procédure qui justifient que de sanction, il n'y ait point. L'anéantissement de la sanction pour irrégularité éteint l'action et conclut l'affaire sans possibilité pour le juge de rejouer la partie* ». Le rapporteur public rappelle d'ailleurs aussi que le Conseil d'État avait déjà jugé dans ce sens précédemment au moins à trois reprises dans des contentieux de pleine juridiction². En tout état de cause, ces mots du rapporteur public éclairent véritablement la portée de la décision, qui ne précise pas la cause de l'annulation mentionnée à son point 7. Cependant, si l'on distingue la notion d'annulation de la notion de réformation, l'orthodoxie de la décision de la Haute juridiction administrative est sans doute préservée. Ce ne serait donc que lorsque la décision est réformée qu'elle peut faire l'objet d'une nouvelle sanction prononcée par le juge en lieu et place de l'administration, et non pas lorsqu'elle est « annulée ».

¹ Concl. X. Domino, sous CE, 11 avr. 2018, *Best*, n° 413349, www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2018-04-11/413349?download_pdf.

² CE, Ass., 23 févr. 2000, *Sté Labor Métal*, n° 195715 A ; CE, Sect., 17 oct. 2003, *M. Xavier YX*, n° 237290, A ; CE, 20 oct. 2000, *Sté Habib bank limited*, *préc.*

Les autres offices du juge administratif en matière de sanctions : l'approfondissement de l'excès de pouvoir. L'élargissement et l'approfondissement de l'office du juge administratif en matière de sanctions administratives n'est pas propre au seul contentieux de pleine juridiction. En effet, le contentieux de l'excès de pouvoir, lui aussi, a connu une extension ces dernières années, notamment avec l'ouverture en 2014 d'un recours aux détenus contre les avertissements¹, alors même qu'à l'origine les décisions de l'administration pénitentiaire bénéficiaient d'une immunité juridictionnelle avant les célèbres décisions *Hardouin* et *Marie*². Plus encore, parachevant une longue évolution influencée par les jurisprudences constitutionnelle et européennes, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur les sanctions administratives n'est plus comme au début du XX^e siècle un contrôle restreint³ mais un contrôle normal⁴, voire analysé par certains comme un contrôle maximum dans la mesure où il s'agit d'un contrôle de proportionnalité⁵, depuis des décisions du 13 novembre 2013 et du 1^{er} juin 2015.

Un contrôle de cassation du Conseil d'État également renforcé ces dernières années. Dans le même ordre d'idée que le recours pour excès de pouvoir, le contrôle du Conseil d'État s'est également renforcé dans le contentieux des sanctions administratives. Ainsi, depuis le 10 février 2014, le juge de cassation statuant sur les pourvois en cassation contre les décisions des juridictions disciplinaires opère un contrôle de la qualification juridique des faits sur l'appréciation portée par la juridiction administrative spécialisée sur la question de savoir si en dépit de la reconnaissance de l'existence d'une faute, il pourrait être justifié de dispenser totalement de sanction la personne poursuivie⁶. De même, et peut être surtout, un contrôle à mi-chemin entre le contrôle de la dénaturation et le contrôle de la qualification juridique des faits est apparu dans cette jurisprudence

¹ CE, 21 mai 2014, *Garde des Sceaux c/Mme G.*, n° 359672

² CE, 17 févr. 1995, *Hardouin*, n° 108866 ; CE, 17 févr. 1995, *Marie*, n° 97754.

³ CE, 4 avr. 1914, *Gomel*, n° 55125 ; CE, 14 janv. 1916, *Camino*, n° 59619.

⁴ CE, Ass., 13 nov. 2013, *M. D.* n° 347704 ; CE, 1^{er} juin 2015, *M. B.*, n° 380449.

⁵ A. Planchard, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2015, <https://journals.openedition.org/revdh/1391>, note sous CE, 1^{er} juin 2015, *M. B.*, n° 380449.

⁶ CE, 10 févr. 2014, *Ministre des affaires sociales c/ D.*, n° 360382.

avec un contrôle d'une sanction relevant certes de l'appréciation souveraine des juges du fond au regard des circonstances de l'espèce, mais aussi d'une vérification par le juge de cassation qu'elle n'est pas « *hors de proportion* » avec la faute commise et qu'elle a ainsi pu être légalement prise, avec la jurisprudence d'Assemblée *Bonnemaison* de 2014¹. Cette jurisprudence relative au contrôle de cassation a d'ailleurs été transposée au recours pour excès de pouvoir par une décision *La Poste* du 27 février 2015². Cette jurisprudence marque à n'en pas douter une avancée importante pour le contrôle des sanctions administratives et a, à ce titre, été qualifié comme constituant un *a fortiori* pour le contrôle de cassation en contentieux de pleine juridiction³.

Une évolution des règles procédurales couplée avec une évolution des règles de fond. Si les règles de procédures et les droits et libertés fondamentaux ont été renforcés à travers l'office du juge administratif lors des dernières évolutions jurisprudentielles, ces dernières se sont naturellement et nécessairement accompagnées d'évolutions des règles de fond du droit des sanctions administratives.

II. L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE FOND DU DROIT DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Les règles de fond du droit des sanctions administratives suivant un double mouvement. Les règles du droit pénal ont naturellement irrigué, encore ces dernières années, les règles de fond du droit des sanctions administratives **(1)**, mais elles se sont aussi adaptées à certaines spécificités de la matière de la répression administrative **(2)**.

¹ CE, Ass. 30 déc. 2014, *M. Bonnemaison*, n° 381245.

² CE, 27 févr. 2015, *La Poste*, 376598, 381828.

³ Concl. S. Roussel sous CE, 11 déc. 2020, *Sté Air France c/ministre de l'intérieur*, n° 427744 et 427745.

1. L'irrigation du droit des sanctions administratives par les principes issus du droit pénal

Le principe de légalité des délits et des peines : assoupli depuis l'origine en la matière mais renforcé récemment. Ce principe est fondé sur l'article 8 de la DDHC. S'il s'est toujours appliqué à la répression administrative, il était traditionnellement admis que ce principe était assoupli en matière de sanctions administratives¹, cependant la jurisprudence du Conseil d'État a réaffirmé que cela n'empêchait en rien que les termes de la loi relatifs à l'incrimination devaient être suffisamment clairs et précis². Il en a été de même avec l'instauration de la QPC dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'agissant de la sanction et de son montant³.

Le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines : renforcé en matière de sanctions administratives. Comme de nombreux autres principes de la matière, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines a été renforcé récemment à l'occasion notamment d'une QPC, avec une motivation particulièrement développée du Conseil constitutionnel s'agissant de la proportion entre le montant prévu par la loi et le comportement incriminé par la loi, avec trois arguments : en premier lieu, l'objectif poursuivi par le législateur de préserver l'ordre public économique suppose que la loi prévoit des sanctions suffisamment dissuasives. En deuxième lieu, sur la gravité et les effets de comportements incriminés, non seulement la sanction est proportionnée à la nature des faits mais aussi à la circonstance qu'ils ont pu ou peuvent encore produire des effets même lorsqu'ils ont cessé et « *continuer de procurer des gains illicites à l'entreprise* »⁴. En troisième et dernier lieu, s'agissant de la sanction pour les groupes d'entreprises, la loi permet de prévenir les stratégies consistant à réduire avec des restructurations du capital des sociétés leur chiffre

¹ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 1989-248 DC ; CE, Ass., 7 juill. 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales*, n° 255136.

² CE, 24 juin 2013, *Sté Colruyt France c/établissements FR Colruyt*, n° 360949.

³ Cons. const., 7 janv. 2016, n° 2016-510 QPC ; v. aussi : Cons. const. 14 oct. 2015, n° 2015-489 QPC.

⁴ Cons. const., 14 oct. 2015, *préc.*, cons. n° 15.

d'affaires, lorsqu'elles se livrent à des pratiques anticoncurrentielles dans le but de minorer le montant maximum de sanction encourue et également de prendre en compte la taille ainsi que les capacités financières des entités en cause. Par cette motivation précise et détaillée de la justification d'une sanction d'un montant maximum de 10% du chiffre d'affaires mondial des entreprises, le juge constitutionnel montre un renforcement du contrôle du respect du principe de proportionnalité en la matière.

Le principe d'individualisation des peines en matière de sanctions administratives : l'aggravation et la réduction également possibles devant le juge. Le juge administratif opère un contrôle de plus en plus affiné des sanctions qu'il est amené à contrôler, que cela soit en matière de sanctions prononcées par des autorités administratives indépendantes ou par l'administration active. En effet, un arrêt du 6 avril 2016 rendu par le Conseil d'État a montré qu'il pouvait également aggraver des sanctions prononcées par des autorités administratives indépendantes lorsqu'il opère son contrôle de la proportionnalité de la sanction¹. Il s'agissait d'un cas où un dirigeant avait commis une faute particulièrement grave, transmettre à son cousin une information privilégiée sur une offre publique d'achat d'une autre société. Dès lors, la Haute juridiction administrative a non seulement confirmé le raisonnement de l'AMF, mais a aussi augmenté la sanction déjà de 400 000 euros en l'amenant à 600 000 euros.

Dans une affaire plus récente, le Conseil d'État a fait évoluer la jurisprudence en matière de contrôle la modulation des sanctions opéré par les juridictions administratives du fond en matière d'amendes aux transporteurs aériens en transposant une jurisprudence déjà acquise en contentieux de l'excès de pouvoir du « *hors de proportion* »² en cassation et qu'aucun critère n'aurait permis, selon le rapporteur public, de ne pas transposer³. Dans cette affaire, le Conseil d'État a abaissé le montant des amendes de 5 000 euros à 3 000 euros parce que les

¹ CE, 6 avr. 2016, n° 374224.

² CE, Ass. 30 déc. 2014, *M. Bonnemaïson*, n° 381245 ; CE, 27 févr. 2015, *La Poste*, 376598, 381828.

³ Concl. S. Roussel sous CE, 11 déc. 2020, *Sté Air France*, préc.

passports congolais présentés étaient certes manifestement falsifiés, mais étaient revêtus de visas Schengen, dont la validité n'était pas contestée, apposés par les autorités consulaires françaises en dépit de la falsification reprochée¹. Ainsi, bien qu'il ne soit pas possible de vérifier que la falsification des passeports était déjà réalisée au moment de l'apposition du visa par les autorités consulaires, il a été considéré qu'il s'agissait d'une circonstance atténuante pour la compagnie aérienne et pour ses agents d'embarquements lorsqu'ils ont effectué leur contrôle, et que l'application du montant maximum devait être censurée en cassation car elle démontrait la volonté de ne pas moduler, constituant en ce sens une sanction « *hors de proportion* ».

Le principe de responsabilité du fait personnel aussi réaffirmé dans la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a eu plusieurs occasions de renforcer ce principe en matière de sanctions administratives, notamment dans la décision précitée du 14 octobre 2015 sur les autorités administratives indépendantes², mais aussi dans la décision du 25 octobre 2019 sur les sanctions administratives prononcées à l'encontre des transporteurs³, rendue dans l'affaire ayant abouti au revirement de jurisprudence du 11 décembre 2020⁴.

D'abord, en 2015, le Conseil a eu l'occasion de préciser que ce principe de responsabilité du fait personnel s'appliquait « *à toute sanction ayant le caractère d'une punition* ».

Puis, dans la décision de 2019, il a eu l'occasion de préciser le contenu du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait en indiquant que la sanction instaurée par les dispositions attaquées, « *alors même que l'irrégularité manifeste affectant le document présenté par l'étranger en cause n'a pas été détecté par les autorités publiques compétentes [c'est-à-dire les autorités consulaires ayant apposé le visa Schengen sur le passeport] pour*

¹ CE, 11 déc. 2020, *Sté Air France*, n° 427744 et 427745.

² Cons. const., 14 oct. 2015, *préc.*

³ Cons. const., 25 oct. 2019, *Sté Air France* [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national], n° 2019-810 QPC.

⁴ Le Conseil d'État abandonne en effet sa jurisprudence CE, 14 juin 2002, *Ministre de l'intérieur c/Sté Air France*, n° 228549, mentionné aux tables du *recueil Lebon*.

délivrer ce document » n'avait pas pour effet de rendre le transporteur responsable du manquement imputable à ces autorités. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences en prenant la liberté de réduire le montant de la sanction en raison de la présence du visa Schengen, ce fait ne pouvant être imputé au transporteur et constituant une circonstance atténuante.

Certains principes plus adaptés que d'autres à la matière. Si les principes précités, consubstantiels du droit pénal, sont appliqués au droit de la répression administrative d'une façon proche de l'application qui prévaut en matière pénale, d'autres connaissent une adaptation plus particulière à la matière ici en cause.

2. Une adaptation de certaines règles issues du droit pénal à la répression administrative respectant un souci de protection des libertés

Le « non bis in idem » entre sanctions administratives. C'est sans doute le principe *non bis in idem* qui a eu la coloration la plus particulière en matière de répression administrative. En effet, ce principe, qui signifie aussi le non-cumul des sanctions administratives a une valeur infra-législative en tant qu'il peut y être dérogé expressément par le législateur¹.

Le « non bis in idem » entre sanctions administratives et sanctions pénales. Par ailleurs, ce principe implique le respect d'un certain non-cumul des sanctions administratives et pénales dans certaines limites. Celles-ci peuvent en effet être cumulées pourvu que le montant total de la sanction ne dépasse pas le montant maximum des deux incriminations poursuivies. Cette interprétation a créé des divergences entre, d'une part, les juridictions françaises et, d'autre part, la CJUE² et la CEDH³. Or, en 2015-2016, le Conseil constitutionnel a trouvé une manière

¹ CE, 29 oct. 2009, *Sté Air France c/ Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)*, n° 310604 ; 310610, C. ; CE, 30 déc. 2016, *ACNUSA*, n° 395681.

² CJUE, Gde Ch. 20 mars 2018, *Menci, Garlsson Real estate e.a, Di Puma et Zecca*, C-537-16, §63.

³ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/Italie*, n° 18640/10.

de se rapprocher de la vision européenne avec une utilisation particulière du principe en retenant 4 critères susceptibles d'écarter le cumul : des faits identiques, une finalité identique, une nature identique¹ et un ordre juridictionnel identique². Puis, il a retenu une appréciation encore un peu moins restrictive en considérant qu'il fallait pour qu'un même fait puisse faire l'objet de sanctions à la fois pénale et administrative, « *soit que les sanctions ne tendent pas à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, soit que ces deux répressions ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux, soit enfin que ces deux répressions puissent aboutir au prononcé d'une sanction de nature différente* »³. En tout état de cause, les sanctions administratives ont toujours cela de particulier qu'est admis, en la matière et en particulier par les juridictions françaises, un cumul de punitions pour des mêmes faits sous certaines conditions évolutives et dont les contours ne sont pas encore très bien déterminés. En effet, il semble, au regard des différents changements opérés par le Conseil constitutionnel, qu'ils puissent encore fluctuer.

Le pouvoir de modulation même sans texte encadré par la jurisprudence administrative en matière de contraventions de grande voirie. Dans certains contentieux, tel que le contentieux des contraventions de grande voirie, le Conseil d'État a aussi adapté le principe d'individualisation des peines à une matière spécifique, en prévoyant un pouvoir de modulation même sans texte⁴, afin de se rapprocher des standards de l'article 6§1 de la CESDH⁵. En outre, cette jurisprudence s'inscrivait dans le sillage de deux décisions rendues en 2014 et 2015, étendant les pouvoirs du juge de plein contentieux des contraventions de grande voirie mais l'une allant dans le sens des libertés fondamentales de la

¹ Ce critère particulièrement a été critiqué : O. Decima, « Le fantôme de ne bis in idem », *D.* 2015, p. 874 ; comme de manière générale la position du Conseil constitutionnel : O. Decima, « Tombeau de ne bis in idem », *D.* 2016, p. 931.

² Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 et 546 QPC ; Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC.

³ B. Seiller, *Répertoire de contentieux administratif*, « Acte administratif : régime – Substance », 2020, n° 441.

⁴ CE, 25 oct. 2017, *M. Margollé*, n° 392578, concl. Victor, non publiées.

⁵ N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Paris, 3^e éd., LexisNexis, 2015, p. 255, n° 638.

personne poursuivie¹, alors que l'autre constituait plutôt une entorse à des principes bien encrés en droit pénal et qui ne se prêtent pas bien à la matière des contraventions de grande voirie².

Des évolutions et renforcements globaux des libertés fondamentales en faisant présager de nouveaux. Les différentes jurisprudences énumérées, discutées et commentées, globalement en faveur d'un accroissement des libertés en matière de répression administrative, semblent appeler d'autres évolutions jurisprudentielles dans un futur proche.

III. LES ÉVOLUTIONS POSSIBLES POUR UN RENFORCEMENT ENCORE ACCRU DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

De nouvelles évolutions susceptibles d'intervenir à partir des jurisprudences récentes.

La jurisprudence prétorienne du Conseil d'État, comme celle du Conseil constitutionnel ou de la CEDH et de la CJUE, fonctionne généralement par paliers, une jurisprudence en entraînant une autre. Ainsi, les jurisprudences récentes survenues en la matière appellent très certaines de nouvelles évolutions probables notamment du point de vue du pouvoir de modulation des autorités administratives comme du juge administratif lui-même afin d'y renforcer encore les libertés fondamentales (1). De même, plus généralement, le contrôle juridictionnel devrait probablement encore être renforcé dans le sens des standards européens allant dans le sens des jurisprudences des Cours européennes (2).

1. Un probable nouvel accroissement du pouvoir de modulation des autorités de sanction comme du juge de la répression administrative

¹ CE, 15 oct. 2014, *Voies navigables de France*, 338746.

² CE, 7 décembre 2015, *Société CMA CGM*, n° 362766.

Le pouvoir de modulation accru par la jurisprudence constructive du Conseil d'État.

Par sa jurisprudence du 11 décembre 2020, *Société Air France contre ministre de l'intérieur*, le Conseil d'État fait directement évoluer l'office du juge de cassation¹. Toutefois, il ouvre aussi, indirectement, une voie vers une évolution du pouvoir de modulation du ministre de l'intérieur en tant qu'autorité de sanction. De même, il est fort probable que ce faisant il ouvre également une voie vers l'évolution du pouvoir de modulation des juges du fond.

Le pouvoir de modulation accru pour les autorités de sanction. En pratique, le ministre de l'intérieur a toujours appliqué son pouvoir de sanction de manière binaire et ce quel qu'ait été le montant maximum de la sanction encouru par le transporteur², à savoir que soit il appliquait le montant le plus élevé lorsque l'infraction était constatée sans circonstance atténuante, soit il divisait le montant de moitié en cas de circonstance atténuante bénéficiant au transporteur. En l'espèce, l'amende incriminant des faits survenus en 2015, le montant maximum était de 5 000 euros. Or, plutôt que de réduire l'amende en la passant d'un montant de 5 000 euros à un montant de 2 500 euros, c'est-à-dire de moitié, comme le juge administratif l'a régulièrement fait lorsqu'il réduisait le montant des amendes, le Conseil d'État a retenu dans cette affaire une modulation en ramenant les amendes de 5 000 euros à 3 000 euros. Dès lors, cela semble impulser une analyse plus fine du montant choisi lors de la modulation. En conséquence de quoi, si le ministre n'est en aucun cas tenu de suivre la direction impulsée par le Conseil d'État dans ces décisions, dans la mesure notamment où il a bien plus de dossiers en la matière à traiter que la juridiction administrative et pourrait se contenter de laisser le juge effectuer cette analyse plus fine seul, dans son office de juge de pleine juridiction, il pourrait aussi tout à fait s'en inspirer. Les principes constitutionnels et

¹ CE, 11 déc. 2020, *Sté Air France*, préc.

² Le montant était d'abord de 10 000 francs avec la loi précitée de 1992, puis il a été de 1 500 euros avec l'ordonnance n° 2000-619 du 19 sept. 2000, ensuite de 5 000 euros avec la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, transposition de la directive n° 2001/51/CE du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985. Enfin, le montant maximum est désormais de 10 000 euros depuis la loi n° 2016-911 du 7 mars 2016.

conventionnels invoqués l'y invitent d'ailleurs et cela donnerait davantage de chances au ministre de maintenir intactes ses décisions en cas de recours de pleine juridiction contre elles. La juridiction administrative de première instance qu'est le tribunal administratif de Paris semble d'ailleurs aussi aller dans cette direction sans attendre que le juge d'appel ou le juge de cassation n'effectue cette analyse plus fine lors de leur contrôle juridictionnel¹. La question se pose donc de savoir si cela est susceptible de se généraliser à l'ensemble des juridictions administratives.

Le pouvoir de modulation accru pour les juridictions contrôlant les autorités de sanctions administratives. Dans la mesure où il ne s'agit pas simplement d'une jurisprudence isolée du Conseil d'État ou du tribunal administratif de Paris mais déjà de deux décisions quasiment concomitantes, on peut supposer qu'il s'agit d'un début de mouvement jurisprudentiel de renouveau du pouvoir de modulation des sanctions par la juridiction administrative dans cette matière qui peut être assimilée à un contentieux de masse tant les affaires devant les juges du fond sont nombreuses. En outre, d'une part, déjà dans le même contentieux au stade du réacheminement, sur le fondement des articles L. 213-4 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, les pouvoirs de modulation du ministre comme du juge sont bien davantage utilisés. Surtout, d'autre part, ce mouvement jurisprudentiel sanctionné par cette décision du 11 décembre 2020 du Conseil d'État s'inscrit en réalité dans un mouvement beaucoup plus vaste d'harmonisation et d'approfondissement des pouvoirs de modulation et de contrôle de cassation au regard de la proportionnalité dans le cadre du contentieux des sanctions administratives², étant entendu que, faut-il le rappeler, le juge du plein contentieux, compétent pour contrôler ces amendes,

¹ TA Paris, 17 nov. 2020, *Compagnie Royale Air Maroc c/ministre de l'intérieur*, n° 1912733 : dans cette espèce, le tribunal a ramené l'amende de 10 000 à 9 000 euros en considérant que l'un des tampons était très peu lisible du fait de la qualité de la photocopie du passeport présenté à l'embarquement. En l'espèce, aucune photocopie couleur n'était disponible dans le dossier.

² CE, Ass., 13 nov. 2013, M. D. n° 347704 (contentieux des sanctions infligées aux agents publics) ; CE, 1^{er} juin 2015, M. B., préc. (contentieux des sanctions infligées aux détenus) ; CE, 25 janv. 2016, M. P., n° 391178 ; CE, 15 mars 2016, M. M., n° 389361 ; CE, 22 mars 2017, M. Y. n° 404921 ; CE, 28 févr. 2020, M. A., n° 428711 (contentieux des sanctions infligées aux militaires).

dispose des pouvoirs les plus étendus. Une systématisation de l'affinement de l'utilisation du pouvoir de sanction par le juge administratif contrôlant les sanctions et en particulier le juge du plein contentieux serait sans doute salulaire au regard des libertés fondamentales en présence et en particulier, ici, des principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des sanctions.

Plus généralement, un mouvement jurisprudentiel de contrôle juridictionnel. Au-delà de la jurisprudence relative au pouvoir de modulation, le contrôle juridictionnel semble en passe de se renforcer encore davantage, en général, dans la répression administrative.

2. Un probable nouveau renforcement du contrôle juridictionnel des sanctions administratives par la jurisprudence du Conseil d'État

La création d'une nouvelle procédure de réexamen prétorienne en appelant d'autres. Le Conseil d'État a déjà accepté, à la suite d'une condamnation de la CEDH en 2011¹, de créer de façon prétorienne une procédure de réexamen des sanctions. C'est ainsi que dans une décision d'Assemblée du 30 juillet 2014, le Conseil d'État a reconnu qu'une condamnation de la Cour européenne constitue un élément nouveau qui doit être pris en compte par l'autorité investie du pouvoir de sanction. Dès lors, si elle est saisie d'une demande en ce sens et que la sanction prononcée continue de produire des effets, l'autorité titulaire du pouvoir de sanction doit apprécier si la poursuite de l'exécution de la sanction méconnaît les exigences de la CEDH et, dans une telle hypothèse, d'y mettre fin en tout ou partie au regard des intérêts qui lui incombent, des motifs et de la gravité des effets de la sanction, ainsi que de la nature et de la gravité des manquements condamnés par la Cour de Strasbourg². Confirmant sa création prétorienne, le Conseil d'État a consacré le principe général suivant : « *lorsqu'une autorité investie du pouvoir est saisie d'une demande tendant au relèvement d'une*

¹ CEDH, 20 janv. 2011, *Vernes c/France*, préc.

² CE, Ass. 30 juill. 2014, *Vernes*, préc.

sanction qu'elle a prononcée et qui continue de produire des effets, il lui revient d'apprécier si des éléments nouveaux [...] sont de nature, eu égard aux motifs de la sanction, à justifier de mettre un terme à son exécution »¹. Par ces décisions, le juge administratif crée de façon prétorienne et ainsi qu'il l'a fait à plusieurs reprises dans d'autres matières comme le recours en révision ou le contentieux des contrats², un nouveau mécanisme de réexamen sur le modèle de celui qui existe en matière pénale³, mais précise qu'il est loisible au législateur de créer une procédure textuelle. Il n'a cependant pas non plus remis en cause l'idée que, dans le cas où il s'agirait d'une décision juridictionnelle, celle-ci ne pourrait pas en l'état être réformée en droit interne, puisqu'elle demeure exécutoire et irrévocable⁴. Ainsi, seule une sanction administrative peut faire l'objet d'un tel réexamen dû au fait nouveau intervenu avec la décision de la CEDH.

Nul doute, donc, que le Conseil d'État pourrait poursuivre d'autres créations prétoriennees comme celles-ci dans d'autres domaines du droit des sanctions administratives. Ainsi, dans la mesure où il a déjà créé un recours contentieux et non pas seulement une procédure de réexamen administrative, le Conseil d'État est tout à fait en mesure de créer par lui-même une nouvelle voie de recours contentieuse. Il pourrait le faire dans un cas comme celui-ci, dans l'hypothèse d'une condamnation de la CEDH, mais il pourrait aussi le faire dans d'autres cas, ne nécessitant pas l'intervention d'une autre juridiction que le juge administratif national.

L'accroissement du pouvoir de l'opportunité des poursuites pour les autorités de régulation potentiel source de renforcement du contrôle juridictionnel. Récemment, le Conseil d'État a aussi fait évoluer l'état du droit en matière de sanction administrative à travers une jurisprudence importante du 4 novembre 2020 relative au pouvoir de sanction de la CNIL⁵. Dans cette décision, le juge administratif a fait une lecture libérale du texte par rapport aux pouvoirs

¹ CE, 9 mars 2016, *Vernes II*, préc.

² CE, Sect. 16 mai 2012, *Serval*, n° 331346 ; CE, Ass., 16 juill. 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545 ; CE, Ass., 4 avr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

³ Loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive ; art. 622 CPP.

⁴ CE, Sect. 4 oct. 2012, *Baumet*, n° 328502.

⁵ CE, 4 nov. 2020, *SERGIC c/CNIL*, n° 433311.

d'opportunité des poursuites historiquement dévolus aux présidents de cette autorité administrative indépendante. Certes, cette lecture apparaît plus sévère pour les libertés fondamentales des personnes poursuivies ou sanctionnées dans la mesure où il n'est désormais plus nécessaire pour le président de passer par une mise en demeure, pourtant susceptible de régulariser le manquement, avant de saisir la formation restreinte de la commission et de décider de poursuivre l'auteur de l'infraction. Toutefois, d'une part, il s'agit d'une ouverture à une protection accrue des libertés informatiques et numériques défendues par la CNIL à travers son pouvoir de sanction et, d'autre part, cela laisse nécessairement présager d'un contrôle plus poussé du Conseil d'État lui-même sur les sanctions décidées par cette autorité.

En effet, le Conseil d'État n'a fait qu'appliquer un texte clair qu'est l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version issue de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, devenu article 20 de cette loi. Néanmoins, il convient de préciser que ce n'est qu'après 26 années que la loi informatique et libertés a bien dotée la CNIL de pouvoirs autonomes de sanction¹. Entre 2004 et 2016, une sanction pouvait intervenir mais seulement après mise en demeure obligatoire prévue par l'article 45 de la loi de 1978. La sanction, avant cet arrêt interprétant la loi nouvelle, ne pouvait être prononcée qu'après que le responsable de traitement ne s'est pas mis en conformité au terme du délai fixé par une mise en demeure². Entre 2016 et 2018, l'article ajoutait que si le manquement ne pouvait être régularisé dans le cadre de la mise en demeure, le président de la CNIL pouvait alors directement saisir la formation restreinte de la commission afin de prononcer une sanction. Ainsi, cela n'étant plus qu'une faculté pour le président, les responsables de traitement doivent désormais se montrer bien plus vigilants et respecter davantage la réglementation en matière de respect des données personnelles prévue par le règlement n° (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (appelé aussi règlement générale à la protection des données ou « RGPD ») afin d'éviter toute sanction étant entendu qu'ils ne seront plus à l'abri qu'aucune mise en demeure

¹ E. Benoit, « La CNIL est libre de prononcer directement une sanction sans mise en demeure préalable », *Dalloz Actualités*, 2020.

² CE, 19 juin 2017, *Sté Optical Center*, n° 396050.

préalable n'intervienne. En outre, si le choix des sanctions s'est élargi en 2018, le montant des sanctions a particulièrement augmenté, passant de 150 000 euros maximum en 2004 (et 300 000 euros en cas de récidive) à plusieurs millions en l'état actuel du droit positif. En l'espèce, l'amende avait été de 400 000 euros et le Conseil d'État n'est donc pas revenu dessus. Il importe tout de même de préciser que la Haute juridiction administrative a bien pris en compte les circonstances de l'espèce pour ne pas moduler la sanction, dans la mesure où elle n'était que de 1% du chiffre d'affaires de la société requérante pour l'année 2017 et de 4% du montant maximum autorisé. Par ailleurs, afin d'appuyer le caractère dissuasif de la sanction et informer les utilisateurs du traitement concerné des risques auxquels ils ont été confrontés, la CNIL avait accompagné son amende « *d'une sanction complémentaire consistant en sa publication pendant une durée de deux ans avant son anonymisation* »¹.

Un contrôle juridictionnel minutieux. Le juge administratif semble donc bien poursuivre son travail de développement des libertés fondamentales en matière de sanction, ainsi que son approfondissement de son contrôle juridictionnel, continuant ainsi de veiller sur les droits et libertés des citoyens. Il est fort probable qu'il rende d'autres décisions de ce type allant dans le sens de l'intérêt général et de la protection de l'ordre public grâce au caractère dissuasif et proportionné des sanctions qu'il inflige ou qu'il contrôle.

Conclusion. Ce panorama est sans doute loin d'être exhaustif, néanmoins, il amorce un début d'inventaire des mouvements mis en place par les jurisprudences des juridictions administratives mais aussi constitutionnelle et européennes, afin d'affiner le rôle des sanctions administratives et du juge administratif dans la préservation de l'ordre public tout en assurant une protection accrue des libertés fondamentales en la matière. Certes, nombre de principes ou de libertés restent encore à préciser ou à protéger davantage, toutefois, un travail assez important a déjà été fait récemment, dans un

¹ CE, 4 nov. 2020, *SERGIC c/CNIL*, §6.

mouvement d'harmonisation des jurisprudences, que ce soit du point de vue des sanctions administratives elles-mêmes ou plus généralement du contentieux de la répression dans son ensemble.

L'ambiguïté de la notion de perpétuité en matière pénale

Jean GAZELIX - Docteur en droit privé et sciences criminelles - Attaché temporaire
d'enseignement et de recherche - Université de Bordeaux

« Démontez-moi cette vieille échelle boiteuse des crimes et des peines, et refaites-la. Refaites votre pénalité, refaites vos codes, refaites vos prisons, refaites vos juges. »

Victor Hugo, Œuvre : Claude Gueux

Une inondation sans eaux. L'expression « perpétuité » est fréquemment utilisée dans le langage courant pour désigner ce qui dure pour toujours, qui a une durée illimitée, infinie, qui dure toute la vie, etc. La matière pénale, d'ordinaire à l'aise avec l'exercice de définition, est incapable d'être claire, précise et surtout d'enlever toute ambiguïté autour de la notion de perpétuité quand on évoque notamment une condamnation à une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle à perpétuité. Pourtant, on ne peut qu'être circonspect face à l'utilisation abusive de cette notion dans le Code pénal et le Code de procédure pénale, répétée plus de quatre-vingt-huit fois¹. Elle apparaît ainsi comme une notion magique au flou conceptuel. Lorsqu'elle est rattachée à la notion de peine, il est souvent parlé de réclusion criminelle à perpétuité pour les infractions de droit commun ou encore de détention criminelle à perpétuité pour les infractions politiques et militaires².

Un retour indicatif. L'utilisation de la notion de « peine de réclusion criminelle à perpétuité » remonte au 6 juin 1960³ remplaçant celle de « travaux forcés à perpétuité » également appelées « galères » sous l'Ancien Régime. Cette dernière avait été employée par opposition à la notion de « peine de détention criminelle à perpétuité », créée par la loi du 28 avril 1832⁴ remplaçant la déportation qui s'exécutait par transportation en outre-mer, aujourd'hui exécutée

¹ V. ex. C. pén. art. 132-18, 132-76 1°, 211-1, 221-2, 311-10, 411-2, 461-3.

² Cependant, la notion de perpétuité n'est pas inhérente ni à la détention ni à la réclusion criminelle puisque le législateur prévoit également que le suivi socio-judiciaire peut être appliqué sans limitation de durée au regard de l'article 131-36-1 du Code pénal.

³ Ord. n° 60-529 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de procédure pénale et des codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer en vue de faciliter le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'État et la pacification de l'Algérie.

⁴ Loi contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle.

en métropole dans des établissements spéciaux¹. Au demeurant, si le Code pénal semble en faire une distinction, elle demeure assez formelle puisque dans ces cas elle renvoie à une peine privative de liberté. En effet, la réclusion criminelle à perpétuité ou encore la détention criminelle à perpétuité est considérée comme la peine privative de liberté maximale de l'arsenal répressif français² depuis l'abolition de la peine de mort en 1981 par la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981³. Dans la législation française, la peine de mort a été remplacée par la réclusion criminelle à perpétuité. Pour preuve, l'article 3 de cette ladite loi dispose que « *dans tous les textes en vigueur prévoyant que la peine de mort est encourue, la référence à cette peine est remplacée par la référence à la réclusion criminelle à perpétuité ou à la détention criminelle à perpétuité suivant la nature du crime concerné* », ou encore au regard de l'article 9 « *les condamnations à la peine de mort prononcées après le 1er novembre 1980 seront converties de plein droit suivant la nature du crime concerné en condamnations à la réclusion criminelle à perpétuité ou en condamnations à la détention criminelle à perpétuité* ». Depuis lors, on constate que la condamnation à perpétuité est assez rarement prononcée quand bien même possible. Ainsi, il y a eu 17 condamnations à perpétuité en 2018⁴, 11 en 2017⁵ et 11 en 2016⁶. Mais, à l'évocation de l'expression perpétuité en droit pénal français, de quoi parle-t-on vraiment ?

Une notion fondamentalement inappropriée ? Quelle est la signification du terme condamnation à perpétuité⁷ ? Le mot « perpétuité » est-il approprié ? Quel est son vrai sens en matière pénale ? Le ministère de la justice a tenté d'apporter une réponse en 2012⁸ qui laisse un scepticisme *pyrrhonique* à tous égards. Cette

¹ C. pr. pén. art. D. 70 al. 1^{er}.

² C. pén. art. 131-1, 1^o.

³ JO du 10 oct. 1981, p. 2759 ; D. 1981, p. 347.

⁴ Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2019.

⁵ Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2018.

⁶ Ministère de la Justice, Les chiffres-clés de la Justice 2017.

⁷ Question écrite n° 01429 de M. Louis Nègre (Alpes-Maritimes - UMP) publiée dans le JO Sénat du 09/08/2012, p. 1805.

⁸ Réponse du Ministère de la justice publiée dans le JO Sénat du 27/12/2012, p. 3089.

réponse mérite d'être scrutée à la loupe puisque, selon la chancellerie, il existerait une multitude de perpétuités.

Une multitude de perpétuités, une nécessité à la française. En France, il existerait une multitude de perpétuités pouvant passer de deux extrêmes. En effet, on passe de celle dite « simple » non assortie de période de sûreté à celle dite « incompressible » ou « réelle » ou encore « perpétuelle »¹, sachant qu'il subsiste des variantes. Celle dite incompressible peut amener à croire que le condamné va être théoriquement incarcéré jusqu'à sa mort et c'est dans ce contexte que la notion de perpétuité devrait se comprendre. Cependant, la conception à la française de la perpétuité se doit d'être conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) même si elle s'écarte de celle présente dans certaines législations étrangères. En effet, en France les détenus condamnés à la réclusion à perpétuité ne passeront pas, théoriquement, leur vie en prison. En réalité, ils ne passeront qu'un certain temps en détention.

La notion de perpétuité en droit comparé hors CEDH. La notion de perpétuité est connue dans de nombreuses législations² à quelques exceptions près³ mais différente de la notion française, c'est-à-dire excluant toute perspective même infime de libération conditionnelle des condamnés. C'est notamment le cas par exemple dans certains États des États-Unis appelé *life without parole* ou *LWOP* ou encore dans des pays comme en Australie, Congo, la Corée du Sud, etc.

Un miroir à deux faces. L'idée qu'il puisse exister une ambiguïté autour de l'expression de la perpétuité jalonne la matière pénale depuis longtemps. Elle fait

¹ V. ex. *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, LECUYER Y. (dir.), PUR 2012.

² PRADEL J., « La peine perpétuelle en droit comparé », LECUYER Y. (dir.), *op. cit.*, p. 41.

³ Par exemple en droit espagnol la peine de prison maximale est de 20 ans (art. 36 du CP), sauf exceptions qui peuvent élever la peine jusqu'à 25 ou 30 ans en cas de concours de délits (art. 76) et jusqu'à 25 ans en cas d'assassinat lorsque se présente plus d'une circonstance aggravante (arts. 139 et 140 du CP).

ressortir les fantômes du passé, nés d'une lutte entre l'approche sécuritaire et l'approche humaniste du droit français. Cette question sur l'ambiguïté et l'ineffectivité de la perpétuité se retrouve également dans toutes les peines : la peine prononcée par la juridiction de jugement est rarement exécutée dans sa totalité. L'idée de sécurité est souvent mise en avant pour justifier la sévérité de la justice pénale à l'égard de personnes condamnées pour les infractions les plus graves et la perpétuité en constitue le rempart. Le primat accordé à un impératif sécuritaire, entendu de manière extensive et passant par la sévérité législative, tend en effet à modifier les dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale relatives à l'expression de perpétuité. Cela a eu pour effet une diversité des conceptions textuelles de la perpétuité (I). Pour autant, ce rattachement de l'expression perpétuité à la sécurité est en opposition avec l'image humaniste que prône le législateur français découlant d'une logique d'individualisation de la peine et de la prise en compte de la personnalité du délinquant durant l'exécution de la peine. En effet, l'expression de perpétuité ne saurait être appliquée en dehors de ces principes. Ce qui pourrait constituer un redoutable défi au regard de la conception originelle de la perpétuité. Cette approche humaniste de la perpétuité doit exister pour parvenir à un véritable équilibre (II). En effet, « *l'héritage humaniste de notre modèle pénal est indéniablement mis en cause par la logique répressive sécuritaire* »¹.

I. Une diversité des conceptions textuelles

Un temps dans l'infini. La conception de la perpétuité qui prévaut dans la législation française repose sur une idée de pluralité. Il existe des textes de loi dont l'interprétation ne laisse aucun doute. Il en est ainsi par exemple des articles 132-23, 221-3, 221-4 et 421-7 du Code pénal ou encore de 720-4 du Code de procédure pénale. En effet, à travers ces dispositions, il apparaît probable que le législateur a cherché à éclipser, d'une certaine manière, la

¹ SIZAIRE V., « Que reste-il de la défense sociale ? », RSC 2017, p. 261.

perpétuité incompressible¹ dans le droit pénal. Ces dispositions mettent en exergue la durée limitée de la perpétuité (A) qui peut désormais être prolongée (B) constituant ainsi cet espace-temps.

A. Une durée limitée de la perpétuité

Une singularité particulière. La réclusion criminelle à perpétuité théorique existe bel et bien dans le Code pénal puisque l'article 131-1 dispose que « *les peines encourues par les personnes physiques sont : 1° la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité* ». Ainsi, un délinquant pourrait être condamné à une peine qui pourrait potentiellement, durer toute la vie. Pourtant, qu'un détenu soit condamné à finir ses jours derrière les barreaux relève de l'hérésie judiciaire. En effet, une peine de perpétuité sans possibilité de libération paraît inconcevable puisque l'espace-temps demeure l'étendue du droit de la peine. La réclusion à perpétuité renvoie finalement plus à une incarcération limitée à un certain temps indépendamment de la durée de vie du condamné qu'à un enfermement éternel. Pour s'en justifier, il suffit de se référer à certaines dispositions des codes répressifs qui préconisent une perpétuité se limitant à une durée, à un temps, défini(e) à l'avance.

Une présence de temps dans l'indéfini. L'examen de la législation en vigueur et des décisions de justice est révélateur de cette présence de temps dans l'infini. Si le Code pénal prévoit qu'une infraction est punie de la réclusion criminelle à perpétuité ou encore de la détention criminelle à perpétuité, les mentions « *les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au crime prévu par le présent article* » sont dans la plupart des cas intégrées à quelques exceptions près². On constate ainsi que la réclusion

¹ GALLOIS A., « Retour sur la perpétuité "réelle" », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz 2016, p. 543.

² V. ex. C. pén. art. 211-2.

criminelle à perpétuité est souvent associée à la période de sûreté¹, c'est-à-dire une période durant laquelle le condamné ne peut bénéficier, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle². C'est sans rappeler que cette dernière a été créée dans un souci de rendre effectives les peines de privation de liberté. La période de sûreté illustre indéniablement la volonté de cloisonner l'individu dans cet espace-temps. En matière de réclusion criminelle à perpétuité, la période de sûreté est de plein droit dans les hypothèses où la loi le prévoit³. La durée de cette période de sûreté est en principe de dix-huit ans⁴.

Cependant, dans le souci d'apporter une certaine réponse concrète à la multiplication de nouvelle forme de délinquance, le législateur a voulu assurer une sévérité face aux délinquants. Ce qui a conduit à une augmentation de la période de sûreté rajoutant un temps supplémentaire à la réclusion criminelle à perpétuité mais également à son domaine d'application⁵.

B. Une perpétuité à temps rallongé

Une évolution sécuritaire. Depuis l'avènement de la perpétuité, plusieurs textes apparaissent comme une démonstration de force marquant ainsi une certaine sévérité à l'égard de l'ensemble des destinataires de la sanction. L'idée est d'apporter une réponse au caractère gravissime de certaines infractions qualifiées communément de « crimes odieux » par l'opinion publique. *Une telle*

¹ Non applicable aux mineurs. V. Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945, art. 20-2. Par ailleurs, selon les dispositions de l'article 132-18 du Code pénal, si la peine encourue est perpétuelle, l'emprisonnement prononcé ne peut être inférieur à deux.

² Observatoire international des Prisons, *Le guide du prisonnier*, éd. 2004, p. 434 ; C. pén. art. 132-23 al. 1^{er}.

³ C'est notamment le cas en matière de meurtres aggravés, d'empoisonnement, de certains viols aggravés, de séquestration ou d'enlèvement, des actes constitutifs de trafics de stupéfiants ou encore de blanchiment des capitaux qui en issu, etc.

⁴ Cass. crim. 12 mars 2014, *Bull. crim.* n° 79 : *Dr. pén.* 2014, comm. 74, note VERON M.

⁵ BONIS-GARÇON E., « Le domaine de la période de sûreté », in *Pour une refonte du droit des peines : Quels changements si les préconisations de la commission Cotte étaient suivies*, BONIS-GARÇON E (dir.), LexisNexis 2016, p. 95.

évolution démontre tant une volonté d'assurer une répression sévère de ces infractions qui suscitent régulièrement un vif émoi dans la population qu'un durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité¹. L'un des textes le plus sévère est l'allongement de la période de sûreté par décision spéciale de la cour d'assises. Tout d'abord, selon les dispositions de l'article 132-23, alinéa 2, du Code pénal, elle peut être allongée jusqu'à vingt-deux ans pour certaines infractions spécifiques². Ensuite, elle peut être rallongée jusqu'à trente ans au regard des dispositions des articles 221-3, 221-4 et 421-7 du Code pénal. Ces hypothèses évoquées remettent encore en avant cette notion de la durée éventuelle de la perpétuité puisque cette période de sûreté passée, le condamné peut faire une demande de libération conditionnelle. Cela dit, pour tenir une certaine promesse de sévérité, une institution a été créée donnant l'idée de croire en une réelle perpétuité : la sécurité l'emportant sur l'humanisme. En effet, cela pouvait laisser croire à aucun espoir de libération pour un condamné à une perpétuité réelle.

Création des peines dites « perpétuité réelle ». La « perpétuité réelle », « perpétuité incompressible », ou encore « perpétuité perpétuelle » est apparu dans le Code pénal avec la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994³. Dispositions qui ont été complétées par les lois du 14 mars 2011⁴, du 3 juin 2016⁵ et du 21 juillet 2016⁶. C'est ainsi que réforme après réforme, le domaine d'application de cette institution s'est étendu touchant aussi bien les crimes contre les personnes que les crimes contre les

¹ HERZOZ-EVANS M., « La perpétuité plus réelle qu'auparavant : le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », LECUYER Y. (dir.), *op. cit.*, p. 51.

² V. ex. C. pén. art. 221-2, 221-3, 221-12, 222-2, 222-6.

³ L. n° 94-89 du 1 février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale ; COUV RAT P., « De la période de sûreté à la peine incompressible », *RSC* 1997, p. 356, RASSAT M.-L., « Création d'une peine dite incompressible », *RSC* 1994, p. 778 ; ENGUELEGUELE S., « L'institution de la perpétuité réelle : contribution à l'étude des processus décisionnels pénaux », *RSC* 1997, p. 59.

⁴ L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (1).

⁵ L. n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (1).

⁶ HERZOZ-EVANS M., « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im)précision et répression », *AJ pén.* 2016, p. 470.

biens ou encore les crimes contre la Nation, l'État et la paix publique. Selon les dispositions des articles 221-3, 221-4 et 421-7 du Code pénal, la cour d'assises peut par décision spéciale, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné. Elle est ainsi applicable au meurtre ou assassinat d'un mineur de quinze ans et précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou encore d'un assassinat commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions. Par la suite, elle a été instaurée en matière d'actes de terrorisme, à toutes les infractions déterminées passibles de la réclusion criminelle à perpétuité¹. On parle également de période de sûreté « incompressible » ou « réelle ». Cette disposition permet de rendre effectif la perpétuité et enlève par conséquent tout espoir au condamné de sortir de prison². Il ne s'agit là que d'une interprétation erronée desdites dispositions car comme le rappelle une partie de la doctrine, « *la peine perpétuelle signifie rarement l'incarcération pour le reste de la vie* »³.

Une perpétuité pas si perpétuelle, ni réelle, ni incompressible. Pour savoir dans quel contexte l'expression de perpétuité doit se comprendre et surtout l'associer à l'espace-temps, il faut se référer à l'article 720-4 du Code de procédure pénale. En effet, il faut comprendre le terme incompressible comme une perpétuité assortie d'une période de sûreté à durée illimitée, entraînant ainsi une perpétuité réelle, sans possibilité d'aménagement de la peine pour permettre une sortie de détention, sauf à obtenir un relèvement de cette période de sûreté en application de l'article 720-4 du Code de procédure pénale. Ce dernier prévoit que dans le cas où la cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le tribunal de l'application des peines ne peut accorder

¹ C. pén. art. 421-1 et s.

² GALLOIS A., « Retour sur la perpétuité "réelle" », in *Humanisme et justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 543.

³ KENSEY A., « Durée effective des peines perpétuelles », Direction de l'Administration Pénitentiaire, *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 18, novembre 2005.

l'une de ces mesures que si le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans. Cette révision de la situation peut s'expliquer de différentes raisons. Il faut d'abord voir une certaine perte de pertinence de la présomption de dangerosité qui justifiait une telle peine à l'épreuve du temps¹. Ensuite, « *sans généraliser la constatation, il arrive un moment où l'homme que l'on punit n'est plus le même qu'on a condamné* »². Une autre explication se trouve à travers la jurisprudence de la CEDH sur le fondement de l'article 3 de la convention interdisant les traitements inhumains et dégradants. Pour être compatible avec l'article 3 de la CESDH, la peine doit être compressible *de jure* et *de facto* pour laisser au condamné un « droit à l'espoir »³, c'est-à-dire d'obtenir une éventuelle libération conditionnelle⁴. Dans cet état d'esprit, l'absence absolue d'espoir d'être libéré un jour constitue un traitement inhumain et dégradant. La Cour de Strasbourg veille à ce que le droit interne propose des perspectives d'élargissement⁵ et surtout que le délai pour obtenir un réexamen de la peine ne soit pas trop long⁶. Il semble donc que la période de trente ans soit convenable aux yeux de la Cour. Ainsi, compte tenu de cette possibilité de réexamen de la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de trente années, cette peine répond aux exigences de l'article 3 de la CESDH. En effet, le droit français offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition.

La diversité des conceptions textuelles a conduit à rattacher l'expression de perpétuité à l'espace-temps même si nul ne peut prévoir quand elle prendra effectivement fin. Ce qui induit à penser qu'un condamné ne puisse pas

¹ COCHE A., *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, PUAM 2005, n° 547.

² LOMBOIS C., *Droit pénal général*, Hachette 1994, p. 149.

³ CEDH, Grde Ch., 12 fév. 2008, n° 21906/04, *Kafkakis c/ Chypre* : *Dr. pén.* 2009, chron. n° 4, n° 12, obs. DREYER E., *RSC* 2008, p. 700, obs. ROETS D. ; *RDP* 2009, p. 901, obs. SUDRE F..

⁴ CEDH, 2^e sect., 11 avr. 2006, n° 19324/02, *Léger c/ France* : *JCP G* 2006, I, 164, n° 2, obs. SUDRE F., *D.* 2006, p. 1800, note CERE J. P.

⁵ CEDH, 2^e sect., 20 mai 2014, n° 73593/10, *Làszlo Magyar c/ Hongrie* : *JADE*, 2014, obs. LAGOUTTE J.

⁶ CEDH, 4^e sect., 4 oct. 2016, n° 37871/14, *T.P. et A.T c/ Hongrie* : *Dr. pén.* 2016, comm. 182, obs. PELTIER V.

théoriquement passer toute sa vie en prison et permet d'affirmer que la perpétuité à la française est une perpétuité à temps. Cette interprétation est indéniablement signe d'une approche humaniste qui découle d'une logique d'individualisation de la peine durant son exécution par le condamné.

II. Une approche humaniste de la perpétuité

Des attentes différentes. L'expression de perpétuité vient remettre au centre des débats ce clivage traditionnel entre la place de la victime¹ et celle du délinquant dans le procès pénal. Il faut y voir deux intérêts complètement antagonistes. D'un côté, il y a une volonté des victimes d'avoir une période de sûreté quasiment incompressible s'inscrivant dans une perspective d'application effective de la peine, et de l'autre côté, il y a le principe de l'individualisation de la peine visant explicitement un objectif de réinsertion sociale. La perpétuité a été pensée de manière à être conforme aux droits et libertés fondamentaux. Il s'agit à l'évidence, d'une institution d'une trop grande complexité qui la rend pour le moins opaque, incompréhensible, à une grande partie de la population. Cependant, son approche humaniste est révélatrice d'enjeux théoriques fondamentaux car « *en fait de peine, le minimum est ordonné par l'humanité et conseillé par la politique, toutes les fois que le but de la loi peut être rempli par une peine, c'est une barbarie et un crime du législateur d'en employer une plus forte.* »². D'une part, elle a été créée pour répondre aux attentes de la population exigeant une certaine sévérité (A), et d'autre part, elle doit être conforme au droit des condamnés (B).

¹ GINESTET C., « Le retour de la victime et sa place dans le procès pénal », in *Le droit des détenus, Sécurité ou insertion ?*, DEFLOU A. (dir.), D., coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 89 ; TADROUS S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Th. Université Montpellier 1, 2014.

² *Rapport sur le projet de code pénal, recueil des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*. Première série, 1787 à 1799. Tome X, Du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789, p.747.

A. Une approche humaniste liée aux attentes de la population

L'opinion publique aux aguets. Selon l'exposé des motifs de la loi 1978¹, « toutes les infractions mettent en cause l'ordre public, mais un certain nombre d'entre elles y portent atteinte de manière particulièrement grave et heurtent la sensibilité de l'opinion publique »². Si ces propos ont été évoqués dans le cas de la période de sûreté nul doute de la possibilité de les associer également à la perpétuité. Dans le cadre de la peine privative de liberté à perpétuité, il est important de souligner que les différentes réformes qui prévoient d'augmenter le quantum de la peine sont souvent l'expression de réactions épidermiques à des événements médiatisés censés rassurer l'opinion publique en mal de répression. En effet, l'opinion publique et les médias jouent un rôle considérable dans l'intervention assez sécuritaire du législateur. Ainsi, ces acteurs extérieurs du droit, font évoluer la législation au gré des grandes affaires.

Écho aux grandes affaires. Lorsqu'il s'agit de la perpétuité, il est important de rappeler les grandes affaires qui ont été à l'origine des mesures phares en la matière. Tout d'abord, la loi du 1^{er} février 1994 instaurant une peine incompressible a été la réponse à une affaire qui a défrayé la chronique³. En effet, en 1993 la France est frappée par l'affaire dite de la petite « Karine » qui est violée et tuée par un multirécidiviste⁴. Ensuite, évoquons l'affaire du meurtre d'un policier par un membre de l'organisation terroriste ETA en mars 2010 qui a été à l'origine de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Enfin n'oublions pas, les attentats de janvier et novembre 2015 qui ont engendré la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 qui a vu l'extension aux auteurs de crimes de terrorisme la

¹ L. n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale.

² Exposé des motifs du projet de loi n° 562 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté.

³ BOULOC B., « Peine incompressible », RSC 1996, p. 152.

⁴ BENHAMOU G., « Le dernier procès du tueur multirécidiviste. L'assassin de Karine avait déjà été condamné pour viols et meurtre », Libération 27 janvier 1998.

perpétuité incompressible¹. Toutes ces affaires ont donc poussé le législateur à légiférer. À l'heure des médias de masse, l'émotion semble aujourd'hui entretenir une place croissante dans la décision politique.

Un droit toujours en réaction. L'un des reproches qui peut être fait au droit pénal français, c'est d'être toujours en réaction face à des phénomènes sociaux et de ne pas avoir pu les anticiper bien avant car la sévérité des peines est « *une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite* »². En ce sens, la perpétuité vient remplir parfaitement l'une des fonctions attribuées à la peine en général qui est la prévention³, c'est-à-dire d'une part à « *la dissuasion ou l'intimidation collective de tous les contrevenants potentiels* », d'autre part, « *l'aptitude de la peine à empêcher l'individu qui en est frappé de commettre de nouvelles infractions dans l'avenir* »⁴. Mais cette idée du droit pénal ne serait-elle pas due à une place de plus en plus ancrée de la victime dans le procès pénal ?

Un droit victimaire ? L'une des raisons évoquées pour cette volonté de rendre effective la perpétuité est la souffrance des victimes car, « *aujourd'hui, le nouveau procès politique est celui des grandes catastrophes dans lesquelles les victimes, avec l'appui d'une lourde artillerie médiatique, essayent d'obtenir la condamnation du diable disponible.* »⁵. Il s'agit non seulement de victimes directes mais également celles par ricochet⁶. Il y a depuis plusieurs années un mouvement « d'empathie » pour la victime et cela s'est matérialisé à travers la sévérité de certaines dispositions notamment celles relatives à la perpétuité. Car

¹ BERARD J., « L'autre peine de mort. La perpétuité incompressible et la lutte contre le terrorisme », *Mouvements*, vol. 88, n° 4, 2016, p. 85.

² DURKHEIM E., *De la division du travail social*, 9^{ème} P.U.F., 1973, p. 64 ; TULKENS Fr., VAN DE KERCHOVE M., CARTUYVELS Y., GUILLAIN Ch., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 37.

³ PICCA G., « La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? », in *Les objectifs de la sanction pénale en hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 53.

⁴ VAN DE KERCHOVE M., « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, vol. 127, n° 7, 2005, p. 22.

⁵ SOULEZ-LARIVIERE D., « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 27.

⁶ CESONI M. L. et RECHTMAN R., « La réparation psychologique de la victime : une nouvelle fonction de la peine ? », *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 2005, p. 158.

dans certains cas, « *la victime ou (la famille de la victime) ne comprendrait pas une autre peine que la perpétuité* »¹, ce qui permettrait également d'éviter d'autres victimes, la récidive ou encore de protéger la société. Cependant, il ne faut pas concevoir le droit pénal comme un droit fondamentalement victimaire qui dérogerait aux principes démocratiques fondamentaux orientés vers un volontarisme punitif.

In casu, si la prise en compte des attentes de la population permet de concevoir une branche humaniste dans l'expression de perpétuité, une autre attache doit aussi être perçue. Il s'agit d'un droit conforme aux droits et libertés fondamentaux du condamné. Il a fallu trouver un équilibre né de cette approche humaniste de la perpétuité.

B. Une approche humaniste liée à la situation du condamné

L'homme au cœur des préoccupations de la justice pénale. Dans le cadre de la perpétuité, par humanisme pénal, il faut comprendre l'idée que le délinquant est un homme considéré comme perfectible, donc amendable et irréductible à son acte. Les dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale en font le cœur de la sanction pénale, répondant ainsi à un souci de modernité et d'humanisme. Si le délinquant doit payer pour son crime considéré comme « odieux » aux yeux de la population, il n'est pas incongru de constater que le législateur a prévu des dispositions lui permettant de ne pas passer toute sa vie derrière les barreaux malgré une condamnation à une réclusion ou détention criminelle à perpétuité. Il est constaté que malgré la sévérité des mesures relatives aux condamnés, un mouvement d'humanisation de la perpétuité en sort incontestablement renforcé notamment par le courant d'individualisation des peines rappelé par le fameux ouvrage de Raymond Saleilles intitulé *L'individualisation de la peine* (1899).

Une individualisation née d'une humanisation. Si dans le cadre de la réclusion criminelle à perpétuité, la période de sûreté de dix-huit ans peut être augmentée

¹ BAUDON A.-M., « La réclusion criminelle à perpétuité vue par un magistrat », LECUYER Y. (dir.), *op. cit.*, p. 149.

jusqu'à vingt-deux ans, elle peut être aussi réduite par la Cour d'assises¹. La période de sûreté prononcée, peut également être ultérieurement réduite ou supprimée² par le tribunal de l'application des peines lorsque le condamné manifeste des « gages sérieux de réadaptation sociale ». Toutefois, si le condamné a vu sa période de sûreté portée à trente ans en application des articles 221-3 et 221-4 du Code pénal, la réduction ne peut intervenir qu'après vingt ans d'incarcération. Par ailleurs, lorsque la cour d'assises prononce une période de sûreté perpétuelle ou illimitée, le tribunal d'application des peines ne peut accorder l'une des mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal, qu'après que le condamné aura subi une incarcération d'une durée d'au moins trente ans. Il en est ainsi pour les faits de terrorisme ou encore d'assassinat ou de meurtre aggravé. Toutes ces mesures s'inscrivent dans cette volonté d'être conforme à l'idée de la CEDH dans des droits du condamné au regard des peines perpétuelles.

La CEDH, gardienne de l'humanisation du droit pénal. Pour comprendre le rôle crucial joué par la CEDH en matière de peine perpétuelle, il faut mettre en relief l'article 3 de la convention qui dispose que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » et la perpétuité plus réelle en droit français c'est-à-dire celle qui permet un éventuel réexamen de la situation du condamné après trente ans d'incarcération. Ce dernier dispositif permet à la perpétuité à la française d'être complètement compatible avec la jurisprudence de la CEDH puisqu'elle permet aux condamnés à la perpétuité de conserver un « *droit à l'espoir* » se concrétisant par une possibilité de libération

¹ C. pén. art. 132-23. Cependant, d'autres mesures permettent de constater ce mouvement d'humanisation conduisant à cette forme d'individualisation de la peine. En effet, il faut souligner qu'il peut y avoir une diminution de peine pour les personnes atteintes d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré leur discernement ou le contrôle de leurs actes. En matière de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, la peine privative de liberté est ramenée à trente ans. Par ailleurs, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité si le délinquant était atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, il demeure irresponsable.

² Elle peut eut également être réduite ou supprimée par grâce présidentielle au regard des dispositions de l'article 720-2 du Code de procédure pénale.

conditionnelle¹. Ainsi, pour être compatible avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la réclusion à perpétuité ne doit pas être perçue comme un dispositif sans possibilité d'aménagement. En effet, toute peine notamment la perpétuité doit pouvoir être compressible². La peine perpétuelle doit donc offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen pour être conforme à l'article 3 de la Convention qui prohibe la torture ainsi que les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Par ailleurs, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt en date du 20 janvier 2010 que ne constitue pas une peine inhumaine et dégradante au sens de l'article 3 de la convention la condamnation à la réclusion criminelle assortie d'une interdiction d'accorder au condamné les mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal dès lors qu'il résulte de l'article 720-4 du Code de procédure pénale que le tribunal de l'application des peines peut, à l'issue d'une période de trente ans, mettre fin à la mesure si le condamné présente des gages sérieux de réadaptation sociale³. Nonobstant le fait que le condamné purge une peine de réclusion criminelle se voulant réelle, il nourrit l'espoir d'être libéré un jour et sait surtout à quel moment et à quelles conditions il pourra en faire la demande.

Une libération toujours possible. Toutefois, loin de s'en tenir au durcissement des peines encourues, les textes instaurent également des règles dérogatoires d'octroi d'une libération conditionnelle à l'endroit d'un condamné à perpétuité en raison d'une individualisation née d'une certaine humanisation du droit pénal. Tout d'abord, il est utile de rappeler que tout condamné à perpétuité peut faire une demande de libération conditionnelle après avoir exécuté la période de sûreté si elle avait été prononcée. En effet, selon les dispositions de l'article 730-2 du Code de procédure pénale en matière de condamnation à perpétuité, une libération conditionnelle ne peut être accordée que par le tribunal de l'application des peines, quelle que soit la durée de la détention restant à subir ou encore

¹ CDEH, 5^e sect., 13 nov. 2014, req. n° 40014/10, *Bodein c. France* : *Dr. pén.* 2015, comm. n° 15, obs. BONIS-GARÇON E. ; *AJ pén.* 2015, p. 105, obs. CERE J.-P.

² CEDH, gr. ch., 9 juill. 2013, *Vinter et a. c. R.-U.*, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *D.* 2013, p. 2081, note RENUCCI J.-F. ; *AJ pén.* 2013, p. 494, obs. VAN ZYL SMIT D ; *Dr. pén.* 2013, comm. n° 165, obs. BONIS-GARÇON E.

³ Cass. crim. 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-88301, *Bull. crim.* n° 14 ; *AJ pén.* 2010, p. 252, obs. ROYER G.

après un avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale. Cependant, reste la question de savoir si une libération conditionnelle est possible en matière de perpétuité perpétuelle. Même si on parle de peine incompressible, une interprétation des dispositions de l'article 720-4 du Code de procédure pénale permet d'affirmer qu'après trente années d'incarcération et après l'avis d'un collège de trois experts médicaux chargé de déterminer la dangerosité du condamné, une demande de libération demeure possible. Par ailleurs, même dans le cas de la réclusion criminelle à perpétuité, le condamné peut bénéficier d'une suspension de peine pour raisons médicales au regard de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale faisant naître un certain droit de ne pas mourir en prison¹. Il existe également la grâce présidentielle qui permet au condamné d'être exempté d'une ou de la totalité de l'exécution de sa peine dont les fondements sont organisés aux articles 131-1, 133-7 et 133-8 du Code pénal et à l'article 17 de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais selon les juges de le CEDH la possibilité de bénéficier d'une suspension de peine pour raisons médicales ainsi que de la grâce présidentielle ne correspond pas à la notion de « *perspective d'élargissement pour des motifs légitimes d'ordre pénologique* »². Cependant, aucune disposition dans le droit français ne permet au condamné d'obtenir de façon automatique une libération ou un quelconque fractionnement de sa peine en la matière.

En résumé, réforme après réforme, la perpétuité reste et demeure une notion purement théorique et ne serait que partiellement effective. Si au regard des dispositions du Code pénal, elle peut être prononcée, elle est très peu voire pas du tout exécutée. Cette ineffectivité de la perpétuité doit être perçue comme une faiblesse, un aveu d'impuissance, auquel le législateur se doit d'apporter des réponses claires et précises sans donner lieu à diverses interprétations divagantes. Il faut dire que la dépendance du droit français à la jurisprudence de

¹ FOURMENT Fr., « Après l'abolition de la peine de mort, l'"abolition" de la peine de réclusion criminelle à perpétuité réelle », *Gaz. Pal.* 2011.III.2596.

² CEDH, gr. ch., 9 juill. 2013, *Vinter et a. c. R.-U.*, req. nos 66069/09, 130/10 et 3896/10, § 129.

la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que toute peine, notamment la réclusion criminelle à perpétuité soit soumise à un possible réexamen au bout d'un délai établi ne laisse pas de réelle marge de manœuvre. Pour une certaine cohérence, il faut alors supprimer la notion de perpétuité dans les dispositions des codes répressifs ou alors concevoir une réelle perpétuité sans se soucier du droit européen sur la question comme ce fut le cas de la Serbie qui a introduit la perpétuité irrévocable depuis le 21 mai 2019 dans sa législation malgré l'émoi européen. Sans aucun changement, la perpétuité à la française est et restera une perpétuité à temps sans aucune crédibilité aux yeux de l'opinion publique d'où cette vision de l'ineffectivité de la peine. À l'inverse, il existe aussi la rétention de sûreté organisée aux articles 706-53-13 et suivant du Code de procédure pénale ainsi qu'aux articles R. 53-8-53 et suivants. Même s'il ne s'agit pas d'une peine au sens strict, elle permet de prolonger la détention au-delà de la fin de peine d'un condamné présentant une grande dangerosité, caractérisée par une possibilité très élevée de récidive parce qu'il souffre d'un trouble grave de la personnalité. Elle peut notamment se révéler perpétuelle¹.

¹ RABAUX J., « La rétention de sûreté ou « la période sombre de notre justice » », *Journal du droit des jeunes*, vol. 274, n° 4, 2008, p. 36.

La participation des assemblées parlementaires d'Afrique noire à la politique étrangère : le cas du Parlement camerounais

**Lazare II AMYE ELOUNA - Ph.D en droit public de l'Université de Yaoundé II -
Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de
Douala- Cameroun - Chercheur au Centre d'Etudes et de Recherches
Constitutionnelles, Administratives et Financières (CERCAF)**

Systematisée par Montesquieu dans son ouvrage *De l'esprit des lois*, la théorie de la séparation des pouvoirs¹ suppose l'existence dans l'Etat de trois organes constitutionnels. Ainsi, le but essentiel de cette séparation des pouvoirs est d'assurer une division organique et fonctionnelle entre les pouvoirs constitués que sont, le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire. Dès lors, le législatif vote les lois, l'exécutif les applique et le judiciaire sanctionne leur violation, rendant autonome chacun de ces organes. Nonobstant cette autonomie, Montesquieu exclut l'appareil judiciaire du jeu des rapports du pouvoir car ; selon lui, seuls le législatif et l'exécutif sont en principe chargés du pouvoir politique².

Seulement, longtemps snobé et asservi, relégué dans une position d'infériorité³ par rapport au pouvoir exécutif, le pouvoir législatif est incarné par l'institution parlementaire⁴. Et en tant que baromètre de la démocratie représentative, cette institution demeure l'une des plus bousculées dans les systèmes politiques contemporains de l'Afrique noire francophone, et notamment au Cameroun. C'est

¹ Cette théorie découle en réalité de celle de la séparation des fonctions de l'Etat en tâches spécialisées. Il faut préciser que cette théorie trouve son fondement dans l'œuvre de John Locke intitulé *Traité du gouvernement civil*. Dans cet ouvrage, l'illustre auteur présente trois fonctions spécifiques de l'Etat que sont, la fonction législative qui est chargée d'établir les règles générales, la fonction exécutive qui applique les règles édictées tout en les mettant en œuvre, et la fonction fédératrice dont le rôle est la sécurité et les affaires extérieures. Dans ce sens, lire J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, coll. G.F, 1690.

² La plus utile, et la plus célèbre des définitions du pouvoir politique a été posée par Max WEBER dans son ouvrage *Le savant et le Politique* paru en 1919. Il y définit le pouvoir politique comme étant « *le monopole de la violence légitime* ». Ainsi pour WEBER, c'est seulement si le pouvoir d'Etat est respecté que la société peut s'organiser autour d'un point unanimement reconnu, et donc avancer, se restructurer. Pour plus de développements, le lexique de politique, le pouvoir politique s'entend de cette « *puissance caractéristique des gouvernants et de l'ensemble des individus, organes et institutions, exerçant une influence sur leurs décisions dont le but premier est la préservation et le développement de la société* », in C. DEBBASCH, J. BOURDON, J-M. PONTIER, J-C. RICCI, *Lexique de politique*, Dalloz, 7^e édition, 2001, p. 332.

³ K. SOMALI, *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin, du Burkina Faso et du Togo*, Thèse de doctorat, nouveau régime, Droit public, Université Lille 2 - droit et sante, Ecole doctorale n° 74, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 27 mai 2008, p. 11.

⁴ Il est traditionnellement reconnu que l'essentiel des constitutions modernes édifient le Parlement comme un organe qui agit en lieu et place des électeurs. Ces derniers en désignent les membres sans en recevoir la moindre instruction. C'est la signification juridique originelle de la représentation politique. Lire dans ce sens, L. FAVOREU, P. GAIA, et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 16^e édition, Paris, 2014, p.715.

dans ce sens que, le professeur Jean Gicquel dressant un bilan du Parlement camerounais sous la période du constitutionnalisme autoritaire, affirmait sans ambiguïtés que « *les députés condamnés à jouer les utilités remplissent le rôle assigné jadis au chœur dans les pièces antiques. Ils applaudissent et s'ébaudissent des projets de l'exécutif, à défaut de les susciter ou de les discuter. Ravalés au rang de technicien, ils mettent en œuvre la procédure législative et budgétaire, abandonnant le pouvoir qu'elle inclue au président. Le service de celui-ci accapare l'attention des élus et résume leur ambition* »¹. Allant dans le même sens, la doctrine camerounaise a de façon unanime qualifié le parlement de cette ère de « *simple élément du décor politique (...), de caisse de résonance des volontés du président de la République* »².

Mais à la faveur de l'avènement de la démocratie pluraliste du fait des élections législatives de 1992³, le Parlement camerounais renaît de ses cendres et monte peu à peu en puissance⁴. Il n'est plus uniquement et seulement cet organe constitutionnel qui prend des actes politiques et adopte des lois. Cet état de choses traduit son émancipation à l'égard du pouvoir exécutif. Ainsi, « *l'infantilisation du parlement par l'exécutif semble désormais appartenir au musée de l'histoire* »⁵. Cette émancipation du Parlement du fait de l'avènement de la démocratie pluraliste va en fait se joindre au triple mouvement de mondialisation, de régionalisation et de communautarisation que va connaître les États d'Afrique noire francophone. C'est considérant ce triple mouvement que l'institution législative camerounaise, va signer son entrée dans un domaine jadis

¹ J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain : l'exemple camerounais », in *Le Pouvoir, Mélanges Georges BURDEAU*, LGDJ, Paris, 1977, p. 721.

² M. NGUELE ABADA « La réforme du règlement intérieur de l'assemblée nationale du Cameroun » R.A.S.J., n°1, Vol 1, 2003, p.102. En réalité, il s'agissait en fait d'une évaluation réelle du travail parlementaire sous le parti unique. La situation déplorable de l'institution parlementaire est causée par l'institutionnalisation de fait du parti unique intervenue dès 1966. Lire dans ce sens, C. MONEMBOU, *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais: Contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université de Yaoundé II, Faculté des sciences juridiques et politiques, 2010/2011, p.260.

³ Ces élections ont eu lieu au Cameroun le 1^{er} mars 1992. Il s'agissait en effet des premières élections avec plusieurs partis politiques depuis 1964. Elles ont été remportées par le Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais (RDPC) par 88 sièges sur 180.

⁴ M. NGUELE ABADA, *op.cit.*, p. 103.

⁵ C. MONEMBOU, *op.cit.*, p. 260

considéré comme étant exclusif et réservé au pouvoir exécutif¹. Il s'agit de la politique étrangère de l'État². En effet, « *si l'exécutif dispose d'une capacité générale à représenter l'État et à exprimer valablement sa volonté dans l'ordre juridique international, d'autres organes de l'État peuvent également y concourir : il s'agit du parlement (...)* »³, qui dispose cependant d'une capacité limitée. Son pouvoir de vouloir pour l'État ; ou encore de s'exprimer en son nom étant circonscrit à son domaine de compétences⁴.

Il faut toutefois reconnaître au Parlement camerounais, une présence effective dans la politique étrangère dès l'accession du Cameroun à l'indépendance en 1960. À travers les différentes constitutions qu'a connues le pays, il a toujours été reconnu à l'institution législative le pouvoir de contrôler et de légiférer les actions du gouvernement et en l'occurrence son expression internationale. Son implication à l'échelon mondial obéit aux exigences d'ouverture matérialisées par différents textes en vigueur dans l'institution parlementaire jusqu'ici⁵. Il en ressort des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires propres à l'institution législative que la participation du Parlement camerounais à la politique étrangère de l'État est saisissable.

C'est une vérité indubitable que ce qui se conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément. Mais, c'est également une vérité indéniable que tout ce qui s'énonce clairement n'est forcément pas accessible à

¹ Le Parlement camerounais devenu bicaméral depuis la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, va sonner le glas de son unique rôle législatif consistant d'une part au vote des lois et d'autre part au contrôle de l'action du gouvernement.

² Dans le domaine des relations internationales, la répartition des rôles entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif a longtemps procédé d'une idée relativement simple, exprimée voici plus de cent ans par Eugène Pierre, alors Secrétaire Général de la Chambre des Députés de France. Ce remarquable fonctionnaire parlementaire, écrivait en effet que : « Négociateur ne saurait être le fait de plusieurs, et rien de ce qui touche aux relations d'un peuple avec ses voisins ne peut être préparé dans le tumulte d'une Assemblée délibérante. Cependant, il n'y a pas de questions sur lesquelles un Gouvernement puisse être exposé à compromettre les intérêts publics d'une façon plus grave qu'en matière de politique extérieure. Les vrais principes veulent que le Gouvernement ait les mains complètement libres pour toutes négociations diplomatiques, mais qu'il ne puisse jamais engager définitivement sa signature, qui est celle de la nation, sans l'avis préalable des représentants de la nation ». Dans ce sens lire, E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et Parlementaire*, LIR, Paris, 1893.

³ M. KAMTO, *La volonté de l'État en droit international*, Académie de Droit International de la Haye, Tiré à part du recueil des cours, Tome 310 (2004), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.79

⁴ *Idem*.

⁵ Parcourir le règlement intérieur du Sénat par exemple. Cf. Loi n°2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du Sénat.

tous¹. L'accessibilité varie d'une personne à une autre en fonction du domaine scientifique abordé ou étudié, car toutes les sciences n'ont pas les mêmes jargons. Ainsi, dans la présente étude, les concepts clés du sujet à l'instar de "*politique étrangère*", "*Assemblée parlementaire*" et "*participation*" doivent être définis, afin de favoriser la compréhension et la lisibilité entre les lignes développées.

Pouvant avoir plusieurs synonymes à l'instar de politique extérieure, affaires internationales, relations internationales, diplomatie..., l'expression politique étrangère² regroupe des conceptions éparses qui ont pour dénominateur commun la coopération interétatique, la diplomatie. Cette dernière pouvant être qualifiée de *diplomatie parlementaire* lorsqu'une assemblée parlementaire s'y trouve impliquée. Cependant, la tendance est pourtant élevée à opposer "*diplomatie*" et "*Parlement*" en raison de la prédominance de l'exécutif dans le domaine de la politique étrangère et de ses prérogatives dans l'action diplomatique³. Le mot "*diplomatie*" n'est substantiellement pas en son lieu habituel pour décrire les activités internationales du Parlement et des parlementaires. Il peut toutefois être accueilli dans cette expression⁴. Sans avoir la prétention de se substituer à l'activité diplomatique du pouvoir exécutif, les parlementaires camerounais ont un rôle à jouer dans la politique étrangère de l'État qui dépasse aujourd'hui la simple ratification des traités internationaux comme l'énonce la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996.

Ainsi, appréhender ce rôle des parlementaires camerounais nécessite que soit clarifié la notion même de "*politique étrangère*". Dans ce sens, pour certains auteurs comme le professeur Holsti, la politique étrangère qui se confond ici à la politique extérieure s'identifie aux orientations, engagements et actions qui

¹ Citation de Nicolas Boileau Despréaux issue de l'art poétique en 1674, in www.dicocitations.com, consulté le 15 octobre 2020.

² Pour une appréhension globale de l'expression politique étrangère, lire J. MEYRIAT, « L'étude de la politique extérieure », *RFSP*, 11^e année, numéro 1, 1961, pp. 143-154.

³ J. BOUCHER-KIROUAC, *Le député Ambassadeur : Rôles et apports des parlementaires québécois dans la politique étrangère du Québec*, Fondation Jean-Charles-BONENFANT, Assemblée nationale du Québec, Juin 2016, p.1

⁴ J-P. PANCRACIO, *Dictionnaire de la diplomatie*, Paris, Dalloz, 2007, p.213

caractérisent le rôle national d'un Etat¹. Pour d'autres encore, elle correspond soit aux principes qui orientent l'action des gouvernements dans certaines circonstances, soit aux engagements pris et garantis par des traités, soit encore « à l'ensemble des actions et des décisions exécutées chaque jour par une organisation »² sujet de droit international. De ces définitions confinées, il ressort que la politique étrangère est l'ensemble des principes, orientations, programmes, ententes, institutions et actions qui caractérisent les relations d'un Etat ou ses entités infra-étatiques avec les autres Etats.

Sous ce considérant, la politique étrangère³ se définit *in fine* ici comme l'ensemble des préoccupations, des difficultés, des évènements, des travaux, des faits qui marquent les relations entre les Etats (avec ses entités infra-étatiques) entre eux d'une part, et les autres sujets⁴ de droit international⁵ d'autre part. Ils peuvent prendre la forme d'un accord, d'une négociation, d'un partenariat, d'une coopération.

¹ K.J. HOLSTI, « National role conceptions in the study of foreign policy », in *International studies quarterly*, 1970, cité par D. ÉTHIER, *Introduction aux relations internationales*, Les Presses de l'Université de Montréal, 4^e édition, 2010, p. 135.

² C. ZORGBIBE, *Les relations internationales*, PUF, 5^e édition, Paris, 1994, p. 55.

³ Marcel MERLE établit un *distinguo* entre l'intérieur et l'extérieur d'un Etat. D'une part, la politique intérieure représente les relations internes. Quant à la politique extérieure, elle représente les relations internationales, d'autre part. Lire dans ce sens, M. MERLE, *Politique intérieure et politique extérieure*. In : *Politique étrangère*, n°5 - 1976 - 41^eannée. pp. 409-421. Il pense que l'interne désigne un espace délimité, homogène et structuré, qui peut être assimilé à un système relativement intégré et clos sur lui-même. Par opposition, l'externe désigne un espace ouvert, hétérogène et non structuré, dans lequel entrent en action une multitude de forces difficiles à identifier et à isoler.

⁴ On dit d'une entité qu'elle constitue un sujet de droit international lorsqu'elle est dotée par les normes d'un ordre juridique déterminant d'un ensemble de droits et d'obligations, ainsi que des capacités nécessaires à leur exercice. Sous ce postulat, il y a lieu d'affirmer que les catégories de sujets de droit international restent en nombre extrêmement restreint. Cette qualité a été exclusivement réservée à l'Etat souverain jusqu'à un passé récent, à peine plus d'une soixantaine d'années, si l'on fait remonter à 1949 l'affirmation explicite de l'existence d'une personnalité juridique internationale au bénéfice de l'ONU tout d'abord, puis, par extension, de la plupart des organisations internationales (voir, Avis consultatif de la CIJ sur la réputation des dommages subis au service des Nations Unies, Rec. 1949, 179 et suiv.). *In fine*, l'ordre juridique international voit se consolider la tendance à la diversification de ses sujets. Il demeure qu'en l'état actuel du droit positif, trois entités ont la qualité de sujet de droit international et cela ne saurait faire aucun doute. Il s'agit successivement et par ordre d'extension décroissante des capacités juridiques que sont l'Etat, les organisations internationales entendues comme organisations intergouvernementales et enfin les particuliers. Lire dans ce sens, P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 14^e édition, 2018, pp. 26-298.

⁵ Le droit international n'est pas seulement un instrument de formalisme des politiques étrangères mais également un facteur déterminant de leur conditionnement. *Ibid.*, p.12.

Sous ce postulat définitionnel, il faut tout aussi appréhender le concept d'Assemblée parlementaire. Cette dernière peut se définir comme une assemblée délibérative regroupant des élus du peuple, dans le but de délibérer sur les affaires de l'État relevant de son domaine de compétences, notamment les lois¹. Autrement dit, les Assemblées parlementaires sont principalement des organes constitutionnels ayant pour missions de voter les lois, de contrôler l'action politique du gouvernement² et, éventuellement, d'intervenir dans l'organisation et le fonctionnement de certaines institutions. Elles sont constituées en général de deux Chambres : une Chambre basse et une Chambre haute ; respectivement dénommées, selon les systèmes juridiques, Assemblée nationale ou Chambre des représentants et Sénat³. Ces titres impliquent un caractère délibérant, un pouvoir de décision, une adoption des lois au sens matériel, mais surtout au sens formel, faisant d'eux « *des assemblées législatives* »⁴. Ce dernier critère permet de les distinguer des autres organes constitutionnels.

Ainsi, au-delà de ce qui est reconnu habituellement au Parlement camerounais, il y a lieu de préciser que l'intervention de l'Assemblée parlementaire camerounaise au plan international se traduit par ces multiples voies et moyens variés qu'elle exerce dans la prise de décisions concernant la politique étrangère. Il s'agit de la participation du Parlement aux activités de l'État exercées au-delà des frontières nationales.

Laquelle participation implique un accès à des instances formelles permettant l'expression des membres⁵ du Parlement au sein d'un sujet de droit international. Pouvant se définir comme le fait pour une personne morale ou physique de s'engager dans une conversation, ou d'investir des capitaux dans une entreprise, ou encore d'apporter ses soins à une activité avec d'autres personnes ; la

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e édition mise à jour, Quadrige, PUF, 2016, p.89

² Cf. Article 81 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 révisée par la loi de révision n° 2002-025 du 10 octobre 2002, et la loi de révision n° 2002-029 du 31 décembre 2002.

³ P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, 5^e éd., LGDJ, 2014, 418 p. ; J. GICQUEL et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29^e éd., L.G.D.J, 2015, 860 P.

⁴ L. DOMINGO, *Les actes internes du Parlement. Etudes sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, LGDJ, 2008, p. 10

⁵ F. TILMAN, *pluralité des formes de la « participation » : Une définition par comparaison*, 2007, p 2

participation désigne des formes très éparses d'interventions comme la collaboration, le concours, la contribution, l'association, l'assistance, la coentreprise ou le partenariat. De la sorte, la manière du Parlement camerounais de prendre part aux affaires internationales de l'État et l'objet de sa participation doivent être précisés. Ceci eu égard au fait que, cette institution ne doit pas aller en marge de la politique diplomatique générale de l'État dont la charge principale revient au pouvoir exécutif en général, et au Président de la République en particulier. Car faut-il le rappeler, « *traditionnellement, la diplomatie est considérée comme le privilège de l'exécutif et rarement comme une action parlementaire majeure* »¹. En tout état de cause, il y a lieu de se demander : quelle analyse peut-on faire de la participation du Parlement camerounais en matière de politique étrangère ?

La question vise à ressortir l'hypothèse selon laquelle la participation du Parlement camerounais en matière de politique étrangère ou de diplomatie n'est ni une gestion partagée, ni à proprement parler une opération conjointe avec le titulaire de la diplomatie camerounaise. Cette participation de l'institution législative camerounaise aux affaires internationales de l'État se présente plutôt comme une contribution personnelle, à la fois passive et active à fréquence relative, ayant des enjeux variés et des moyens divers. Simplement présentée, il faut dire en d'autres termes que la diplomatie parlementaire camerounaise complète avec habileté la diplomatie classique, compétence régaliennne des représentants étatiques du pouvoir exécutif. C'est en cela que la diplomatie parlementaire camerounaise prend appui de façon naturelle sur le droit constitutionnel, notamment dans ses dimensions d'organisation de l'État, de dévolution du pouvoir, de rapport entre les pouvoirs exécutif et législatif, mais aussi de participation des citoyens à l'exercice de ces pouvoirs². Cette diplomatie parlementaire camerounaise se fonde aussi substantiellement sur le droit parlementaire, le droit international public et même les relations internationales.

¹ D. MAUS, in « Le cadre institutionnel de la diplomatie parlementaire », « La diplomatie parlementaire en France après 1945 », *Revue Parlement (s)*, p.35.

² P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, LGDJ, Lextenso, Bibliothèque de droit public, Tome 313, 2020, p.29.

Ainsi, l'itinéraire méthodologique emprunté pour étayer l'hypothèse reposera sur la méthode juridique, notamment en son volet dogmatique. Dans ce sens, le droit positif camerounais sera scruté pour ne pas aller au-delà de l'encadrement normatif du Parlement en matière de politique étrangère. À cet effet, établir une analyse de la participation du Parlement camerounais en matière de politique étrangère et ou de diplomatie parlementaire nécessite que cela soit fait selon une approche binaire. *Primo*, le volet relatif à la participation latente (I) de l'institution parlementaire en matière de politique étrangère, *secundo* le pan relatif à la participation patente (II) de la même institution en matière internationale.

I. LA PARTICIPATION LATENTE

« *Diplomatie des peuples exercée par la voix de leurs représentants élus dans les Parlements, la diplomatie parlementaire est une réalité mondiale et complémentaire à la diplomatie dite classique* »¹. Ainsi, la diplomatie parlementaire se présente comme étant une diplomatie du peuple, elle regorge par conséquent la légitimité de ce dernier. C'est dans ce sens que l'internationalisation croissante de l'activité du Parlement camerounais est portée par des élus nationaux, faisant alors participer l'assemblée parlementaire camerounaise à la politique extérieure de l'État. Les fonctions séculaires de législateur et de contrôleur dévolues aux parlementaires, se tournent tout aussi en partie vers les questions diplomatiques. Ces dernières, prises dans le cadre des fonctions séculaires sus-évoquées contribuent de la participation latente du Parlement camerounais à la diplomatie étatique.

Est par conséquent *latent*, ce qui ne serait pas visible à l'œil nu, qui serait dissimulé, mais qui pourrait se présenter à tout moment ou se dévoiler par intermittence. Les fonctions législative et de contrôle du Parlement camerounais en matière diplomatique sont, on pourrait dire "*cachées*". Elles sont dites cachées en raison de ce qu'elles ne mettent pas directement en contact le Parlement

¹ G. KIGBAFORI SORO, in préface, *La diplomatie parlementaire* de Philippe PEJO, ibid. p.7.

camerounais avec les sujets du droit international. Autrement dit, il s'agit de la participation du Parlement camerounais à la politique étrangère du point de vue interne.

Il convient de présenter cette face cachée de la politique étrangère du Parlement camerounais en ressortant d'une part la participation latente médiate (A), et d'autre part la participation latente immédiate (B).

A. La participation latente médiate

Si « *la primauté du chef de l'exécutif dans la "gestion" des compétences internationales, est inscrite dans la logique du présidentielisme camerounais. Cette logique veut que les affaires internationales relèvent du "domaine réservé" du président de la République* »¹. Seulement, le constituant camerounais de 1996 fait intervenir l'activité législative du Parlement dans les questions liées à la politique extérieure de l'Etat. Cette intervention parlementaire dans les affaires internationales s'apparente ici à un simple accompagnement du chef de l'exécutif dans sa gestion des compétences internationales. Et puisqu'il s'agit d'un simple accompagnement en raison de ce que dans son activité législative, le Parlement camerounais n'est pas de façon directe en contact avec les sujets de droit international. Il y a alors lieu de considérer cette situation de participation latente médiate de l'Assemblée nationale et du Sénat à la politique extérieure de l'État en raison de ce que ces institutions interviennent de manière interposée. Cela s'observe à travers l'autorisation parlementaire de ratification des traités et accords internationaux (1), et par le biais de la saisine parlementaire du juge constitutionnel en matière internationale (2).

1. L'autorisation parlementaire de ratification des traités et accords internationaux

Lato sensu, l'autorisation s'entend d'une « *permission accordée par une autorité qualifiée à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait*

¹ N. MOUELLE KOMBI, *La politique étrangère du Cameroun*, Harmattan, 1996, p.16.

normalement faire seule (...) en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence »¹. En effet, conformément à l'article 43 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, le seul pouvoir reconnu au Parlement en matière de traités, conventions et accords internationaux est l'autorisation de ratification² donnée au pouvoir exécutif. Cet article 43, fondement juridique de la participation latente du parlement dans la politique extérieure de l'État dispose *expressis verbis* que : « *Le Président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux. Les traités et accords internationaux qui concernent le domaine de la loi, défini à l'article 26 ci-dessus, sont soumis, avant ratification, à l'approbation en forme législative par le Parlement* ». À la lecture de cette disposition constitutionnelle, il faut se rendre à l'évidence selon laquelle, le constituant camerounais a entendu limiter le rôle du Parlement dans le domaine international, de la diplomatie, et même de la politique extérieure de l'Etat. Ainsi, l'intervention du Parlement camerounais dans l'élaboration des engagements internationaux est quasiment nulle. Sa participation se cantonne à l'approbation³ législative avant la ratification des traités et accords internationaux qui entrent dans le domaine de la loi conformément à l'article 26 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996⁴.

Toutefois, il y a lieu de préciser que la procédure parlementaire d'autorisation de ratification des traités et accords internationaux est celle qui obéit au procédé d'élaboration des lois ordinaires à l'Assemblée nationale et au Sénat. Ceci trouve justification en raison de ce que « *la loi autorisant la ratification d'un traité est une loi comme une autre, on y retrouve par conséquent tous les mécanismes et les particularités de la procédure parlementaire classique* »⁵. Sous ce postulat, dès lors qu'un projet de loi autorisant la ratification d'un traité ou accord

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit, p.107.

² Au sens de l'article 2 alinéa 1 b de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la ratification s'entend selon le cas « *de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité* ».

³ L'approbation est un consentement donné par une autorité supérieure conférant plein effet à l'acte émané d'une autorité soumise à son contrôle.

⁴ L'article 26 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 précise en effet que la loi est votée par le Parlement. Elle continue en énumérant les matières qui ressortissent au domaine de la loi. Ces matières, puisqu'elles sont énumérées, contribuent à limiter le domaine du Parlement puisque tout ce qui est énuméré est limitatif.

⁵ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.217

international est déposé sur le bureau d'une Chambre, il est renvoyé à la commission des affaires étrangères¹. Ceci pour un examen approfondi avant d'être débattu en séance plénière. Dans ce cas, l'Assemblée parlementaire en ces deux chambres autorise ou refuse la ratification selon les termes de l'article 43 de la loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996.

Sous ces diverses considérations, l'autorisation parlementaire de ratification des traités et accords internationaux se présente comme une participation latente, passive à la politique extérieure de l'État. Elle est considérée comme telle parce qu'à la vérité, le Parlement ne "vote" pas *stricto sensu* les termes de l'engagement international. Il émet juste une autorisation qui ne saurait être confondue avec le traité ou l'accord international lui-même.

Si le traité est entendu comme « *l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international* »², il constitue l'instrument favori des relations de coopération tout en étant l'instrument juridique privilégié des relations internationales. Les sujets de droit international à l'instar des États y recourent dans les domaines les plus épars. De la sorte, le traité se présente comme ce vecteur qui permet d'établir un accord de deux ou plusieurs volontés étatiques ou d'autres sujets de droit international, en vue de réaliser un but et un objet déterminé. Le consensualisme qui anime et domine tout le droit des traités réside d'abord dans l'idée que chacun des sujets qui s'engage le fait sur un strict pied d'égalité avec le, ou les autres partenaires dans la stricte mesure où il l'a librement voulu³.

En tout état de cause, la compétence étatique en matière de relations internationales, de diplomatie et de politique étrangère appartient au pouvoir

¹ Les commissions parlementaires sont des formations restreintes au sein des assemblées dont la mission est de préparer à travers un travail serein et approfondi, les fonctions de délibération et de contrôle assignées aux assemblées, préalablement à leur accomplissement final par le corps trop nombreux de la séance plénière.

² P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, op.cit, p.305.

Dans le même sens, la Convention de Vienne de 1969 sur les droits des traités définit le traité comme « *un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ».

³ *Idem*.

exécutif ou mieux au Président de la République. Ainsi, la compétence présidentielle de conduite de la politique extérieure par la négociation et la ratification des traités et accords internationaux oblige, au regard de l'article 43 de la loi constitutionnelle de 1996 le Président de la République à solliciter l'autorisation du Parlement si cet engagement international entre dans le domaine de la loi. Pour être plus digeste dans la réflexion, il faut simplement affirmer que c'est le Président de la République qui ratifie les traités et accords internationaux. Le Parlement jamais ne ratifie ni n'approuve les engagements internationaux, il n'en donne que des autorisations quand ces derniers entre dans le domaine de l'article 26 de la Constitution camerounaise. Le pouvoir de ratification reste ainsi entre les mains du chef du pouvoir exécutif. Mais il ne peut l'exercer pleinement moyennant l'intervention d'une autre autorité, d'une autre institution à savoir le législateur, le Parlement. La loi autorisant la ratification équivaut ici à une sorte de contreseing parlementaire¹.

In fine, « le Parlement participe à l'expression du consentement de l'Etat à être lié »². L'autorisation parlementaire de ratification des traités et accords internationaux s'apparente à une participation latente passive du parlement à la politique extérieure de l'État. Car, le Parlement n'est éventuellement associé à la conclusion des traités et accords internationaux que lorsqu'une loi est nécessaire pour en autoriser la ratification.

2. La saisine parlementaire du juge constitutionnel en matière internationale

La participation latente médiate du Parlement camerounais dans la politique étrangère de l'État s'observe aussi auprès du prétoire constitutionnel. En effet, le Parlement dispose du pouvoir de déférer un engagement international au Conseil constitutionnel. La lecture de l'article 20 de la loi n°2004/004 du 21 avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel constitue la

¹ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution*, Introduite et commentée, Editions du Seuil, 12^{ème} édition, 2014, p.264

² M. KAMTO, *La volonté de l'État en droit international*, op.cit, p.79

base juridique de la saisine parlementaire du juge constitutionnel en matière internationale. Il dispose en substance que : « *Les traités et accords internationaux peuvent être déférés au Conseil constitutionnel avant leur ratification par : le président de la République, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, un tiers des députés ou un tiers des sénateurs (...)* ». Mais préalablement à cette disposition de la loi de 2004, le constituant camerounais de 1996 invitait déjà le Parlement dans les affaires internationales en rapport avec le juge constitutionnel en énonçant que, « *si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un traité ou un accord international comporte une clause contraire à la Constitution, l'approbation en forme législative ou la ratification de ce traité ou de cet accord ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* »¹.

Sous ces énoncés, il convient de soulever qu'il faudrait que le juge constitutionnel soit saisi soit par certains parlementaires, soit par un quota précis de députés ou de sénateurs, avant la promulgation de la loi autorisant la ratification ou portant approbation du traité ou de l'accord international. Ainsi, en toute logique ; l'Assemblée parlementaire camerounaise peut être vectrice de l'examen par la juridiction constitutionnelle de la compatibilité entre le traité et la Constitution². Les députés et sénateurs devenant des acteurs médiats de la politique extérieure de l'État.

En tout état de cause, le juge constitutionnel peut-être saisi par le Parlement entre le moment où le projet de traité ou d'accord international est signé et le vote de la loi autorisant la ratification. Ainsi, avant la signature il est trop tôt en raison de ce que le projet n'existe pas juridiquement³. Après le vote de la loi, il est trop tard parce que ce serait mettre en cause la validité de la loi⁴.

¹ Cf. article 44 de la loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996

² La Constitution a de façon inconditionnelle, une autorité supérieure à celle des lois. Les traités ou accords internationaux ont, conditionnellement, une autorité supérieure à celle des lois. Ainsi, pour que les lois puissent respecter simultanément ces deux supériorités, il faut que celles-ci ne soient pas contradictoires entre elles.

³ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », in *Annuaire français de droit international*, Vol 23, 1977, p.100

⁴ Idem.

Si dans la théorie, et parce que riche de virtualités la saisine du juge constitutionnel en la matière est susceptible de se développer un jour, il faut soulever qu'en pratique la pratique ; la saisine parlementaire du juge constitutionnel en matière internationale semble inusitée dans le contexte camerounais. La tentative d'explication qui peut être avancée à cet égard reposerait sur le fait que le pouvoir exécutif qui introduit les projets de loi d'autorisation de ratification serait soucieux du respect de la hiérarchie des normes entre la Constitution et les traités ou accords internationaux, et entre ces derniers et la loi ordinaire¹. Toutefois, à titre de droit comparé la saisine parlementaire du juge constitutionnel en matière internationale est perceptible dans le cas français. A titre d'illustration, les présidents français du Sénat et de l'Assemblée nationale saisirent conjointement le 14 septembre 2010 le Conseil constitutionnel². Leur requête portait sur la loi interdisant le voile intégral dans l'espace public en France³. De ce fait, *« c'était une manière pour les présidents des deux assemblées parlementaires françaises de s'assurer de la conformité à la constitution d'un tel dispositif, sans évoquer de grief particulier, afin de contrer toute contestation en France mais aussi à l'étranger, tant cette loi fut observée dans le monde, en particulier dans le monde musulman »*⁴.

B. La participation latente immédiate

S'il existe une participation latente médiata du Parlement camerounais en matière de politique étrangère, alors *mutatis mutandis* il peut légitimement être évoqué une participation latente immédiate. Laquelle, quoique peu visible

¹ Dès lors qu'un traité ou un accord international a suivi la procédure de ratification, un principe s'impose en droit interne, celui de la supériorité du traité ou de l'accord international sur la loi ordinaire. Pour une meilleure appréhension de la présentation de la hiérarchie des normes, lire C. ALBIGES, *Introduction au droit*, 4^e édition, Bruylant, 2017-2018, p. 56 et suiv.

² Lire, Conseil constitutionnel français, 7 octobre 2010, DC 2010-613

³ D'après les termes d'un communiqué conjoint des présidents LARCHER et ACCOYER, *« cette loi fait l'objet de longs et complexes débats quant aux principes essentiels qui fondent notre pacte républicain (...) eu égard à sa portée »*. Ces deux personnalités ajoutent qu'ils *« ont soumis conjointement et dans les mêmes termes cette loi à l'examen du Conseil constitutionnel, afin que sa conformité à la Constitution ne puisse être affectée d'aucune incertitude »*.

⁴ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.78

permet une intervention directe et certaine de l'Assemblée parlementaire camerounaise dans les affaires internationales de l'État. Ceci peut être perceptible quand le Parlement d'un Etat peut l'engager de façon unilatérale par le biais d'actes non conventionnels, « *si les actes législatifs qu'il édicte contiennent un élément d'internationalité permettant de les rattacher à l'ordre juridique international par destination et, conséquemment, à travers les effets juridiques qu'ils y produisent. L'exemple classique est la loi fixant les limites des espaces maritimes d'un Etat, notamment la mer territoriale et la zone économique exclusive, qui relève de la catégorie des actes unilatéraux dérivés (d'un traité)* »¹.

Mais pour comprendre cette immédiateté de la participation latente du Parlement dans les relations internationales il ne sera pas question de cette virtualité juridique éthérée quoique véridique. Il est plutôt question de s'intéresser d'une part sur le droit d'amendement (1), et d'autre part sur le pouvoir de contrôle (2), lesquels semblent plus palpables.

1. Le droit d'amendement

Entendu comme étant une proposition présentée au cours d'une « *discussion en vue de modifier la teneur initiale d'un texte soumis à une assemblée délibérante* »², ou encore comme « *une suggestion de modification partielle dans le cadre d'une procédure réglementée et destinée à être soumise au vote de cette assemblée. Il prévoit en effet soit la modification du texte débattu, soit un ajout à celui* »³, le droit d'amendement est reconnu au Parlement camerounais par l'alinéa 3 de l'article 29 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996⁴. Ce droit

¹ M. KAMTO, *La volonté de l'État en droit international*, op.cit, p.79

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit, p. 61

³ J-P. CAMBY, P. SERVENT, *Le travail parlementaire sous la cinquième République*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1997, p.77

⁴ Cet article dispose en effet que : « (1) Les projets et propositions de loi sont déposés à la fois sur le Bureau de l'Assemblée Nationale et sur celui du Sénat. Ils sont examinés par les Commissions compétentes avant leur discussion en séance plénière. (2) Le projet de loi examiné en séance plénière est le texte déposé par le Président de la République. La

d'amendement concerne tous les projets propositions de loi déposés sur le bureau des deux chambres parlementaires. Il s'agit de savoir si en matière de traité et accord international relevant de la loi, le Parlement peut au moment d'accorder son autorisation à ratifier, suggérer des réserves ou des modifications que le Président de la République pourra formuler au moment de la ratification. Dans le principe, le droit d'amendement des parlementaires camerounais en la matière est quasiment inexistant. Il n'est pas possible pour ces derniers d'amender le texte de l'engagement international, puisqu'il incombe au Président de la République de négocier et de ratifier les traités et accords internationaux conformément à l'article 43 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996. Ainsi, comme le souligne Guy Carcassonne, « *les élus se trouvent ici privés de leur droit d'amendement, y compris sur l'article législatif qui autorise la ratification ou l'approbation qui ne saurait donner lieu à l'expression d'une réserve ou restriction quelconque* »¹. Autrement dit, le droit d'amendement dans le droit international demeure pour les parlementaires un mécanisme très diminué.

Toutefois, en s'intéressant aux articles 56 à 65 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale² et aux articles 59 à 68 du règlement intérieur du Sénat³, il y a lieu de se rendre compte du fait que les amendements aux projets de loi portant sur les engagements internationaux du Cameroun ne sont pas prohibés aux parlementaires et sont de ce fait recevables aux bureaux des Assemblées. De ce fait, le Parlement dispose en pratique d'une possibilité d'intervention assez ténue⁴. Saisi au stade ultime de la procédure alors que le pouvoir exécutif a déjà engagé la parole du Cameroun⁵, le Parlement ne peut amender le traité lui-même.

proposition de loi examinée en séance plénière est le texte élaboré par l'auteur ou les auteurs de celui-ci. (3) Ces textes peuvent faire l'objet d'amendements lors de leur discussion ».

¹ In *La Constitution*, Paris, Le seuil, Points, 2009, p.163

² Cf. Loi N°2014/016 du 09 septembre 2014 portant règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Cameroun, en son Chapitre XI lié à la procédure de discussion en séance plénière.

³ Cf. Loi N°2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du Sénat camerounais, en son Chapitre XIII consacré à la procédure de discussion en séance plénière.

⁴ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.218

⁵ Conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 relatif au droit des traités, le Cameroun doit respecter le *Pacta sunt servanda* à l'égard de l'autre partie à l'engagement international. Dans ce sens, on observera que le respect de ses engagements par l'État est presque immanquablement associé au principe très général, et à bien des égards, métajuridique, de la *bonne foi*, perçue comme un critère d'appréciation des conditions dans lesquelles il s'acquitte de ses obligations. Dans ce sens, lire P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international*

Mais, faisant du juridisme eu égard à ces dispositions des règlements intérieurs des deux Chambres parlementaires évoquées, la déduction suivante peut être soulevée : si le Parlement n'est pas saisi du traité ou de l'accord international en lui-même, mais d'un projet de loi pour en autoriser la ratification ; les amendements des parlementaires ne peuvent que porter sur le projet de loi et en aucun cas sur le texte de l'engagement international. Cette situation est justifiée par le fait que juridiquement, le Parlement ne se prononce pas sur l'accord, « *en l'approuvant, mais sur l'autorisation de ratification, distincte de l'accord et seule soumise à son vote, donc à son éventuel pouvoir d'amendement* »¹. D'ailleurs dans cette même veine et à titre de droit comparé, une décision du Conseil constitutionnel français en date du 9 avril 2003, sur une résolution modifiant le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, a pu faire conclure à une possible évolution de cette pratique. En effet, le Conseil consacre l'interprétation selon laquelle les amendements aux projets de loi de ratification des traités ne sont pas prohibés *a priori* mais leur recevabilité reste et demeure strictement encadrée, puisque par une réserve d'interprétation, le juge constitutionnel français a estimé qu'ils « *ne sauraient être interprétés comme accordant aux membres du Parlement compétence pour assortir de réserves, de conditions ou de déclarations interprétatives l'autorisation de ratifier un traité ou d'approuver un accord international non soumis à ratification* »².

En tout état de cause, c'est au Président de la République que revient la négociation des engagements internationaux. Il peut s'il en a convenance décider de soumettre les réserves émises dans les amendements parlementaires à l'autre sujet de droit international partie au traité³. C'est en ce sens que la participation parlementaire en matière de politique étrangère est latente et immédiate.

public, op.cit, p.337 et suiv. Pour une meilleure appréhension de la bonne foi en droit international public, lire V. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, 756 P.

¹ A. KOAGNE ZOUAPET, *Le Parlement et les engagements internationaux de l'Etat du Cameroun*, Master en relations internationales, option contentieux international, Université de Yaoundé II, 2009, in www.memoireonline.com, consulté le 17/10/2020.

² Lire dans ce sens la Décision n°2003-470 DC du 9 avril 2003 du Conseil constitutionnel français.

³ Dans le droit parlementaire français, des amendements des sénateurs à certains projets de loi autorisant la ratification de traités ont certes déjà été adoptés, mais ces amendements, même s'ils avaient été suscités par des parlementaires, ont, en droit, été déposés par le gouvernement. En revanche, serait recevable un amendement supprimant la mention d'un traité ou d'un accord

In fine, le droit d'amendement demeure ainsi limité au seul dispositif du projet de loi d'autorisation de ratification, et ne s'applique pas à la convention elle-même. Il est donc qualifié de participation latente immédiate parce qu'il est mis en œuvre de manière incidente¹ par les parlementaires par le biais du Président de la République, garant du respect des traités.

2. Le pouvoir de contrôle

À côté de la mission législative qui est celle de voter les lois, le Parlement camerounais assure aussi la fonction de contrôle du gouvernement conformément à l'article 14 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 et aux règlements intérieurs du Sénat et de l'Assemblée nationale². Cette dernière s'étend aux activités internationales de l'État ou mieux du gouvernement.

À la lecture des règlements intérieurs des deux Chambres parlementaires camerounaises, il faut se rendre à l'évidence que dans l'exercice de la fonction de contrôle des assemblées il y a lieu de noter d'une part le rôle des commissions parlementaires, et d'autre part la place des missions d'informations.

Relativement au contrôle des activités gouvernementales en matière de relations internationales du Cameroun, cette mission incombe principalement à deux commissions du Sénat et de l'Assemblée nationale. Il s'agit *primo* des commissions des finances et du budget, et *secundo* des commissions des affaires étrangères.

En effet, « *les premières actrices du contrôle diplomatique sont les commissions des finances des deux Chambres du Parlement* »³. De prime abord, le Parlement

lorsque le projet de loi autorise simultanément la ratification ou l'approbation de plusieurs traités ou accords. Dans ce sens, lire P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, pp. 218 à 223

¹ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.221

² Voir dans ce sens, le Chapitre XIV du règlement intérieur de l'Assemblée nationale (Loi n°2014/016 du 9 septembre 2014) dédié aux moyens d'information et de contrôle de l'Assemblée nationale, et le Chapitre XVI du règlement intérieur du Sénat (Loi n°2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du Sénat) dont l'objet est similaire à celui de la Chambre basse.

³ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.257

participe à la politique étrangère à travers l'autorisation budgétaire¹. Car c'est avec le budget de l'État que ladite politique extérieure est financée. Sous ce rapport, il est nécessaire d'affirmer que l'examen du projet de loi de finances offre chaque année au Parlement camerounais notamment à la session budgétaire de novembre, l'occasion d'un débat important sur l'orientation de la politique internationale en général², et pas seulement sur les moyens de la financer³. En raison de cela, la commission des finances et du budget de chacune des deux Assemblées parlementaires camerounaises opère dans le cadre de ses fonctions, des missions de contrôle sur place et sur pièces conformément à l'article 85 alinéa 3 de la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques. Ce contrôle sur place et sur pièces a pour objet de vérifier dans le cadre de la mission permanente de contrôle conféré aux commissions des finances et du budget du Parlement⁴, l'emploi des crédits inscrits par les Assemblées dans les lois de finances. Il s'agit pour les parlementaires⁵ de vérifier si les dotations budgétaires demandées par le gouvernement afin de financer la politique internationale du Cameroun sont effectivement mises en œuvre, dans quelles conditions et selon quelles modalités, et si les dépenses sont régulières au regard des exigences des lois de finances, des règles de comptabilité publique et plus généralement des obligations législatives et réglementaires qui s'imposent au pouvoir exécutif en général et au Ministère des relations extérieures en particulier. Lequel ministère

¹ Le professeur Loïc PHILIP appréhende l'autorisation budgétaire comme « *un principe démocratique fondamental (...) reconnu par les régimes démocratiques* », il continue en poursuivant que c'est « *l'autorisation donnée par les autorités compétentes d'une collectivité ou d'un établissement public d'effectuer des dépenses et de percevoir des recettes pour l'exercice à venir* », in Loïc PHILIP (S.dir), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991, p.112

² P. PEJO, *op.cit*, p.257

³ Ainsi par exemple, la lecture de la loi n°2019/023 du 24 décembre 2019 portant loi de finances de la République du Cameroun en son article 54 qui décline les montants des autorisations d'engagement, et des crédits de paiement du budget général ouverts sur les programmes concourant à la réalisation des objectifs assortis d'indicateurs propose au Ministère des relations extérieures une enveloppe de 34.236.000 (en milliers de FCFA) pour les autorisations d'engagement, la même somme ayant été affectée pour les crédits de paiement.

⁴ Cf. Article 85 alinéa 2 de la loi 2018 portant régime financier de l'Etat camerounais.

⁵ A titre de droit comparé par exemple, en France le sénateur socialiste du Puy-de-Dôme Michel CHARASSE avant sa nomination au Conseil constitutionnel en 2010 s'est fait remarquer dans des rapports d'informations souvent remarquables. Il a ainsi mené de nombreuses missions de contrôles budgétaires dans diverses ambassades de France du monde entier.

se présente selon le décret n°2011/408 du 09 décembre 2011 portant réorganisation du gouvernement comme étant la tour de coordination horizontale de la mise en œuvre de la politique extérieure du Cameroun définie par le président de la République.

En sus des commissions des finances et du budget des Assemblées parlementaires, il faut en bonne place compter avec les commissions des affaires étrangères du Sénat et de l'Assemblée nationale en matière de pouvoir de contrôle diplomatique du Parlement. Les commissions des affaires étrangères sont compétentes en matière de traités, conventions internationales...¹ Ce contrôle des commissions des affaires étrangères a pour principal objectif de recueillir des informations complètes et détaillées sur les dossiers internationaux qui engageraient la République du Cameroun. En effet, en matière de politique étrangère le Parlement exerce un contrôle *a posteriori* sur les traités et accords internationaux². Ici, le rôle substantiel est joué par les commissions des affaires étrangères des Chambres parlementaires. Ce sont elles qui examinent au fond les traités et ou les accords, tout en élaborant le rapport devant être présenté devant chacune en plénière. De façon globale, les commissions des affaires étrangères peuvent procéder aux auditions de personnalités (Ministres compétents, ambassadeurs, hauts fonctionnaires...). Ces auditions permettent aux parlementaires d'apprécier les choix diplomatiques effectués par le gouvernement.

En ce qui concerne les missions d'informations, elles sont le corollaire du pouvoir de contrôle des commissions sus-évoquées. En effet, « *le Parlement cherche davantage, à travers sa fonction de contrôle, à s'informer (...)* »³. Elles sont en principe conduites à l'étranger pour compléter l'information en touchant la réalité et en collectant des éléments fiables sur un objet précis. Ces missions d'informations donnent lieu à la production d'un rapport.

¹ Cf. Article 21 alinéa 1.c du règlement intérieur de l'Assemblée nationale et article 25 alinéa 2.c du règlement intérieur du Sénat.

² L. SINDJOUN, « L'action internationale de l'Assemblée nationale du Cameroun. Eléments d'analyse politiste (Note) », *Etudes internationales*, Vol 24, numéro 4, 1993, p.828

³ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.265

Au demeurant, la participation latente du Parlement camerounais se présente comme étant une caution parlementaire de l'action du gouvernement en matière internationale. Même s'il faut déplorer avec Monsieur Jean-Pierre Raffarin que dans le cadre de cette participation latente, le rôle du Parlement en matière d'accords s'achève aux portes de leur ratification ou de leur approbation. Il appelle de ses vœux un plus grand suivi de leur mise en œuvre, dans le cadre des divers instruments à la disposition du Parlement¹. Qu'à cela ne tienne, l'action internationale du Parlement camerounais s'observe aujourd'hui plus que par le passé par une émancipation diplomatique propre aux Assemblées parlementaires. C'est elle qui est qualifiée ici de participation patente.

II. LA PARTICIPATION PATENTE

La diplomatie traditionnelle et classique qui encourage le dialogue politique entre les Chefs d'État et les Gouvernements, demeure d'une importance essentielle et substantielle. Mais, face aux mutations rapides et complexes du monde contemporain, une plus grande prise en compte des légitimes aspirations des peuples et de leurs territoires est recommandée, voire mise en exergue par des acteurs plus ou moins variés. Parmi ces derniers, il faut désormais compter avec les Assemblées parlementaires, et plus particulièrement avec le Parlement camerounais.

Auparavant perçue comme étant essentiellement locale ou domestique² en matière de politique étrangère, l'institution législative camerounaise a connu un changement de paradigme politico-institutionnel au fil des années. Ainsi, il a démontré son efficacité sur le terrain peu familier³ que constituent les affaires étrangères de l'État. Sous ce postulat, la participation du Parlement camerounais à la politique étrangère n'est plus seulement nationale ou interne. Elle s'est

¹ Rapport d'information n°204 de M. Jean-Pierre Raffarin, session 2014-2015, Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat français, 18 décembre 2014, p.27

² L. SINDJOUN, « L'action internationale de l'Assemblée nationale du Cameroun... », op.cit, p.819

³ Idem.

extériorisée, car elle a désormais une dimension internationale, proactive et est qualifiée de patente. Est ainsi *patent*, ce qui est évident, manifeste. Ce qui s'impose par son caractère indiscutable. Ce qui a une existence indéniable.

Au regard de cette appréhension, le qualificatif *patent* est ici usité en raison de ce que cette participation extérieure du Parlement ressort le face-à-face, sans aucune médiation entre l'assemblée parlementaire camerounaise et la scène internationale¹. Ainsi, comprendre cette participation patente du Parlement camerounais dans la politique étrangère suggère de s'intéresser d'une part à la parlementarisation de la politique étrangère (A) camerounaise, avant de s'attarder d'autre part sur la mutation de la parlementarisation (B) de la politique étrangère.

A. La parlementarisation de la politique étrangère

L'un des atouts majeurs du Parlement camerounais est aujourd'hui son rayonnement international. Il faut en effet noter que depuis la cinquième législature², la Chambre basse a acquis au fil du temps une notoriété qui ne cesse de s'étendre sur la scène africaine et mondiale. Il n'en va pas autrement avec la Chambre haute quoique plus nouvelle dans la sphère institutionnelle parlementaire camerounaise.

Saisir la parlementarisation de la politique étrangère camerounaise demande à s'intéresser sur le cadre universel et régional du Parlement camerounais (1), avant de s'attarder sur l'action des présidents des chambres parlementaires (2).

1. Le cadre universel et régional du Parlement camerounais

Le Parlement camerounais par ses deux Chambres adhère à plusieurs organisations interparlementaires. Ces dernières peuvent être considérées

¹ L. SINDJOUN « L'action internationale de l'Assemblée nationale du Cameroun... », op.cit ; p.834

² La cinquième législature de l'Assemblée nationale camerounaise s'est étalée de juin 1992 à mai 1997.

comme étant des organisations internationales¹. Car les chambres sont munies d'organes permanents, investies de pouvoirs et de finalités spécifiques². En effet, si le règlement intérieur du Sénat prévoit en son chapitre XVII section II et III l'ouverture de cette chambre aux relations internationales, c'est l'Arrêté n°002/AB/AN 86 du 30 juin 1986 portant sur l'organisation des relations de l'Assemblée nationale du Cameroun avec les institutions interparlementaires et les Parlements des pays amis qui consacre l'ouverture de la Chambre basse camerounaise à la politique étrangère de façon patente. Ces deux textes constituent le fondement juridique de la participation patente de l'organe parlementaire camerounais en matière de politique étrangère. De ce fait, l'ouverture au monde du Parlement camerounais se décline au plan universel d'une part, et au plan régional d'autre part. Lesquels plans connaissent une extension de l'action internationale parlementaire tant au plan sous régional que linguistique.

Relativement au plan universel, le Parlement camerounais est membre de l'Union Interparlementaire³ (UIP) régie par des statuts adoptés en 1976⁴. Ainsi, conformément à l'article 3 alinéa 1 de ces statuts qui dispose que « *tout Parlement constitué conformément aux lois d'un État souverain dont il représente la population sur le territoire duquel il fonctionne peut demander à devenir membre de l'UIP* ». A cet égard, l'Assemblée parlementaire camerounaise a souscrit à être membre de cette organisation internationale. Faisant partie du groupe géopolitique africain de l'UIP, le Parlement camerounais par la voie de l'Assemblée nationale a accueilli en 1992, notamment du 06 au 11 avril la 87^e

¹ D'après une définition couramment admise, reprise à l'article 2 paragraphe 2 du Projet d'articles adopté par la Commission du droit international en 2011 sur la responsabilité internationale des organisations internationales, « *l'expressions "organisation internationale" s'entend de toute organisation instituée par un traité ou par un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre* ».

² P-M DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, op.cit, p.173

³ L'Union Interparlementaire est l'organisation internationale des Parlements des États Souverains. Créée en 1889, elle est la plus ancienne des institutions internationales à caractère politique et son siège est à Genève (Suisse). L'Union Interparlementaire œuvre pour la paix et la coopération entre les peuples et en vue de l'affermissement des institutions représentatives. C'est cette noble intention qui motive de nombreux Parlements du monde à se réunir pour se mobiliser au service de la paix.

⁴ Ces statuts ont été largement révisés en octobre 1983, puis modifiés en avril 2003, octobre 2013 et avril 2017.

conférence interparlementaire de l'UIP. De même, en guise de participation patente dans la politique étrangère, le Parlement camerounais est représenté au plus haut sommet de cette institution internationale par le biais de Monsieur Martin Chungong qui en est le secrétaire général depuis 2014. Même si n'étant pas parlementaire à la base et représentant du peuple et ou des collectivités territoriales décentralisées, il a été fonctionnaire de l'Assemblée nationale durant au moins quatorze ans.

Sur le plan régional, les deux Assemblées parlementaires sont membres de l'Union Parlementaire Africaine¹ (UPA) et du Parlement Panafricain. Sur la première institution, le Parlement camerounais fait bonne figure puisqu'il est membre fondateur de cette institution parlementaire. Et sa participation s'est rendue plus patente dans cette dernière en raison de l'occupation du poste de vice-président de l'Union par le sénateur Pierre Flambeau NGAYAP depuis 2016. Dans le même sens, le Parlement camerounais a participé à une quinzaine de travaux de l'UPA qui a donné lieu à quelques rapports de missions².

La seconde institution qu'est le Parlement Panafricain (PAP), il est l'organe législatif de l'Union Africaine conformément à l'article 8 du Protocole à l'Acte constitutif de l'Union Africaine relatif au Parlement Panafricain. Cette institution dont fait partie le Parlement camerounais est une assemblée constituée de 256 députés issus des Assemblées nationales des 53 États membres de l'Union Africaine. Le Parlement camerounais y est fortement représenté par des parlementaires, et en a assuré la présidence par le truchement du député Roger Nkodo Dang du 27 mai 2015 au 1^{er} avril 2020.

Au plan sous régional, le Parlement camerounais étend ses activités internationales et sa diplomatie sur deux institutions parlementaires à vocation sous régionale. Il s'agit du Parlement de la CEMAC (Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale) et de l'Assemblée parlementaire ACP/UE. En ce

¹ L'Union Parlementaire Africaine est une organisation des Parlements africains créée à Abidjan le 13 février 1976.

² Cf. les rapports de missions sur les travaux effectués à Yaoundé du 2-3 mars 1989 ; à Abidjan du 30-31 novembre 1992 et à Tripoli du 30-31 août 1996.

qui concerne le Parlement CEMAC¹, c'est l'institution interparlementaire des pays de la zone CEMAC qui contribue par le dialogue et le débat aux efforts d'intégration de la Communauté dans les domaines d'activités définis par les textes en vigueur qui l'encadrent. Le Cameroun, en tant que pays de la sous-région d'Afrique centrale, est impliqué par le biais de ses parlementaires dans toutes les actions menées par le Parlement communautaire et participe à la réalisation de ses objectifs.

Pour ce qui est de l'Assemblée parlementaire ACP/UE, elle désigne le Parlement du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique présents en nombre égal avec les États de l'Union Européenne. Aujourd'hui, environ quarante-deux (42) pays africains dont le Cameroun ont déjà procédé à la signature de la Charte et du Règlement de l'Assemblée parlementaire ACP². Le Parlement camerounais occupe une place de choix dans cette assemblée. Ainsi, il y a lieu de se souvenir que le député Joseph Owona Kono est depuis 2018 le Président en exercice de cette Assemblée parlementaire consultative.

Sur le plan linguistique, et ceci en raison de son biculturalisme qui se traduit par l'usage de deux langues officielles, le français et l'anglais, le Parlement camerounais étend son réseau de coopération d'une part dans l'espace francophone en étant membre de l'Assemblée Parlementaire de la Francophonie (APF), et d'autre part dans le Commonwealth en faisant partie du Commonwealth Parliamentary Association. Le Parlement camerounais s'ouvre aussi aux organisations du monde islamique et celles à caractère thématique telles que le NEPAD³.

Au total, l'appartenance à de nombreuses institutions parlementaires d'ordre universel, régional et sous régional permet au Parlement camerounais de s'affirmer au fil du temps sur la scène internationale, d'où la participation patente. Ceci contribue à l'amélioration du rôle des parlementaires nationaux dans le

¹ Il est régi par la Convention du 25 juin 2008 portant sur le Parlement communautaire de la CEMAC.

² Il faut cependant relever que cette assemblée parlementaire a essentiellement une fonction consultative. Cf. article 17 de sa Charte.

³ In *Le Journal du Parlement*, Dossiers internationaux, La République du Cameroun, p.32

cadre des missions liées à l'exercice de leurs mandats. Il convient alors *in fine* d'aborder l'action des présidents des chambres parlementaires.

2. L'action des présidents des chambres parlementaires

De prime abord, il est à relever que le Président d'une chambre parlementaire est la figure de l'institution¹ dont il préside la marche. C'est dans ce sens que, le Président d'une Assemblée parlementaire incarne son institution dans toutes ses activités. Il en est le garant de sa représentation. Cette incarnation de la Chambre se reflète aussi bien sur le plan national que sur le plan international. Dans ce sens généralement, le Président d'une Chambre assure la représentation d'une Assemblée dans les instances internationales, puisqu'il parle pour et au nom de cette dernière.

Qu'il s'agisse du président du Sénat ou de celui de l'Assemblée nationale, les fonctions présidentielles parlementaires sont articulées de façon assez similaire en termes de représentation internationale, et de réceptions solennelles dans l'hémicycle².

Relativement à la représentation internationale, le Président de chacune des Chambres est de plein droit président de toutes délégations parlementaires auprès des organismes internationaux. Dans ce sens, conformément à l'article 97 alinéa 2 du règlement intérieur du Sénat camerounais le Président de cette Chambre désigne, après consultations des groupes parlementaires, les représentants de ladite assemblée dans les institutions interparlementaires avec qui elle entretient des relations. Il en va de même pour l'Assemblée nationale.

Dans la même veine de la représentation internationale, il convient de relever que le Président du Sénat assure l'intérim du Président de la République en cas

¹ La lecture cumulée des règlements intérieurs du Sénat et de l'Assemblée nationale entérine l'idée selon laquelle le président d'une chambre parlementaire est la figure de l'institution. A ce sujet, lire les articles 19 (1), 39 (3), 46, 93, 103 (1) du règlement intérieur de l'Assemblée nationale camerounaise. Lire aussi les articles 12 (1), 39 (4), 48, 100, 110 du règlement intérieur du Sénat camerounais.

² P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit ; p.35

de vacance constatée par le Conseil constitutionnel¹. À cet effet, le Président du Sénat pourrait représenter l'État auprès des sujets de droit international, ceci dans les conditions prévues par la loi. Cependant, dans cette dernière hypothèse, le Président du Sénat n'agit pas *es qualité*, c'est-à-dire en tant que Président de la Chambre haute. Il y agit en tant que Président de la République par intérim. Toutefois, c'est sa qualité de Président du Sénat qui lui permet d'exercer cet intérim présidentiel au sommet de l'État. Ce qui lui donnerait le privilège d'entretenir des relations avec les personnalités étrangères lors de leurs visites officielles ou au cours d'une cérémonie. En outre, le Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, avec le bureau, effectue des missions à l'étranger et reçoit ses homologues pour parfaire leurs relations et garantir une coopération viable². La réception des hôtes étrangers et les déplacements à l'extérieur dans le cadre d'une activité internationale³, et même la représentation du Président de la République⁴ à certains événements internationaux constituent un moyen d'accroître et de diversifier la diplomatie parlementaire camerounaise.

En ce qui concerne les réceptions ou audiences solennelles à l'hémicycle par les Présidents des Chambres parlementaires, elles contribuent tout aussi à la

¹ Cf. article 6 alinéa 4 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996. Pour plus de précisions sur la question d'intérim présidentielle au Cameroun, lire C. TUEKAM TATCHUM, *L'intérim du Président de la République dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique d'expression française*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université de Dschang, Unité de formation doctorale droit et science politique, Juin 2015, 514 P, lire aussi P.E ABANE ENGOLO, « L'empêchement définitif du président de la République en droit camerounais », *RADP*. Vol. I, n° 1, juin. - déc. 2012, pp.182-204, lire aussi E. KENFACK TEMFACK, « La vacance de la présidence de la République en droit constitutionnel camerounais », *Afrilex*, Novembre 2018, 30 P, et C. TUEKAM TATCHUM, « Réflexion sur le régime de la vacance du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone : étude à partir de l'exemple du Cameroun », *Mosaïque, Revue panafricaine des sciences juridiques comparées*, Numéro 009.

² Les réunions avec les homologues étrangers participent aussi de la fonction internationale du Président de la Chambre. En effet, qu'il s'agisse du Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, l'on peut enregistrer de nombreux accueil d'hôtes étrangers ainsi que de visites officielles à l'étranger. C'est le cas de l'honorable CAVAYE YEGUIÉ Djibril Président de l'Assemblée nationale, dans le cadre de la diplomatie parlementaire avait reçu de son homologue ivoirien Guillaume SORO une invitation à prendre part à l'ouverture solennelle de la première session ordinaire de l'année législative 2015, de l'Assemblée nationale de la République de la Côte d'Ivoire.

³ On peut relever le cas de la participation du président du Sénat camerounais à la dernière conférence de la COP 22 qui s'est tenu à Marrakech (Maroc) en 2016.

⁴ En septembre 2008 par exemple, le Président de l'Assemblée nationale du Cameroun était le représentant du Président de la République lors de la cérémonie d'ouverture de la 3^e réunion consultative entre les communautés économiques régionales et les fora parlementaires régionaux, organisée à Yaoundé à l'initiative du Parlement Panafricain.

participation patente du Parlement camerounais à la politique étrangère, tout en *parlementarisant* cette dernière. En effet, « *recevoir autrui est une cérémonie qui participe de la technologie diplomatique* »¹ surtout lorsqu'il s'agit d'accueillir le représentant d'un sujet de droit international. Ce qui est alors mis en avant, ce sont, entre autres, la spectacularisation des audiences accordées par les présidents des Chambres aux représentants de sujets de droit international à l'instar des ambassadeurs accrédités à Yaoundé, et la constance de la participation aux réceptions offertes par les ambassades². À titre d'illustration le 21 juin 1983, le président de la République française, François Mitterrand, avait été reçu par le Président de l'Assemblée nationale selon un cérémonial diplomatique particulier. Lors de cette réception, le Président de la chambre basse s'était adressé aux députés réunis en séance plénière. Plus récemment, en juin 2014 le président de l'Assemblée nationale ivoirienne d'alors Guillaume SORO avait été reçu par son homologue camerounais.

Mais à la vérité, il y a lieu de constater que les audiences et réceptions accordées par les Présidents des Chambres aux représentants de sujets de droit international, contribuent à mettre en exergue le positionnement du Gouvernement sur certaines questions internationales. Ceci confirme non seulement la *parlementarisation* de la politique étrangère, mais aussi l'action des assemblées parlementaires au niveau international. Avec pour conséquences escomptées la production d'effets internationaux. D'où la diplomatie spectacle ou la diplomatie marketing. Ici, ce qui importe c'est plus la forme que le fond³. Même si ces audiences accordées par les présidents de chambres aux personnalités et aux délégations étrangères ne jouent pas un rôle décisif dans la politique étrangère du Cameroun, elles permettent de mettre en contact direct le Parlement avec les sujets de droit international par le biais de leurs divers représentants.

In fine, il y a lieu de conclure avec le Professeur Sindjoun que ce pan diplomatique du Parlement camerounais rattaché aux présidents de Chambres

¹ L. SINDJOUN, « L'action internationale de l'Assemblée nationale du Cameroun... », op.cit, p.833

² *Idem*.

³ *Idem*.

qualifié de « *parlementarisme institutionnel incontournable* »¹ se traduit par une diplomatie combinée incluant exécutif et législatif et par l'implication de l'Assemblée parlementaire en matière internationale. Toutefois, les Présidents des Chambres ne sont pas juste des personnalités protocolaires, ils détiennent un pouvoir institutionnel qui leur permet d'agir dans les limites de leur responsabilité et de l'intérêt de l'institution au plan international. Ce qui permet d'envisager la mutation de la *parlementarisation* de la politique étrangère.

B. La mutation de la parlementarisation de la politique étrangère

D'intra-frontalier qu'il était voilà encore quelques années disait Roger Paquin, « *le rôle du député est en voie de devenir transfrontalier* »². Ce raisonnement étendu dans le cas camerounais aujourd'hui sur les sénateurs peut traduire la participation patente du Parlement camerounais à la politique étrangère par le biais des députés et sénateurs. Car, des parlementaires de façon personnelle ou en groupe entretiennent des relations soit avec des sujets de droit international, soit avec les institutions de ces derniers. Sous ce postulat, il convient de reconnaître que les Présidents des Assemblées parlementaires et les dignitaires des bureaux des Chambres ne sont pas les seuls à pouvoir agir dans la sphère internationale³. En ce sens, « *les autres députés et sénateurs sont également des acteurs importants de la diplomatie parlementaire* »⁴. Ces derniers sont les vecteurs de la mutation et de la transformation de la *parlementarisation* de la politique étrangère des États africains en général, et du Cameroun en particulier. Ainsi, cette mutation s'observe par l'émergence des relations permanentes et spontanées des parlementaires (1), et la construction d'une *paradiplomatie* par les parlementaires (2).

¹ Ibid. p 821

² R. PAQUIN, « Le parlement et les relations internationales », in *Actes du séminaire parlementaire*, 19 au 21 mai 2002, Dakar, Diplomatie parlementaire, p.70

³ P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.144

⁴ Idem.

1. L'émergence des relations permanentes et spontanées des parlementaires

De prime abord, il y a lieu d'indiquer que ce sont les parlementaires vus comme étant des institutions personnes qui constituent le facteur de mutation de la *parlementarisation* de la politique étrangère. Dans ce sens, ce n'est plus le Parlement entendu comme institution organe qui est mis en avant. Mais, ce sont les députés et sénateurs qui font la transposition parlementaire des relations diplomatiques de l'État à travers les relations permanentes et spontanées. Ce faisant, l'Assemblée nationale ou le Sénat regroupe les parlementaires qui ont un intérêt particulier pour un pays étranger. Le but premier de ces relations est de tisser des liens entre les parlementaires camerounais et étrangers. Ces parlementaires se présentent sous ce postulat comme des acteurs de la politique étrangère du Cameroun et des instruments du rayonnement international du Parlement camerounais.

Régies par des textes du Sénat¹ et de l'Assemblée nationale², ces relations permanentes et spontanées ne sauraient aller en marge de la légalité. De ce fait, les relations permanentes sont celles qui se développent entre des parlementaires camerounais et ceux des parlements des "pays amis". Elles se manifestent dans le cadre des groupes parlementaires d'amitié et ne naissent en aucun cas d'une décision expresse de l'Assemblée nationale ou du Sénat. Ces groupes parlementaires d'amitié sont alors la résultante d'initiatives individuelles des parlementaires, mais ils doivent formellement recevoir l'onction du bureau de chacune des chambres pour être régulièrement constitués. Ainsi, ces groupes se présentent comme un outil de la politique étrangère des Assemblées et l'une des courroies de la diplomatie camerounaise. Parce que la principale activité des groupes parlementaires d'amitié réside dans l'organisation de missions auprès d'un Parlement homologue et de réceptions de délégations parlementaires étrangères, ces missions et réceptions doivent avoir été préalablement autorisées par le bureau de chacune des Chambres parlementaires. C'est dans

¹ Cf. les articles 98 et 99 du règlement intérieur du Sénat.

² Cf. l'arrêté n°002/AB/AN 86 du 30 juin 1986 relative à l'organisation des relations de l'Assemblée nationale du Cameroun avec les institutions interparlementaires et les parlements des pays amis.

ce sens que ces groupes d'amitié se définissent comme étant des groupes de parlementaires dont le but est de fonder et de raffermir des liens d'amitié avec des parlements étrangers¹ par le truchement des échanges, des contacts d'amitié et de solidarité.

Il ressort de cette définition que les groupes parlementaires d'amitié sont un instrument privilégié de la coopération bilatérale entre les Parlements, parce qu'apparaissant aujourd'hui comme étant des acteurs de premier rang de la diplomatie parlementaire. De la sorte, ils permettent de resserrer les relations entre le Cameroun et un autre pays ou une autre zone géographique et ce, à travers des échanges et contacts avec les parlementaires du pays ou de la zone considérée. Les groupes parlementaires d'amitié au regard de tout ceci, peuvent se permettre de recevoir des ambassadeurs ou d'autres personnalités d'un sujet de droit international considéré, ainsi que des personnalités camerounaises engagées dans des activités de coopération. Ces groupes peuvent tout aussi servir de point d'appui à des activités de coopération interparlementaire ou de coopération décentralisée.

Plusieurs groupes d'amitié peuvent être recensés dans les deux Chambres parlementaires camerounaises. Il en est ainsi du groupe d'amitié parlementaire Cameroun-Tunisie présidé par l'honorable Cabral Libii, du groupe d'amitié parlementaire Cameroun-Chine dont la présidence est assurée par l'honorable Théodore Datouo², du groupe d'amitié parlementaire Cameroun-France que préside l'honorable Jean-Bernard Ndong Essomba.

En tout état de cause, « *normalement un groupe d'amitié essaye d'organiser une mission à l'étranger au cours d'une mandature ou d'accueillir au moins une fois des représentants du pays auquel il est lié* »³. Ces échanges de missions ont évidemment pour objectif de renforcer les liens personnels, de mieux faire

¹ Il s'agit de la définition donnée par le Bureau de l'Assemblée nationale française lors de sa réunion du 12 décembre 1961.

² Le 02 novembre 2016, il y a lieu de se souvenir que l'honorable Datouo Théodore, vice-président de l'Assemblée nationale du Cameroun et chef de délégation des députés du groupe parlementaire d'amitié Cameroun-Chine avait été reçu en audience par le Ministre des relations extérieures son excellence Mbella Mbella. L'audience avait porté sur la visite que ledit groupe devait effectuer en République Populaire de Chine du 10 au 15 novembre 2016, sur invitation de leurs homologues chinois.

³ D. MAUS, « Le cadre institutionnel de la diplomatie parlementaire », op.cit, p.29

connaître un pays au Cameroun et le Cameroun dans le pays en question et d'établir des rapports qui, soit contribueront à la réflexion diplomatique, soit demeureront de purs documents d'étude, souvent extrêmement utiles pour ceux qui font des recherches sur tel ou tel pays¹. Sous ce rapport, et à titre illustratif plusieurs visites d'amitié et de travail ont été effectuées en France et au Cameroun par les groupes d'amitié des deux chambres basses de ces pays. Au cours de ces diverses visites, plusieurs sujets ont été abordés et des solutions concrètes ont été apportées. Ainsi en guise d'exemple, un don de plus de 8000 livres destinés à certaines bibliothèques scolaires et municipales du Cameroun avait été remis par la partie française au cours d'une cérémonie officielle organisée le 12 février 2013 à Yaoundé.

In fine, les groupes parlementaires d'amitié fleuron de la participation patente du Parlement camerounais doivent adresser aux Présidents de leurs différentes chambres des rapports annuels.

Quant aux relations spontanées, elles sont le corollaire des groupes d'amitié en ce qu'elles se constituent de rencontres, d'invitations et se trouvent renforcées par la coopération interparlementaire.

2. La construction d'une paradiplomatie par les parlementaires

La *paradiplomatie* est un concept novateur dans les relations internationales. La doctrine essaie de cerner cette notion du point de vue conceptuel. Ainsi, si sa définition varie d'un auteur à un autre, les thématiques qui déterminent son champ d'action ne sont pas définies de manière certaine. Ce concept englobe plusieurs domaines que sont la coopération décentralisée, les jumelages et les coopérations transfrontalières ou interrégionales, d'aide au développement ou à caractère humanitaire... De l'abréviation anglaise « *parallel diplomacy* », la *paradiplomatie* est une diplomatie de zone, qui diffuse tant l'idée de parallélisme que de subsidiarité². En effet, le concept *paradiplomatie* puise ses fondements,

¹ *Idem*.

² M. LOUIS JEUNE, *La paradiplomatie dans le droit de l'action publique internationale des collectivités infraétatiques : exemple de la Caraïbe*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit : mention Droit Public, Université des Antilles, 03 juillet 2017, p.19

depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les entités fédérées, comme les États américains, se sont développés une diplomatie parallèle à celle des gouvernements centraux, d'où l'existence de la paradiplomatie¹. Le concept de *paradiplomatie* est né au cours des années 1980 avec Panayotis Soldatos, comme le mentionne David Sauriol².

De façon générale, la paradiplomatie peut s'entendre de l'activité internationale des gouvernements non souverains, ou subnationaux (entités fédérés, régions, communautés urbaines, villes), qui atteint le niveau des relations intergouvernementales³. Cependant, afin de complexifier un peu le concept, Duchacek a mentionné plusieurs types de paradiplomatie : « *le premier type est la microdiplomatie régionale transfrontalière pour traduire que la diplomatie des États subétatiques s'exprime en parallèle (coordonnée, complémentaire ou conflictuelle) à la diplomatie des États souverains ; le deuxième est la microdiplomatie transrégionale ; le troisième est la paradiplomatie globale et ; finalement, le quatrième est la protodiplomatie* »⁴. Mais dans le cadre de la présente étude, la paradiplomatie pourrait se définir comme étant l'activité internationale des entités ou organes infra-étatiques à l'instar des collectivités territoriales décentralisées, du Parlement et des parlementaires. En effet, parce que la paradiplomatie englobe plusieurs domaines qu'embrassent la mondialisation ; les parlementaires camerounais, du fait des relations permanentes et spontanées qu'ils entretiennent avec les parlementaires étrangers ou des sujets de droit international autre que l'État contribuent à la mutation de *la parlementarisation* de la politique étrangère.

En ce sens, du fait de la paradiplomatie qu'ils secrètent les parlementaires camerounais au plan international embrassent tous les pans relatifs à l'évolution

¹ I. AGUIRRE, « Making sense of paradiplomacy? An intertextual enquiry about a concept in search of a definition », in Francisco ALDECOA and Michael KEATING, *Paradiplomacy in action. The foreign relations of sub-national governments*, Franc CASS publishers, Londres, 1999, cité par M. LOUIS JEUNE, op.cit, Ibid.

² D. SAURIOL, *L'identité dans les relations internationales du Québec : le cas des relations Québec-Bavière*, Mémoire, université du Québec à Montréal, 2007, pp. 22-23

³ I.D. DUCHACEK, *The territorial dimension politics. Within among and across nations*, Boulder, Westview Press, 1986, p.246- 248.

⁴ M. LOUIS JEUNE, *La paradiplomatie dans le droit de l'action publique internationale des collectivités infraétatiques : exemple de la Caraïbe*, op.cit, p.19

de la mondialisation et à l'internationalisation de la société. Il en va ainsi de la politique, de l'économie, et même de l'environnement... Le Parlement camerounais à travers ses membres contribue chacun en fonction de sa catégorie socioprofessionnelle de base, et même au-delà à la promotion de ces divers domaines d'activité qui constituent le champ d'expression de la diplomatie parlementaire camerounaise.

En ce qui concerne le volet lié à la politique, les parlementaires camerounais sont actifs dans la promotion de la démocratie sur le continent. Cette promotion de la démocratie peut prendre la forme de missions d'observation électorale, de promotion et de protection des droits de l'Homme, de vulgarisation de la paix et de la sécurité. Elle rejoint alors l'idée de Daniel Philipp Hays selon laquelle « *renforcer la démocratie là où elle existe et favoriser son essor là où elle est absente sont deux tâches les plus importantes de la diplomatie parlementaire. Cette promotion peut faire l'objet d'une initiative des assemblées parlementaires nationales ou supranationales ou d'un groupe de parlementaires* »¹. C'est par exemple dans ce sens que l'Assemblée nationale camerounaise a abrité du 24 au 26 janvier 2000 un colloque conjoint Francophonie/Commonwealth dont le thème était « *La démocratie dans les sociétés plurielles* ». Ledit colloque avait pour ambition la promotion de la paix, de la démocratie et des droits de l'Homme. Relativement à l'économie, les parlementaires camerounais sont tout aussi présents dans la politique d'émergence du continent africain. En ce sens, ils contribuent à faire sortir l'Afrique du giron du sous-développement par le biais du développement durable de ses Etats membres, l'intégration progressive des pays africains dans l'économie mondiale. En ce sens, le député Joseph Owona Kono a été l'un des parlementaires camerounais à faire rayonner la *diplomatie parlementaire économique camerounaise*. Il était alors jusqu'en janvier 2020 le président de l'Assemblée parlementaire des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (APACP) et co-président de l'Assemblée Parlementaire Paritaire ACP/Union Européenne.

¹ In <http://sen.parl.gc.ca/dhays/interparliamentary-fr.htm> consulté le 31/10/2020

Mais à la réalité, il faut reconnaître que la promotion de l'économie par les parlementaires camerounais est un corolaire de celui lié à la démocratie, la paix et la sécurité. Car sans ces derniers, l'émergence du continent ne saurait se mouvoir. Ainsi, les préoccupations majeures des milieux sociopolitiques sont relatives aux droits de l'homme et à l'État de droit ; ceci parce que la démocratie est une exigence des partenaires commerciaux, même pour attirer les investissements directs étrangers. À titre d'illustration, la signature de l'Accord multilatéral sur les investissements de 1999 sous les auspices de l'OCDE a mis en lumière les dangers d'une mondialisation non contrôlée ; les parlementaires sont donc constamment sollicités en ce sens, en tant que porte-paroles de leurs populations et comme contrepoids efficace à la diplomatie de l'élite économique. Quant aux objectifs environnementaux dont les parlementaires camerounais font la promotion, il faut remarquer avec Pierre de Senarclens que « *s'il est un domaine qui manifeste l'interdépendance des États de la planète c'est bien celui de l'environnement* »¹. Sous ce considérant, la préservation de l'environnement, la lutte contre la désertification et l'adoption des normes internationales pour limiter les agents de pollution sont autant d'enjeux environnementaux qui peuvent trouver solutions par la voie des parlementaires camerounais. C'est ainsi que plusieurs de ces derniers font partie du REPAR (Réseau des Parlementaires pour la Gestion des Ecosystèmes Forestiers d'Afrique Centrale). Ce réseau, intégré par des parlementaires camerounais, assure la participation de ce derniers à la conservation et à la gestion durable et bénéfique des écosystèmes de forêts denses et humides d'Afrique Centrale. La branche camerounaise de ce réseau est coordonnée par le député Jean Jacques Zam. Ce réseau parlementaire mène des activités dans toute l'Afrique centrale. C'est dans ce sens que du 14 au 19 septembre 2020, la branche camerounaise de ce réseau parlementaire a organisé avec le soutien de la Coopération allemande au Cameroun, un atelier d'information et de renforcement des capacités des parlementaires sur les enjeux environnementaux et le cadre légal du secteur forestier au Cameroun.

¹ P. de SENARCLENS, *La politique internationale*, 3^e édition, Armand Colin, Dalloz, Paris, 1992, cité par Assane COLY, op.cit

Conclusion

Au demeurant, il faut terminer cette étude en reconnaissant que l'activité internationale du Parlement camerounais est palpable. Elle se déroule en amont et aval de l'activité diplomatique du pouvoir exécutif. En amont, il s'agit de donner une autorité législative et de contrôler l'activité diplomatique du gouvernement. En aval, se trouve la conduite pratique des relations internationales à travers les organisations interparlementaires¹. Par sa présence sur la scène internationale, elle semble imposer une vision différente et utilement complémentaire à la diplomatie traditionnelle². De ce point de vue, l'étude sur la participation du Parlement camerounais à la politique étrangère aboutit à la conclusion selon laquelle le parlement camerounais n'est qu'un *allié* du pouvoir exécutif dans la recherche du rayonnement de la diplomatie camerounaise.

¹ J.N MEYOLO, « La diplomatie parlementaire au Cameroun : du point d'interrogation au point d'exclamation. Le cas de l'Union Parlementaire Africaine », in *Parlements, États et représentation*, Numéro 1, Vol 27, 2007, pp. 227-238

² P. PEJO, *La diplomatie parlementaire*, op.cit, p.609

La protection du lanceur d'alerte issue de la loi Sapin 2 n'est pas rétroactive

Valentino ARMILLEI - docteur en droit, chargé d'enseignement aux Universités
Panthéon-Assas (Paris II), Panthéon-Sorbonne (Paris I) et Paris-Est Créteil (UPEC) -
cabinet Bredin Prat

Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 18-15.669 - PBI

Après une première affaire incandescente relative à de l'espionnage industriel, le groupe Renault a connu de nouveaux déboires en lien avec une alerte professionnelle. Par un arrêt du 27 février 2018, la Cour d'appel de Versailles avait octroyé le bénéfice du statut de lanceur d'alerte au salarié d'un prestataire de service ayant révélé une atteinte à la liberté syndicale. La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la juridiction du fond au motif que le salarié qui avait dénoncé l'atteinte à la liberté syndicale n'avait dénoncé aucun crime ni aucun délit. Le statut protecteur issu de la loi « Sapin 2 » ne s'applique pas aux alertes lancées avant son entrée en vigueur.

« LA COUR :

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué statuant en référé (Versailles, 27 février 2018), M. W... , engagé en qualité de consultant senior par la société Eurodécision, spécialisée dans le développement de solutions logicielles et d'expertises dans le domaine de l'optimisation et des solutions d'aide à la décision, s'est vu confier une mission auprès d'un technocentre Renault. Lors d'un entretien du 16 mars 2016, l'employeur a évoqué avec le salarié avoir été averti de l'envoi par l'intéressé d'un courriel politique à des salariés de la société Renault. Le 18 mars 2016, il lui a notifié une mise à pied conservatoire et l'a convoqué à un entretien préalable prévu le 25 mars suivant en vue d'un éventuel licenciement. Le 31 mars 2016, le salarié a fait l'objet d'un avertissement pour violation du guide d'information de la société Renault et notamment de sa lettre de mission au technocentre. Il a été licencié le 21 avril 2016 pour faute grave, l'employeur lui reprochant un manquement à ses obligations de loyauté et de bonne foi, pour avoir procédé à l'enregistrement sonore de l'entretien informel du 16 mars 2016 à son insu et pour avoir communiqué cet enregistrement à des tiers afin d'assurer sa diffusion le 21 mars 2016 dans le cadre d'une vidéo postée sur le site internet Youtube. L'enregistrement diffusé révélait qu'au cours de l'entretien du 16 mars 2016

l'employeur avait déclaré : "donc ils surveillent, ils surveillent les mails, et à ton avis les mails de qui ils surveillent en priorité '...Bah les mails des syndicalistes bien évidemment... t'es pas censé, en tant qu'intervenant chez Renault, (de) discuter avec les syndicats Renault. Les syndicats de Renault, ils sont là pour les salariés de Renault..."

2. Le salarié, faisant valoir que son licenciement était intervenu en violation de la protection des lanceurs d'alerte, a sollicité devant le juge des référés la cessation du trouble manifestement illicite résultant de la nullité de son licenciement et l'octroi de provisions à valoir sur la réparation de son préjudice. Les syndicats se sont joints à ces demandes.

Examen des moyens

Sur le second moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

3. L'employeur fait grief à l'arrêt statuant en référé, de prononcer la nullité du licenciement du salarié pour atteinte à la liberté d'expression et de le condamner au paiement de diverses sommes au bénéfice du salarié et des syndicats, alors « que la nullité du licenciement fondé sur la dénonciation par le salarié de conduites ou d'actes illicites constatés par lui sur son lieu de travail ne peut être prononcée pour violation de sa liberté d'expression que si les faits ainsi relatés sont de nature à caractériser des infractions pénales reprochables à son employeur ; qu'en prêtant au salarié la qualité de « lanceur d'alerte » en l'absence de la moindre caractérisation d'une faute pénale de l'employeur, la cour a derechef violé les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1132-3-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 :

4. Selon ce texte, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir relaté ou témoigné,

de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

5. Pour prononcer la nullité du licenciement et condamner l'employeur au paiement de diverses sommes au salarié et aux syndicats, l'arrêt retient que la révélation des faits d'atteinte à la liberté d'expression dans le cadre d'échanges avec un syndicat est intervenue par la voie de médias par internet lors de la diffusion de l'enregistrement litigieux le 21 mars 2016 puis de l'entretien entre le salarié et un journaliste le 22 mars 2016, alors que M. W... avait personnellement et préalablement constaté que son employeur remettait en cause son droit à sa libre communication avec les syndicats de la société Renault, au vu des propos tenus par le dirigeant de la société Eurodécision lors de l'entretien informel du 16 mars 2016 et de la procédure disciplinaire avec mise à pied conservatoire engagée dès le 18 mars 2016 et suivie d'un avertissement puis de son licenciement pour faute grave. L'arrêt en déduit que le salarié est recevable à invoquer le statut de lanceur d'alerte et en conclut qu'en application des articles L. 1132-3-3 et L. 1132-3-4 du code du travail, il y a lieu de prononcer la nullité du licenciement.

6. En statuant ainsi, sans constater que le salarié avait relaté ou témoigné de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 février 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles [...].

Le salarié d'un prestataire de service en mission chez Renault, militant engagé contre ce qui n'était à l'époque que le projet de loi « El-Khomri », proposa par e-mail aux syndicats présents sur le Technocentre Renault de Guyancourt d'organiser des projections du film « *Merci Patron* ».

L'e-mail était envoyé sur les boîtes e-mails professionnels de plusieurs syndicalistes du Technocentre, hors temps de travail, depuis l'adresse et l'ordinateur personnels du salarié. Dès le lendemain, ce dernier était convoqué à un entretien informel par son employeur, la société Eurovision, qui lui reprochait cet envoi. Le responsable du salarié faisait également état, à cette occasion, de ce que Renault surveillait les boîtes e-mails de tous ses salariés, en particulier celles des syndicalistes. La teneur des propos litigieux est la suivante : « ... donc ils surveillent, ils surveillent les mails, et à ton avis les mails de qui ils surveillent en priorité '... Bah les mails des syndicalistes bien évidemment... t'es pas censé, en tant qu'intervenant chez Renault, (de) discuter avec les syndicats Renault. Les syndicats de Renault, ils sont là pour les salariés de Renault... ».

A l'insu de son responsable, le salarié enregistrait cette conversation ensuite largement diffusée sur Youtube et dans le journal Fakir, dirigé par François Ruffin, auteur du film « *Merci Patron* » dont la projection était demandée, et désormais député « La France Insoumise ».

Par ces actions, le salarié était-il un lanceur d'alerte ou un militant politique exploitant une information ? Exerçait-il sa liberté d'expression ou dépassait-il son cadre protecteur ? Après quelques péripéties disciplinaires, son licenciement pour faute grave lui était notifié le 21 avril 2016 en raison des manquements à son obligation de loyauté et de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail.

D'abord débouté en référé par le Conseil de prud'hommes de Versailles, le salarié a obtenu l'annulation de son licenciement et sa réintégration en appel, par un arrêt remarqué rendu le 27 février 2018 (Versailles, 27 février 2018, RG n° 16/04357 : *Cah. soc. juin 2018, n° 308, p. 288 s., note D. Gaire-Simonneau*) aux termes duquel les juges ont semblé procéder à une application rétroactive de la

loi « Sapin 2 », octroyant ainsi au salarié le statut le protégeant du licenciement. La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la juridiction du fond au motif que le salarié qui avait dénoncé l'atteinte à la liberté syndicale ne bénéficiait d'aucune protection dans la mesure où il n'avait dénoncé aucun crime ni aucun délit. Sauf exception, la loi Sapin 2 ne s'applique pas aux alertes lancées avant son entrée en vigueur ; elle n'est pas rétroactive.

Le salarié d'Eurovision qui avait dénoncé l'atteinte à la liberté syndicale chez Renault ne bénéficiait donc d'aucune protection dans la mesure où il n'avait dénoncé aucun crime ni aucun délit (*C. trav. anc. art. L. 1132-3, dans sa version antérieure à la loi Sapin 2*) (I). Au demeurant, même si la loi Sapin 2 avait été applicable, il n'est pas acquis que la Cour de cassation aurait validé la qualification de lanceur d'alerte dans ce cas précis (II). Il n'est pas non plus acquis que le salarié aurait mérité une protection plus générale fondée sur l'exercice de sa liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (III).

I. L'application de la loi Sapin 2 dans le temps

L'application aux faits de l'espèce du statut de lanceur d'alerte issu de la loi Sapin 2 était contestable. Rien ne permet de conclure à la rétroactivité de ses articles 6 et 8, lesquels prévoient les conditions dans lesquelles l'auteur d'un signalement bénéficie d'une protection contre d'éventuelles représailles disciplinaires. L'ensemble des événements litigieux, qu'il s'agisse de l'enregistrement des propos tenus par le responsable d'Eurovision, de leur publication sur Youtube ou de la notification du licenciement du salarié le 21 avril 2016, se sont produits avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 (soit, avant le 11 décembre 2016).

La disposition applicable au litige était donc l'article L. 1132-3-3 du Code du travail dans sa version issue de la loi du 6 décembre 2013. Ce texte conférait

déjà un statut protecteur au salarié dans l'hypothèse où ce dernier relatait ou témoignait, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

En aurait-il été de même si la rupture du contrat de travail était intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 ? En d'autres termes, est-ce la date de la mesure de rétorsion présumée (le licenciement) qui commande l'identification de la loi applicable au litige ou bien la date du signalement effectué par le salarié (la publication sur Youtube) ? Cette question est plus délicate. Il apparaît néanmoins que c'est la date du premier signalement qui doit dicter la loi applicable au litige né entre un employeur et un salarié qui revendique le statut protecteur du lanceur d'alerte. S'il est que vrai le litige n'apparaît ou ne se cristallise qu'à la date des représailles auxquelles l'employeur se sera éventuellement livré, la loi Sapin 2 règlemente précisément les conditions à remplir pour bénéficier d'un statut protecteur. Elle prévoit en particulier des règles (non-rétroactives) afférentes à la procédure de signalement : la procédure dite « des paliers ». En somme, la protection n'est que le résultat de la qualification de lanceur d'alerte dont les conditions s'apprécient à la date du signalement effectué par le salarié. Pour que la loi Sapin 2 reçoive application, il convient donc que le signalement ait été effectué postérieurement à son entrée en vigueur, l'unique exception à ce principe étant la rétroactivité *in mitius* de la loi pénale plus douce (cf. *Cass. crim.*, 17 oct. 2018, n° 17-80.485, à propos de la nouvelle cause d'irresponsabilité pénale applicable au lanceur d'alerte, créée par la loi Sapin 2 et figurant à l'article 122-9 du Code pénal).

C'est, au demeurant, ce qui pouvait se déduire implicitement d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 janvier 2019 (*Paris*, 16 janv. 2019, RG n° 17/05927). Mais parce que, selon la formule consacrée, ce qui se conçoit bien s'énonce clairement, il est toujours rassurant de trouver au sein de la jurisprudence un support exprès, offert en l'occurrence par la Cour d'appel de Grenoble : « Au cas d'espèce, à titre préliminaire, ne peut être appliqué au litige que l'article L. 1132-3-3 du Code du travail dans sa version issue de la loi n° 2013-117 du 6 décembre 2013, Madame X. n'étant pas fondée à se prévaloir des dispositions de ce texte

dans leur version issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, entrées en vigueur le 11 décembre 2016, dès lors que la dénonciation de faits présumés commis par ses supérieurs hiérarchiques [...] a été faite en 2015 d'après les échanges de mails qu'elle produit aux débats, soit avant l'entrée en vigueur de la loi créant un statut général de lanceur d'alerte » (*Grenoble, 5 nov. 2020, RG n° 18/01898*).

En cassant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 27 février 2018 (au sein duquel la loi Sapin 2 était mobilisée) au motif que les juges du fond n'avaient pas constaté que le salarié avait relaté ou témoigné de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime, la Cour de cassation valide l'absence de rétroactivité de la loi Sapin 2. Le visa de son arrêt rendu le 4 novembre 2020 ne laisse aucune place au doute.

Il reviendra donc à la Cour d'appel de renvoi de statuer en fonction du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016. La protection du salarié licencié sera dans ce cas loin d'être acquise : il n'est pas évident qu'une quelconque infraction pénale de nature délictuelle ou criminelle ait été commise par Renault. En tout cas, le salarié n'en a pas fait état au moment de son signalement (*Rappr., à propos du harcèlement moral, Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-23.045 : SSL oct. 2017, n° 1787, note J.-Ph. Lhernould*). La simple mention d'un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical (*C. trav., art. L. 2146-1*) aurait pourtant pu faire l'affaire, tout comme celle du délit de violation du secret des correspondances (*C. pén., 226-15*).

II. L'application des critères de la loi Sapin 2

Si la loi Sapin 2 avait été applicable, le salarié aurait-il pu bénéficier de la protection légale octroyée au lanceur d'alerte ?

Le statut du lanceur d'alerte est défini à l'article 6 de la loi Sapin : « un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière

désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. » (Cf. not. V. Malabat, G. Auzero, *Les lanceurs d'alerte in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité : LGDJ, 2018, p. 673 s.* – E. Alt, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : JCP G 2017, doctr. 90.* – V. Armillei, *La protection du lanceur d'alerte : quelques remarques sur l'article 6 de la loi « Sapin 2 » : HDD juill.-août 2020, n° 17, p. 50 s.*).

S'agissant d'abord de son objet, force est de constater que le champ matériel de l'alerte s'est considérablement élargi puisque désormais peuvent être qualifiés de lanceurs d'alerte des personnes physiques qui signalent de simples violations de la loi ou du règlement, dans tous les domaines. La limitation de l'alerte à la matière pénale délictuelle et criminelle n'est plus d'actualité.

Mais le seul fait que le groupe Renault ait surveillé les boîtes e-mails professionnelles de ses salariés n'est pas en soi constitutif d'un manquement à la loi ou au règlement. La surveillance est inhérente à l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur sur lequel elle est fondée. En revanche, s'agissant des salariés dits « protégés » (investis d'un mandat syndical ou d'élu), l'employeur doit respecter la confidentialité la plus absolue des correspondances, envoyées ou reçues depuis leur adresse e-mail professionnelle (Cf. *Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-20.845*, à propos d'autocommutateurs téléphoniques). L'intégralité des échanges que le représentant entretient avec les salariés, voire avec des tiers à l'entreprise, devrait être extrait du champ du pouvoir de contrôle de l'employeur (En ce sens, L. Pécaut-Rivolier, *La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? : Dr. soc. 2012, p. 469 s.*).

En somme, Renault peut surveiller légitimement ses salariés mais le chef d'entreprise ne peut prendre connaissance des e-mails envoyés ou reçus par des représentants syndicaux sans porter atteinte à la liberté syndicale, garantie tant par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme que par l'alinéa

6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Or, une telle atteinte constituait précisément l'objet de l'accusation portée par le salarié du prestataire de service de Renault. De ce point de vue, l'alerte serait, sans aucun doute, entrée dans le champ d'application matériel de la loi Sapin 2.

Cependant, un autre critère de l'article 6 n'est, à l'évidence, pas rempli : il s'agit de l'exigence d'une prise de connaissance personnelle des faits. Cette condition, introduite lors des débats parlementaires au Sénat, vise à éviter les dénonciations en cascade avec un objectif précis : empêcher les signalements fondés sur de simples rumeurs. La règle posée est claire : ne peut pas bénéficier d'une protection la personne qui dénonce un fait qu'elle n'a pas personnellement constaté. Dans l'arrêt commenté, le salarié n'a jamais constaté que Renault surveillait illégalement les boîtes e-mail des syndicalistes ; il n'a fait que colporter la rumeur entendue et propagée par son responsable. S'agissant des autres critères, ceux relatifs à la bonne foi ou au désintéressement, ils pourraient faire l'objet de discussions nourries mais stériles dans la mesure où tous les critères de l'article 6 sont cumulatifs : qu'un seul fasse défaut et le statut protecteur du lanceur d'alerte ne peut être accordé.

De surcroît, le respect de l'article 6 n'épuise le débat sur l'octroi d'une protection : cette dernière n'est envisageable que si que le salarié a respecté la procédure dite « des paliers » prévue à l'article 8 de la loi Sapin 2. Le texte de cet article lui intime de signaler prioritairement les faits en interne, dans l'entreprise. Ce n'est qu'à défaut de réponse de son employeur qu'il pourra alerter des autorités publiques puis, en cas de carence de ces dernières, prendre à témoin la société civile dans son ensemble par voie de divulgation publique dans la presse écrite ou numérique, en usant des moyens qui lui sembleront alors appropriés. Cette dernière voie, subsidiaire en principe, n'est directement ouverte à l'auteur du signalement qu'en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles.

Toujours est-il qu'en l'espèce le salarié a procédé au signalement des faits *directement* sur YouTube. Si l'on peut comprendre au vu du contexte que le salarié d'un prestataire de service de Renault n'ait pas osé utiliser le canal interne

de Renault, une solution intermédiaire aurait dû le conduire à dénoncer la prétendue surveillance illicite des emails auprès de l'inspection du travail ou encore auprès de l'autorité judiciaire. Le fait qu'il ait opté directement pour la troisième voie le disqualifie au regard de la procédure des paliers. Même sous l'empire du droit qui sera celui issu de la transposition à venir de la directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte (*Dir. n° 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil, 23 oct. 2019 : JOUE 26 nov. 2019*), la solution ne serait pas différente dans la mesure où la directive fusionne les deux premiers paliers mais en les faisant toujours primer sur la dénonciation directe au public. Or, les conditions permettant à l'auteur du signalement de procéder à une dénonciation publique directe n'étaient pas remplies en l'espèce : aucun danger grave et imminent ni aucun risque de dommages irréversibles n'étant vraisemblablement établi. Ainsi, quand bien même la loi Sapin 2 aurait trouvé à s'appliquer, le non-respect de la procédure des paliers aurait conduit le juge à refuser la protection demandée par le salarié.

III. Une protection au-delà de la loi Sapin 2 ?

L'arrêt du 4 novembre dernier manifeste la volonté du juge de maîtriser l'octroi du statut protecteur applicable aux lanceurs d'alerte. A rebours d'un précédent arrêt rendu le 30 juin 2016, à l'attendu très général, qui avait rattaché le droit d'alerte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt du 4 novembre soulève de nombreuses interrogations. Le statut du lanceur d'alerte constituerait-il une restriction légale à la liberté d'expression des salariés ? (*Cf. G. Duchange, La liberté d'expression des salariés limitée par le statut légal des « lanceurs d'alerte » ? : BJT 2020, n° 12, p. 21*). Il semble en effet plus avantageux pour un salarié d'invoquer sa liberté d'expression, uniquement limitée par l'interdiction des propos injurieux, excessifs ou diffamatoires (*Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-*

41.804), que de se prévaloir du statut du lanceur d'alerte, dont la qualification est pour le moins difficile.

La portée de l'arrêt pourrait être relativisée par le comportement du salarié. N'a-t-il pas lui-même commis un manquement grave en enregistrant son supérieur hiérarchique à son insu ? Si la preuve des faits illicites dénoncés est toujours délicate à établir pour un lanceur d'alerte, on ne peut qu'être réservé devant la façon de procéder en l'espèce.

En principe, la Cour de cassation considère que l'enregistrement à l'insu du correspondant est un procédé déloyal qui rend irrecevable la preuve ainsi obtenue (*Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.814. – Comp., toutefois, Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, à propos de la collecte non conforme au RGPD de plusieurs adresses IP*). La déloyauté est d'autant plus flagrante que le salarié n'avait pas connaissance de l'atteinte à la liberté syndicale commise par Renault avant d'entendre les propos qu'il enregistrait (quand bien même il aurait pu trouver suspecte sa convocation à l'entretien informel peu après l'envoi de son e-mail adressé aux syndicats).

En admettant la preuve qui résultait de l'enregistrement clandestin en raison du caractère professionnel et informel de l'entretien au cours duquel il a été réalisé, la Cour d'appel de Versailles semble estimer que le salarié n'avait pas d'alternative et se trouvait dans une position analogue à un état de nécessité. L'enregistrement clandestin effectué par le salarié prend alors des allures de légitime défense professionnelle et n'est pas sans évoquer les décisions qui admettent le vol de document par le salarié pour préparer sa défense dans le cadre d'un contentieux prud'homal à venir (*Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 06-44.258*). La portée de cette analogie doit toutefois être nuancée car le salarié n'a pas procédé à l'enregistrement clandestin dans le but de récupérer des éléments de preuve qui lui servirait dans le cadre du litige avec son employeur mais d'abord et avant tout pour divulguer les faits litigieux au public, posant ainsi la question de savoir si l'enregistrement clandestin peut, à l'occasion d'une alerte, constituer une preuve licite des faits dénoncés.

En admettant que l'alerte soit exclusivement fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est possible de s'interroger sur l'exercice de la liberté d'expression du salarié au regard du faisceau d'indices défini dans l'arrêt Guja contre Moldavie (CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04). La divulgation pouvait-elle s'exprimer autrement ? Existait-il un intérêt public à diffuser ces informations aussi largement ? Sont-elles authentiques ? Existe-t-il un préjudice ? Le lanceur d'alerte est-il de bonne foi ? La sanction qui lui a été infligée est-elle adaptée ? Les réponses apportées à ces questions ne semblent pas toutes favorables à l'auteur du signalement. Ce dernier pouvait, dans un premier temps, s'exprimer autrement que par le truchement du plus grand site mondial d'hébergement de vidéos... D'autant plus que les doutes sur la véracité des faits rapportés auraient dû l'inciter à la prudence.

Même en sortant du « carcan » de la loi Sapin 2, la violation des limites « classiques » de la liberté d'expression en droit français – l'interdiction des propos injurieux, excessifs ou diffamatoires – ne devrait pas, à notre sens, permettre au salarié de revendiquer une protection contre le licenciement. Les propos de l'auteur du signalement n'avaient-ils pas acquis un caractère excessif en raison de leur (trop) large diffusion ? (Cf., sur la prise en compte du nombre de destinataires des propos comme critère de leur caractère excessif, Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-45.532. – Rappr. N. Auroy, *La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle in La dénonciation en droit privé (dir. M. Behar-Touchais) : Economica, 2010, p. 123 et s.*). L'alerte n'était-elle pas aussi susceptible de revêtir un aspect diffamatoire dans la mesure où aucune certitude n'existe quant à la surveillance syndicale chez Renault ? Autant de questions que devra trancher la Cour d'appel de renvoi.

Le juge administratif ignore l'interruption de la prescription du recouvrement par un avis à détenteur infructueux

**Pierre MARTEL - Avocat spécialiste en droit fiscal & douanier au barreau de Grasse -
Docteur en droit & ancien chargé de travaux à l'université de Nice**

1 - La jurisprudence CEDH DULAURENS c. FRANCE prévoit que tout moyen soulevé par le justiciable doit faire l'objet d'une véritable analyse par le juge.

2 - Le principe général du respect des droits de la défense permet au justiciable de soulever à tout moment tout nouveau moyen rendu nécessaire par tout événement intervenu lors de la procédure juridictionnelle.

3 - Les principes généraux de la confiance légitime, de la sécurité juridiques & LPF L80 A §2 font que la doctrine de la DGFIP est opposable à la DGFIP pour le recouvrement.

4 - La doctrine de la DGFIP 12C-2221 prévoit que la demande de sursis de paiement a pour effet d'interdire au comptable d'émettre un Avis à Tiers Détenteur.

5 - La doctrine de la DGFIP 12C-6211 prévoit que l'ATD qui est infructueux interrompt néanmoins la prescription du recouvrement.

6 - La doctrine de la DGFIP au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique 02-063-A-M du 22 juillet 2002 prévoit que le comptable qui a délivré un ATD violant le sursis de paiement doit prononcer « *L'ANNULATION DE L'AVIS A TIERS DETENITEUR* » afin d'effacer ses effets passés.

7 - Les 3 degrés de notre justice administrative ignorent le moyen tiré de l'effet de l'ATD infructueux sur la prescription du recouvrement et condamnent le contribuable à payer 2.000 € alors qu'il a déjà obtenu en cours de procédure juridictionnelle la mainlevée totale.

8 - La CEDH saisie a rendu une décision non-motivée d'irrecevabilité.

CE, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 22 fév. 2017, 390580, M. A., concl. E. Crépey, note P. MARTEL, Publié au recueil Lebon

Vu la procédure suivante :

M. A a demandé au tribunal administratif de Nice d' " annuler " l'avis à tiers détenteur délivré le 7 juin 2010 par le trésorier de Contes (Alpes-Maritimes) en vue de poursuivre le recouvrement, auprès de la Société marseillaise de crédit, sise à Monaco, d'une somme de 60 219 euros correspondant à des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu mises à sa charge au titre des années 1998 à 2000 et 2004 à 2006. Par un jugement n° 1003984 du 18 janvier 2013, le tribunal administratif de Nice a constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur sa demande tendant à " l'annulation " de l'avis à tiers détenteur et a rejeté le surplus de ses conclusions en tant qu'elles concernaient les majorations pour retard de paiement et les frais de poursuite mis à la charge de M. A.

Par un arrêt n° 13MA01041 du 31 mars 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par M. A contre ce jugement en tant qu'il a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions à fin d' " annulation " de l'avis à tiers détenteur attaqué.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 1er juin et 28 août 2015 et les 11 mars et 13 décembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. A demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat les sommes de 5 000 euros, 6 000 euros et 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative correspondant aux frais qu'il a exposés respectivement en première instance, en appel et en cassation et qui ne sont pas compris dans les dépens.

M. A soutient que la cour administrative d'appel de Marseille a :

- insuffisamment motivé son arrêt, omis de répondre à certaines de ses conclusions et commis une erreur de droit en jugeant qu'il n'était pas établi que la notification de l'avis à tiers détenteur en litige aurait occasionné des frais dont il serait fondé à demander le remboursement ;
- omis de répondre à certaines de ses conclusions et commis une erreur de droit en jugeant que sa demande tendant à l'annulation de cet avis à tiers détenteur était devenue sans objet à la date à laquelle le tribunal administratif a statué, alors que les effets de la mainlevée d'un avis à tiers détenteur sont différents de ceux qui s'attachent à son annulation ;
- dénaturé ses écritures de première instance en jugeant qu'il ne pouvait utilement se prévaloir des dispositions de l'article L.80 A du livre des procédures fiscales pour contester la régularité du jugement du tribunal administratif de Nice, et commis une erreur de droit en estimant que, dès lors qu'il ne s'était pas prévalu de l'instruction fiscale invoquée en première instance dans sa réclamation préalable obligatoire, il ne pouvait en demander le bénéfice, sur le fondement de l'article L.80 A du livre des procédures fiscales, devant le juge de l'impôt ;
- commis une erreur de droit au regard de l'article L. 761-1 du code de justice administrative en jugeant que le tribunal administratif n'avait pas compétence liée pour mettre à la charge de l'administration fiscale les frais non compris dans les dépens qu'il avait exposés ;
- commis une erreur de droit en mettant à sa charge une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 alors qu'il n'était pas la partie perdante ;
- méconnu le principe de confiance légitime, l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le premier protocole additionnel à cette convention.

En application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les parties ont été informées que la décision du Conseil d'Etat était susceptible d'être fondée sur le moyen, relevé d'office, tiré de l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur la régularité en la forme d'actes de poursuite.

Par trois nouveaux mémoires, enregistrés les 30 septembre et 27 décembre 2016 et le 5 janvier 2017, M. A reprend les conclusions et les moyens de son pourvoi. Il soutient, en outre, que si le Conseil d'Etat devait se fonder sur le moyen d'ordre public qu'il est susceptible de soulever d'office, il conviendrait de lui octroyer les sommes qu'il a demandées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, tant devant les juridictions du fond que devant le Conseil d'Etat.

Par un mémoire, enregistré le 8 novembre 2016, le ministre de l'économie et des finances conclut au rejet du pourvoi. Il soutient que les moyens soulevés par le requérant ne sont pas fondés et que le moyen susceptible d'être soulevé d'office par le Conseil d'Etat le conduira à décliner sa compétence pour statuer sur les conclusions de M. A tendant à l'annulation de l'avis à tiers détenteur.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- *le rapport de M. Stéphane Hoyneck, maître des requêtes,*
- *les conclusions de M. Edouard Crépey, rapporteur public ;*

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Ghestin, avocat de M. A ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le trésorier de Contes (Alpes-Maritimes) a émis, le 7 juin 2010, auprès de la Société Marseillaise de Crédit à Monaco, un avis à tiers détenteur pour avoir paiement de la somme de 60 219 euros correspondant à des cotisations d'impôt sur le revenu dues par M. A. au titre des années 1998, 1999, 2000, 2004, 2005 et 2006 ainsi qu'aux frais de recouvrement afférents à ces impositions. Le 9 juin 2010, le directeur de cet établissement bancaire a informé le trésorier que cette notification effectuée directement sur le territoire d'un pays étranger n'était pas régulière. M. A a formé opposition contre l'avis le 15 juin 2010. En l'absence de réponse à sa réclamation, il a saisi le tribunal administratif de Nice d'une demande tendant à " l'annulation " de cet acte de poursuite. Par un jugement du 18 janvier 2013, le tribunal administratif a estimé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur ces conclusions au motif que la mainlevée de l'avis à tiers détenteur avait été donnée en cours d'instance alors que cet acte ne pouvait avoir entraîné le dessaisissement du débiteur sur les sommes figurant sur le compte bancaire en cause et n'avait donc emporté aucun effet. Il a, par ailleurs, rejeté le surplus des conclusions de l'intéressé tendant à la décharge de la majoration de 10 % pour paiement tardif et des frais de poursuites. M. A se pourvoit en cassation contre l'arrêt en date du 31 mars 2015 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel qu'il avait formé contre ce jugement en tant qu'il avait prononcé un non-lieu à

statuer sur sa demande d'annulation et qu'il n'avait pas fait droit à sa demande d'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2. L'article L. 281 du livre des procédures fiscales dispose que : " Les contestations relatives au recouvrement des impôts, taxes, redevances et sommes quelconques dont la perception incombe aux comptables publics compétents mentionnés à l'article L. 252 doivent être adressées à l'administration dont dépend le comptable qui exerce les poursuites. / Les contestations ne peuvent porter que :/ 1° Soit sur la régularité en la forme de l'acte ;/ 2° Soit sur l'existence de l'obligation de payer, sur le montant de la dette compte tenu des paiements effectués, sur l'exigibilité de la somme réclamée, ou sur tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et le calcul de l'impôt. / Les recours contre les décisions prises par l'administration sur ces contestations sont portés, dans le premier cas, devant le juge de l'exécution, dans le second cas, devant le juge de l'impôt tel qu'il est prévu à l'article L. 199 ". Il résulte de ces dispositions que le juge de l'impôt n'est pas compétent pour connaître du contentieux de la régularité en la forme d'un acte de poursuite. En conséquence, un moyen tenant à la régularité en la forme d'un tel acte ne peut être utilement soulevé par un requérant à l'appui d'une contestation, portée devant le juge administratif, de son obligation de payer. Lorsque, postérieurement à l'introduction de la requête, l'acte de poursuite litigieux fait l'objet d'une mesure d'abandon sans avoir produit aucun effet, il appartient au juge de l'impôt de constater que la contestation dont il est saisi a perdu son objet et de prononcer un non-lieu à statuer sur les conclusions à fin de décharge de l'obligation de payer résultant de cet acte.

3. Par une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation et une motivation suffisante, la cour administrative d'appel a estimé que l'avis à tiers détenteur notifié à M. A n'avait pas eu, antérieurement à sa mainlevée, d'effet sur le recouvrement des impositions en cause et qu'il n'était pas établi que la notification de cet acte de poursuite aurait occasionné des frais dont le contribuable serait, le cas échéant, fondé à demander le remboursement. Par

suite, en jugeant dans ces conditions que les conclusions de la demande de M. A dirigées contre l'avis à tiers détenteur étaient devenues sans objet à la suite de sa mainlevée intervenue en cours d'instance, alors même que le requérant avait saisi le juge de l'impôt de moyens relatifs à la régularité en la forme de l'acte de poursuite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit.

4. Si M. A s'est prévalu devant les juges du fond de l'instruction codificatrice CP du 22 juillet 2002, 02-063 AM, reprise à la documentation administrative de base référencée 12 C-2226, cette doctrine n'est pas relative au recouvrement de l'impôt mais aux cas de non-lieu devant le juge de l'impôt. M. A ne pouvait, dès lors, utilement l'opposer à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales. Il y a lieu de substituer ce motif à celui retenu par la cour dans l'arrêt attaqué, dont il justifie le dispositif. Les moyens du requérant tirés de la dénaturation de ses écritures et de l'erreur de droit dans l'application de ces dispositions sont, par suite, inopérants.

5. Le juge administratif n'est pas tenu de mettre à la charge de la partie perdante les frais exposés par l'autre partie et non compris dans les dépens. Par suite, le requérant n'est pas fondé à soutenir que la cour aurait commis une erreur de droit en ne censurant pas le jugement du tribunal administratif de Nice pour n'avoir pas mis à la charge de l'Etat la somme qu'il demandait au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En usant de la faculté que lui laissent ces dispositions de faire droit à des conclusions tendant au bénéfice de ces dispositions devant elle, la cour administrative d'appel de Marseille s'est livrée à une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible, en l'absence de dénaturation, d'être critiquée devant le juge de cassation.

6. Les moyens du pourvoi tirés de la méconnaissance du principe de confiance légitime, de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du premier protocole additionnel à cette convention ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

7. Il résulte de ce qui précède que M. A n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque. Ses conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées par voie de conséquence.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de M. A est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. A et au ministre de l'économie et des finances.

(Conclusions du Rapporteur Public disponibles auprès du CE depuis le 31 mars 2017)

Dans son dernier Cahier statistique disponible, la DGFIP a recensé ses actions de « masse » que sont les Avis à Tiers Détenteur (ATD) devenus depuis le 01/01/19 les Saisies Administratives à Tiers Détenteur (SATD) : 5.630.993 en 2016, 5.901.443 en 2017 & 6.297.649 ATD en 2018.

Selon LPF L274, ces ATD & SATD ont avant tout pour effet d'interrompre la prescription du recouvrement.

C'est en 2010 que le contribuable A a reçu la notification d'un ATD irrégulier pour violation de 2 Sursis de Paiement.

A a alors demandé l'annulation de cet ATD devant le Trésorier-Payeur Général en citant la loi & la doctrine de la DGFIP 12C-2221 sur les effets du Sursis de Paiement.

En l'absence de réponse du TPG, A a saisi le Tribunal Administratif de NICE afin de faire annuler cet ATD et la décision de la DGFIP d'émettre cet ATD.

Devant le TA, la DGFIP a soulevé un moyen tiré d'une prétendue absence d'effets de l'ATD - il s'était révélé infructueux - avant de décider la mainlevée totale en mars 2011.

Comme cette mainlevée ne privait pas l'ATD de son effet interruptif de la prescription, A a maintenu ses demandes en citant et communiquant :

- la doctrine de la DGFIP 12C-6211 selon laquelle :

« 86. La notification d'un avis à tiers détenteur régulier est interruptive de prescription. »

« 88. Par ailleurs, un avis à tiers détenteur portant sur un compte bancaire débiteur a un effet interruptif (CAA LYON 20 juin 1996 n° 93 LY 00985) .»

- la doctrine de la DGFIP au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique 02-063-A-M du 22 juillet 2002 selon laquelle :

« Une mainlevée est donnée pour le futur et n'a donc aucune incidence sur l'acte, qui demeure avec tous ses effets passés ; elle n'implique donc pas la restitution des sommes antérieurement perçues.

4. L'ANNULATION DE L'AVIS A TIERS DETENTEUR

Elle doit être prononcée par le comptable à chaque fois que l'avis à tiers détenteur n'aurait pas dû être notifié.

Ex. :

- *une procédure collective a été antérieurement ouverte au nom du débiteur poursuivi,*
- *le débiteur a déposé une réclamation suspensive de paiement avant la notification de l'avis à tiers détenteur...*

Dans ces cas, l'acte est annulé. Il est donc sensé ne jamais avoir existé : il n'aura pas d'effet dans le futur et ses effets passés devront être effacés.

Sur demande justifiée du contribuable, le remboursement des frais (bancaires, postaux ou téléphoniques...) occasionnés par la notification à tort d'un avis à tiers détenteur pourra être effectué par le trésorier-payeur général compétent. Ces frais seront supportés par le compte 900 chapitre 15-03, article 30, § 20 « intérêts moratoires, dommages-intérêts et dépens dus par l'Etat » (soulignements rajoutés)..

Lors de l'audience devant le TA, M. le Rapporteur Public a néanmoins demandé la condamnation de A à payer 500 € d'amende motivés par son absence de désistement.

Le TA a jugé que la « *mainlevée, qui est intervenue en cours d'instance, a eu pour effet de priver la présente opposition de son objet ; qu'il n'y pas lieu, dans cette mesure, d'y statuer* » pour décider que « *Il n'y pas lieu à statuer sur les conclusions de la requête de M. A tendant à « l'annulation » de l'avis à tiers détenteur* » (T06, 18 janvier 2013, 1003984-6).

Devant la Cour Administrative d'Appel de MARSEILLE, la DGFIP a demandé la confirmation de la décision du TA et 6.000 € au titre de CJA L761-1.

Lors de l'audience devant la CAA, M. le Rapporteur Public a demandé 2.000 € en faveur de la DGFIP.

La CAA a jugé que A « *ne peut utilement invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre la régularité d'un jugement, sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, l'interprétation de le loi fiscale donnée dans une instruction par l'administration* » et que « *à défaut de s'être prévalu de cette instruction dans la réclamation dirigée contre l'avis à tiers détenteur qu'il a formée en application des articles L. 281 & R. 281-1 et suivants du livre des procédures fiscales (...) le requérant ne peut utilement (...) invoquer à quelque*

moment que ce soit de la procédure contentieuse l'interprétation que l'administration a fait connaître » pour confirmer la décision du TA et condamner A à payer 2.000 € à la DGFIP (C13, 31 mars 2015, 13MA01041).

Or, si dans certaines conditions des demandes nouvelles ne peuvent être admises, le CE juge constamment qu'un justiciable peut présenter des moyens de droit nouveaux afin de soutenir ses demandes anciennes (CE, 27 juin 1969, 61520, Plèn. ; CE 16 avril 2010, 313456).

Devant le CE, la 10^{ème} chambre a soulevé d'office un moyen d'ordre public « *tiré de l'incompétence du juge administratif pour se prononcer sur la régularité en la forme d'actes de poursuite* ».

Il convient de rappeler qu'une demande d'annulation d'ATD pour violation du sursis de paiement constitue une opposition à contrainte qui relève bien de la compétence du juge administratif (CE 27 juillet 1984, 42701).

Lors de l'audience devant le CE, M. le Rapporteur Public a conclu à :

- la compétence du juge administratif, et à
- la nécessité de s'assurer que l'ATD n'a pas produit des effets avant de constater le non-lieu mais a ignoré les effets de l'ATD sur la prescription.

Sur ce, le CE - 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies - a jugé que :

- il était compétent,
- « *Par une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation et une motivation suffisante, la cour administrative d'appel a estimé que l'avis à tiers détenteur notifié à A n'avait pas eu, antérieurement à sa mainlevée, d'effet* », et que
- « *Si M. A s'est prévalu devant les juges du fond de l'instruction codificatrice CP du 22 juillet 2002, 02-063 AM, reprise à la documentation administrative de base référencée 12 C-2226, cette doctrine n'est pas relative au recouvrement de l'impôt mais aux cas de non-lieu devant le juge de l'impôt. M. A ne pouvait, dès lors, utilement l'opposer à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales.*»,

pour confirmer la décision de la CAA après :

- dénaturation de la doctrine de la DGFIP au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique 02-063-A-M du 22 juillet 2002 qui est bien relative au recouvrement et non au cas de non-lieu devant le juge de l'impôt (Cf. Supra),
- substitution des motifs sans renvoi devant la CAA et
- ignorance des effets de l'ATD sur la prescription du recouvrement décrits par la doctrine de la DGFIP 12C-6211 (Cf. Supra).

Ainsi, ni le TA, ni la CAA ni le CE n'ont jugé le moyen tiré de la doctrine de la DGFIP 12C-6211 et le mot « *prescription* » est d'ailleurs absent des dispositifs des 3 décisions.

Cette situation est très favorable à la DGFIP et à ses SATD dont le nombre faramineux ne cesse d'augmenter (Cf. Supra).

Mais cette même situation est surtout irrégulière au regard de la jurisprudence européenne DULOURANS qui prévoit « *à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence* » (CEDH 21 mars 2000, aff. DULOURANS c. FRANCE, n° 34553/97).

A a donc été condamné définitivement par le juge administratif français à payer 2.000 € alors qu'il avait déjà obtenu une mainlevée totale d'ATD en cours de procédure juridictionnelle et sans que l'on réponde au moyen principal tiré de l'interruption de la prescription.

La CEDH saisie a rendu une décision non-motivée d'irrecevabilité.

On ne sera pas surpris d'apprendre qu'A a quitté la FRANCE.

(CAGNES-SUR-MER, LE 01/07/20)

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE AFRICAINNE

Patrice Badji - Professeur agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar -
Directeur du CREDILA

**Cour d'appel de commerce d'Abidjan, 5e ch, n° 109/2020 du 12 mai
2020**

Possibilité pour un créancier de se prévaloir de la théorie du mandat apparent lorsqu'il a conclu avec le directeur commercial d'une société, un contrat de réservation portant sur une villa en lieu et place du gérant de celle-ci.

Sommaire

Un contrat de réservation portant sur une villa ayant été conclu par le directeur commercial en lieu et place d'un gérant d'une société commerciale avec un client de sorte que ce dernier a légitimement cru à l'étendue de ses pouvoirs, c'est à bon droit qu'une Cour d'appel a conclu à l'existence de la théorie du mandat apparent.

Par exploit en date du 1^{er} mars 2019, Madame Z.D. épouse C a assigné la société I.D SARL d'avoir à comparaître par devant le Tribunal de commerce d'Abidjan le 13 mars 2019 pour entendre :

- prononcer la résolution du contrat conclu entre les parties ;
- condamner la société I.D SARL et son gérant Monsieur KONAN Kouacoud Roger à lui payer la somme de 17 millions représentant le solde des transactions financières effectuées pour acquérir la villa n°49 de son opération immobilière RESIDENCE BELLE VUE et de 10 millions à titre de dommages et intérêts ;
- ordonner l'exécution provisoire de la décision ;
- condamner la société ivoirienne de développement dite ID SARL aux dépens.

Au soutien de son action, elle expose que :

- le 09 Mai 2007, elle a conclu un contrat de réservation dans le cadre de son opération immobilière dénommée RESIDENCE LES HEVEAS portant sur une villa de 4 pièces jumelées formant le lot n°49 pour un coût total de 16.000.000 F CFA ;
- le 07 Octobre 2009, en exécution dudit contrat, elle s'est acquittée de la somme de 9.000.000 ;
- sur recommandation de la défenderesse, elle a renoncé à l'opération immobilière RESIDENCE LES HEVEAS au profit de celle dénommée RESIDENCE BELLE VUE en signant un nouveau

contrat de réservation portant sur la villa duplex n°52 portant sur un montant de 20.000.000 F CFA ;

-les 9 millions dont elle s'était acquittée dans le cadre de l'opération immobilière LES HEVEAS ont été déduits des 20 millions et donc elle restait devoir la somme de 11 millions ;

-elle s'est acquittée de la somme de 8 millions soit un total de 17 millions sur les 20 millions ;

-la défenderesse ne lui a pas livré la villa fin Mars 2012 comme convenu au motif que les reçus de paiement en sa possession sont des faux ;

-une telle attitude constitue une inexécution par la défenderesse de son obligation contractuelle.

Toujours selon elle, le 15 février 2013, elle a saisi le doyen des juges d'instruction du Tribunal de Première Instance d'Abidjan-Plateau d'une plainte avec constitution de partie civile contre la société ID et son gérant. Cette plainte s'est soldée par une ordonnance de non-lieu (le 29 novembre 2016) confirmée en appel par un arrêt n°184 du 08 novembre 2017 ;

Selon Z.D. épouse C, les conditions de l'autorité de la chose jugée ne sont pas réunies donc la défenderesse ne peut se prévaloir de celle-ci car l'objet de la procédure correctionnelle était la condamnation de la SARL et de son gérant pour escroquerie et dénonciation calomnieuse alors qu'elle réclame dans l'instance présente la résolution du contrat de réservation et le paiement de sommes d'argent. Enfin, la société I.D ne rapporte pas la preuve qu'elle a déjà obtenu condamnation au paiement de 17 millions qu'elle lui réclame d'où l'objet de la saisine du Tribunal.

En réplique, la société I.D a soulevé *in limine litis* l'irrecevabilité de l'action de madame Z.D épouse C pour autorité de la chose jugée entre les procédures civiles et correctionnelles comme le précise l'article 1351 du code civil. Selon elle, les deux procédures ont le même objet à savoir le paiement de sommes d'argent à titre de remboursement et de dommages et intérêts pour préjudice subi dans le cadre de la réservation d'un logement ; mieux, la demanderesse a obtenu la condamnation de **Monsieur KOUAME Marius à lui payer la** somme de 17 millions à titre de dommages et intérêts par arrêt confirmatif du 16 juillet 2014.

Toujours selon elle, courant 2007, Madame Z.D. épouse C a signé un contrat de réservation pour l'acquisition d'une villa dans son opération dénommée Fougères, moyennant le paiement de la somme de 20.000.000 FCFA. L'exécution du contrat s'est passée sans heurt et la maison lui a été régulièrement livrée. De façon frauduleuse, la demanderesse a versé à son ex-directeur commercial la somme de 17 millions pour acquérir une villa au sein de l'opération dénommée BELLE VUE. Ayant découvert que celui-ci s'est rendu coupable de plusieurs détournements de sommes d'argent et de malversations financières, elle l'a licencié par lettre en date du 08 novembre 2011. Elle a porté plainte contre celui-ci et le tribunal correctionnel l'a déclaré

coupable des faits d'abus de confiance et la condamné à payer diverses sommes d'argent aux victimes dont 17 millions à madame Z.D. épouse C. Par arrêt rendu le 16 juillet 2014, la Cour d'appel a confirmé le jugement du Tribunal de commerce.

Contre toute attente, épouse C a porté plainte contre elle et son gérant et s'est constituée partie civile pour lui réclamer à nouveau des dommages et intérêts. Toujours selon elle, la défenderesse, il n'y a jamais eu de contrat de réservation « BELLE VUE » avec épouse C encore moins l'opération LES HEVEAS ; tous les reçus de paiement qu'elle a produits pour justifier l'existence d'un contrat sont revêtus de la signature de l'ex-directeur commercial congédié et les sommes versées en dehors de sa comptabilité. Pourtant, conformément à l'article 1239 du code civil le débiteur doit payer entre les **mains de son créancier ou de son mandataire**.

Vidant sa saisine, le Tribunal de commerce d'Abidjan a rendu le jugement querellé. C'est pourquoi, épouse C a sollicité, par exploit de commissaire de justice en date du 10 février 2020, l'infirmité partielle du jugement RG N°841/2019 rendu le 29 Mai 2019.

La question à laquelle la Cour d'appel de commerce d'Abidjan devait répondre est celle de savoir si le juge peut invoquer la théorie du mandat apparent au profit d'un créancier lorsque le directeur commercial d'une société a signé un contrat en lieu et place du gérant de celle-ci et que les reçus de paiement produits au débat par le créancier porte l'entête de la société défenderesse. Avant de faire des développements sur la théorie du mandat apparent, relevons que sur bien des points, la Cour d'appel de commerce d'Abidjan a infirmé le jugement querellé. Cependant, sur la question de la procédure vexatoire et abusive, elle a confirmé le jugement querellé.

Le défaut de versement de l'argent entre les caisses d'une société vendeuse de villas neutralise-t-il tout lien contractuel avec elle ? Pour peu que l'on soit orthodoxe sachant que dans une société commerciale organisée, en l'espèce la SARL, le paiement de celle-ci se fait à la comptabilité, on devrait répondre par l'affirmative. Mais eu égard au fait que le juge a retenu la théorie du mandat apparent, cette réponse doit être mise à l'écart. En effet, la Cour d'appel de commerce d'Abidjan, pour prononcer la résolution du contrat de réservation portant sur la villa n°52, a convoqué l'article 1184 du code civil qui offre une large palette de mesures au créancier déçu. Il s'agit de l'exécution forcée ou de la résolution avec dommages et intérêts. Pour rappel, dans le contrat de réservation conclu, il a été convenu que la livraison du bien immobilier devrait, sauf cas de force majeure, se faire à la fin Mars 2012. De même, il a été clairement stipulé que le réservataire a versé 9 millions à la société. En outre, dans la période du 14 juin 2011 au 16 octobre 2011, la société a reçu le montant de 8.000.000 millions et cela,

en attestent les reçus de paiement versés au débat. Ce faisant, elle a encaissé en tout et pour tout 17 millions. Le juge a tenu à rappeler les effets de la résolution à savoir le retour au *statu quo ante* et partant, la restitution des 17 millions litigieux est justifiée.

Le refus de reconnaître un acompte versé par un client constitue-t-il une faute contractuelle ? Le juge répond par l'affirmative. En effet, non seulement la villa promise n'a pas été livrée, mais également la demanderesse a été contrainte d'exposer des frais supplémentaires pour recouvrer l'acompte versé. L'inexécution par la société I.D est motivée par son refus de reconnaître l'acompte versé. Ce manquement justifie l'application de l'article 1147 du code civil et partant la condamnation du débiteur au versement de dommages et intérêts.

La défenderesse doit-elle prétendre au versement de dommages et intérêts pour procédure abusive si elle ne rapporte pas la preuve de l'intention malveillante de la demanderesse ? La Cour d'appel, confirmant le tribunal de commerce d'Abidjan, répond par la négative vu qu'une action en justice ne devient un abus de procédure que lorsque la preuve d'une intention de nuire, d'une négligence ou d'un détournement de la finalité sociale de l'action a été rapportée. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

Dans l'arrêt objet de notre commentaire, demandeur et défendeur étaient opposés quant à la définition du mandat apparent. Pour la Cour d'appel de commerce d'Abidjan, le mandat apparent est la situation d'une personne qui se trouve engagée par les actes d'une autre qui a agi, soit sans aucun mandat de sa part, soit en excédant ses pouvoirs de mandataire dans des conditions de vraisemblance telles que les tiers qui ont traité avec elle ont pu légitimement croire à l'existence de ce mandat. L'expression « une personne qui se trouve engagée par les actes d'une autre » pourrait se traduire comme suit : « la SARL ID se trouve engagée par les actes de son directeur commercial ». Ce qui fait la particularité de la théorie du mandat apparent, c'est la vraisemblance qui a poussé les tiers à légitimement croire à l'existence d'un mandat. La croyance légitime exclut toute idée de vérification des pouvoirs exacts du mandataire. De notre point de vue, on parle de mandat apparent en présence d'un dirigeant de fait ou de quelqu'un qui, en toute légitimité n'a reçu aucun pouvoir de représentation de la part de la société. En l'espèce, la personne habilitée à représenter la société ID SARL c'est le gérant et non le directeur commercial.

De façon concrète, en l'espèce, deux critères ont poussé le juge à conclure à l'existence d'un mandat apparent :

-la signature du contrat de réservation par le directeur commercial en lieu et place du gérant de la SARL ;

-le contenu des reçus de versement produits aux débats : entête de la société défenderesse, son cachet¹ et la signature du directeur commercial.

Le reçu constitue une preuve de réception de paiement par le créancier et de libération du débiteur. Ne dit-on pas d'ailleurs que celui qui se prétend libéré doit prouver que **l'obligation** est inexistante ou éteinte ?²

Tribunal de Commerce de Lomé, Jugement n°135/2020, 02 Mars 2020

La dation en paiement n'est pas une garantie prévue par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS)

Sommaire

La dation en paiement n'est pas une garantie prévue par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ne produit aucun effet au regard de l'Acte uniforme précité et d'une jurisprudence CCJA, une clause par laquelle un créancier prêteur se réserve la faculté d'option, l'immeuble d'un débiteur emprunteur en cas de défaillance de celui-ci.

Suivant exploit en date du 27 Décembre 2013, dame ADJETEY-BAHUN Akoley Youyou a entendu faire opposition à l'exploit d'huissier du 16 Décembre 2013 par lequel il lui a été notifié la réalisation de la dation en paiement et a par le même acte, assigné la BAT (Banque Atlantique du Togo) et le conservateur de la propriété foncière à comparaître devant le Tribunal de commerce de Lomé pour :

-dire et juger que la procédure aux fins de réalisation de la dation en paiement portant sur l'immeuble objet du titre foncier n°32948 RT est irrégulière et partant, doit être annulée pour cause de défaut d'une expertise contradictoire de l'immeuble, absence d'une décision judiciaire d'envoi en possession et violation de la signification d'acte à personne ;

-que la mutation du titre foncier envisagé ne peut donc aboutir ;

¹ Un cachet est une marque qui sert à prouver l'authenticité de la provenance d'un document, voire la propriété d'un bien dans certaines hypothèses.

² Article 9 du code des obligations civiles et commerciales.

-que le courrier en date du 13 Décembre 2013 ayant pour la « réalisation de la dation paiement de l'immeuble objet du titre foncier n°32948 RT ne vaut point réalisation de dation en paiement contre elle ; donc la BAT ne peut se prévaloir d'un droit de propriété sur l'immeuble objet du titre foncier n°32948 ;

-interdire au conservateur de la propriété foncière de donner suite à toute réquisition introduite par la BAT afin de faire muter le titre foncier sous peine de dommages et intérêts ;

-ordonner l'exécution provisoire du jugement nonobstant toutes les voies de recours et sans caution ;

-la condamner aux entiers dépens.

En effet, par exploit en date du 26 Novembre 2013, la BAT SA a fait signifier la grosse de leur convention de prêt avec commandement de payer dans les 15 jours la somme de 206.240.610 francs sous peine de réalisation de la dation en paiement. Suivant exploit du 16 Décembre 2013, la BAT lui a notifié un courrier daté du 13 Décembre 2013 portant réalisation de la dation en paiement de l'immeuble objet du titre foncier n°32948 en soutenant qu'elle est devenue propriétaire sans aucune forme de procès. C'est pourquoi elle avait introduit une réquisition auprès du conservateur de la propriété foncière par courrier en date du 13 septembre 2013 aux fins de mutation dudit titre foncier.

La demanderesse précise qu'elle n'a jamais évoqué les articles 199 et 200 de l'AUS (Acte uniforme portant organisation des sûretés), qu'elle n'est pas débitrice de mauvaise foi, que l'article 25 de la convention qui les lie est un pacte comissoire et non une dation en paiement, le document établi à la demande de la BAT SA n'est pas une expertise. C'est pour toutes ces raisons qu'elle a saisi le juge.

En défense, la BAT explique le 07 mars 2014, elle a consenti à dame ADJETEY-BAHUN une ligne de découvert de 200.000.000 francs CFA remboursable en douze mois, suivant convention notariée du 20 avril 2012. Que pour garantir le paiement de sa dette, elle s'est portée caution solidaire et a donné en dation en paiement sous condition suspensive, son immeuble objet du titre foncier n°32948 RT. N'ayant pas respecté les échéances convenues, la BAT l'a informée de ce qu'elle a opté pour la dation en paiement en demandant au conservateur de la propriété foncière de procéder à la mutation du titre foncier en son nom. Toujours selon la BAT, aucun texte ne rend obligatoire l'évaluation de l'immeuble par un expert et par conséquent, c'est à tort que la demanderesse a estimé que l'article 199 AUS n'a pas été respecté ; que pour une attribution conventionnelle il faut au préalable une expertise ; que le versement d'une soule constitue un effet à la réalisation de la dation en paiement ; qu'une expertise de l'immeuble a été effectuée le 2 avril 2012 ; qu'aucune loi n'interdit que la notification d'un acte de procédure

soit faite à une personne habilitée à cet effet ; que l'action de la demanderesse est abusive. C'est pourquoi, elle sollicite du juge qu'il dise que les articles 199 et 200 de l'AUS n'ont pas prévu la dation en paiement ; que conformément à la convention de crédit du 2 avril 2012, elle a régulièrement réalisé la dation en paiement ; que la procédure de réalisation de la dation en paiement est conforme aux articles 199 et 200 précités dans l'hypothèse où le juge déciderait que ces dispositions sont relatives à la dation en paiement ; qu'il ordonne par conséquent au conservateur de la propriété foncière de procéder à la mutation du titre foncier n°32948 en son nom, etc...

Le Tribunal de commerce de Lomé devait répondre à la question suivante : Quelle est la nature juridique d'une clause par laquelle l'emprunteur offre en garantie du remboursement de sa dette, en dation en paiement, dans l'hypothèse où il ne paierait pas le créancier qui se réserve la faculté d'option de son immeuble ? Pour le Tribunal de commerce de Lomé, nous sommes certes en présence d'une garantie, mais qui, au regard de l'AUS et d'une jurisprudence de la CCJA, n'est pas consacrée, d'où la nullité de la procédure de réalisation de la dation en paiement portant sur un immeuble entreprise par l'emprunteur.

I. L'existence d'une dation en paiement

Pour le Tribunal de commerce de Lomé, l'existence d'une dation en paiement est attestée par le contenu de l'exploit de signification de la grosse de convention de compte courant et de la convention d'ouverture de ligne de crédit avec commandement de payer du 26 novembre 2013. Eu égard à ces différents actes, le défaut de paiement de la demanderesse et de son entreprise, permettra à la défenderesse d'opter pour la dation en paiement. Aux termes de l'article 1243 du code civil togolais¹, le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due. En droit sénégalais, la dation en paiement est prévue par l'article 372², 212 COCC. C'est une prestation de remplacement en nature, aux termes de la dernière disposition citée. S'il est vrai que la dation en paiement est une garantie, elle ne produit cependant pas d'effet de droit mécanisme a été prévu en l'espèce en guise de garantie au regard du système juridique OHADA.

¹ Version à jour du 1^{er} mai 1956

² Suivant cette disposition, au même titre que l'apport en société, le bail à nourriture, la dation en paiement est translatif de propriété ; cet effet translatif de la convention est réaffirmé à l'article 213 COCC.

II. Une clause non productive d'effet de droit

Dire que la clause par laquelle un créancier se réserve la faculté d'option d'un immeuble du débiteur au cas où ce dernier serait défaillant n'est productive d'aucun effet de droit a, selon le juge du fond, pour soubassement un texte et une jurisprudence. Le texte en question est l'article 4 alinéa 2 AUS. Aux termes de cette disposition, sauf dispositions contraires du présent acte uniforme, les sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation. Il appert de ce texte que la sûreté réelle donne un droit de préférence au créancier en cas de réalisation du bien du débiteur d'une part et que le droit de propriété peut servir de garantie pour le recouvrement d'une créance d'autre part.

Au-delà, le Tribunal de commerce de Lomé s'est basé sur l'arrêt n°41/2018 rendu le 22 février 2018 par la CCJA et où il a été décidé que la dation en paiement n'est pas prévue par l'AUS et partant n'est pas une garantie au Togo.

C'est en considération de ces deux arguments que le juge a déclaré nulle la procédure de réalisation de la garantie convenue. Cette décision rappelle le *numerus clausus* qui prévaut en matière de sûretés réelles.

III. Une décision critiquable

Le juge ne précise pas le fondement de la nullité de la procédure d'où la légèreté de son argumentaire. En effet, l'inapplication du droit communautaire, en l'espèce le droit OHADA, n'est pas exclusive de celle du droit commun. Il faut rappeler que c'est la demanderesse qui a plutôt souhaité l'application du droit OHADA et non la partie défenderesse qui a procédé à la réalisation de la dation en paiement en se basant sur une convention conclue en 2012. Elle a clairement spécifié que les articles 199 et 200 ne contiennent pas de règles relatives à la dation en paiement. Ainsi, il serait contradictoire pour le juge de décider que la dation en paiement n'est pas une garantie prévue par l'AUS et de déclarer irrégulière sa procédure de réalisation sans préciser le texte applicable. En effet, dire que la dation en paiement n'est pas une sûreté réelle prévue par l'AUS entraîne au moins deux conséquences :

- inapplication du droit OHADA ;
- application du droit commun.

Au regard de ces conséquences, il faut conclure que le juge ne peut déclarer une procédure contraire à un texte qui lui-même n'a pas prévu celle-ci ; il ne peut refuser de requalifier l'article 26 de la convention de crédit en pacte comissoire et parler de nullité de procédure. Un mystère entoure le texte invoqué. Or, il n'y a pas de nullité sans texte. Osons espérer que la Cour d'Appel qui sera saisie de l'affaire apportera plus de précisions en ce sens, pour le grand bonheur du commentateur en particulier et du justiciable en général. Au-delà, la décision de justice doit être interprétée comme une invite à une réforme des textes pour prévoir la mesure applicable en cas de violation de la convention de dation en paiement. En droit sénégalais, dans cette occurrence, l'exécution forcée de l'obligation primitive ou de la prestation de remplacement est envisageable¹. N'est-ce pas également une façon de rappeler au créancier que toute réalisation immobilière se fait suivant les règles de l'OHADA ?

¹ Article 213 COCC



AFDD