

REVUE
JURIDIQUE DE L'
Océan
INDIEN

Numéro 22 – 2016

Revue réalisée par la LexOI
(Association « Droit dans l'Océan Indien »)

REVUE JURIDIQUE DE L'Océan Indien

RÉDACTION

DIRECTION DE PUBLICATION :

Élise RALSER

RÉDACTION EN CHEF :

Julie DUPONT-LASSALLE

SECRETARIAT DE RÉDACTION :

Safia CAZET

CONSEIL DE RÉDACTION :

Le conseil de rédaction de la RJOI est composé du directeur de publication, du rédacteur en chef, ainsi que des responsables des différentes rubriques de la revue.

COMITÉ DE LECTURE :

Les contributions sont soumises à l'examen du comité de lecture. Le comité de lecture de la RJOI est composé des différents responsables de rubrique ainsi que de membres extérieurs à la revue. La composition du comité est disponible sur le site de la revue : www.lexoi.fr

PARTICIPATION SPÉCIALE POUR CE NUMÉRO :

Justine MACARUELLA – Corinne Holy RAKOTONIAINA – Pr André ORAISON – Thomas M'SAÏDIE – Edwin MATUTANO

ÉDITION

Photo : *La Réunion* (© Fotolia)

Traductions : Adam Duchemann

Conception et réalisation de la revue : Association « Droit dans l'océan Indien »

SOMMAIRE

DOCTRINE

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

L'individu dans la communauté : essai sur les devoirs de l'Homme

Justine MACARUELLA.....1

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Droits voisins du droit d'auteur et entreprises de communication visuelle malgaches

Corinne Holy RAKOTONIAINA.....39

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Radioscopie critique de la Commission de l'océan Indien

La spécificité de la France au sein d'une organisation régionale de proximité

André ORAISON.....95

VARIATIONS

La réponse juridique à la « Question de l'île comorienne de Mayotte »

Thomas M'SAÏDIÉ.....147

La métamorphose, en 2015, d'un DOM en TOM sans changement institutionnel...

Edwin MATUTANO.....155

Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de la Revue Juridique de l'Océan Indien.

Par ailleurs, le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Éditorial

Les devoirs de l'homme... voilà la thématique au centre du travail de recherche de Justine MACARUELLA, doctorante à l'université de La Réunion, et grâce à laquelle elle a reçu le premier prix de la 6^e édition du concours de mémoires de la Revue juridique de l'océan Indien, en décembre 2015. Tiré de ce mémoire, l'auteur nous propose ici un article plaçant l'individu au cœur de la communauté à laquelle il appartient et nous livre sa réflexion ô combien enrichissante sur ce beau sujet, à revers de celui – désormais familier – relatif aux « droits de » ou aux « droits à ».

Madagascar est ensuite à l'honneur : en décembre 2015, l'association LexOi, soutenue en cela par l'État et le conseil régional de La Réunion – au titre de la coopération régionale – a organisé la 1^{re} édition du « concours interrégional de l'océan Indien », inauguré avec l'université catholique de Madagascar. Le premier prix de ce concours – parallèle à ce lui organisé au sein de l'université de La Réunion – a été décerné à Corinne Holy RAKOTONIAINA. Nous sommes fiers de pouvoir valoriser ainsi le travail de jeunes chercheurs talentueux de l'océan Indien, en publiant une version condensée de son mémoire consacré aux « Droits voisins et entreprises de communication audiovisuelle malgaches ».

Ensuite encore, nous élargissons le cercle aux grandes problématiques de la zone sud-ouest de l'océan Indien, avec le professeur André ORAISON, fidèle soutien de la revue et auteur régulier dans nos pages. Dans ce numéro, le regard est porté sur la Commission de l'océan Indien, cette organisation internationale régionale à la fois médiatisée et pourtant grande inconnue dont on essaie, plus de trente ans après sa création, de dresser le bilan, avec ses écueils et ses atouts, le tout dans une perspective de coopération régionale.

Notre rubrique *Variations* donne enfin l'opportunité de s'exprimer brièvement et librement, en quelques pages, opportunité saisie par Thomas M'SAÏDIÉ, sur la « question de l'île comorienne de Mayotte », et ensuite par Edwin MATUTANO, qui nous explique comment des départements d'outre-mer ont pu occasionnellement devenir des territoires d'outre-mer et ce, sans mutation institutionnelle.

Une fois de plus, il ressort de tout cela une grande richesse dont nous tentons, comme à l'accoutumée, de vous faire tous profiter...

Élise RALSER

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

L'individu dans la communauté : essai sur les devoirs de l'Homme

Justine MACARUELLA

Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Master II Droit public

Université de La Réunion – Faculté de droit et d'économie – Promotion 2014/2015

Résumé :

Cet article se présente comme une contribution à l'étude théorique des rapports entre individu et communauté par le prisme des devoirs de l'Homme. Il s'agit de rechercher quels sont les devoirs de l'individu inscrit comme tel dans la communauté de droit. Le devoir apparaît comme un concept fonctionnel guidant l'action de l'individu au sein de la communauté : il est une condition dans l'exercice des droits ; un paradigme éthique nécessaire pour penser la vie en communauté.

Summary :

This article is intended to be read as a contribution to the theoretical study of the relationship between the individual and the community through the prism of human duties. It aims at figuring out what are the duties of a person in the community of Law. Duty appears as a functional concept guiding the individual's actions within the community: it is a condition to the exercise of rights; a necessary ethical paradigm to think life within the community.

*« Gardons-nous de confondre l'idéal et la chimère (...)
l'idéal (...) n'est rien de monstrueux ;
c'est proprement une chose existante prise dans sa perfection ;
sans doute cette perfection n'est pas actuellement réalisée,
mais la réalité y tend, c'est sa destinée, sa règle,
l'ordre le meilleur où elle puisse être,
et où elle s'efforce de se placer,
c'est, dans la vie privée, la sainteté, dans la vie publique,
la justice et la fraternité la plus complète, c'est-à-dire la perfection ;
et il est également sûr que l'homme y tend et qu'il n'y arrivera jamais »*

E. Bersot

Absence des devoirs. La nature a horreur du vide, et les terres de l'absence sont éternellement à conquérir par le droit. L'une d'elles semble être celle du devoir. Le droit positif ne donne pas de définition des devoirs de l'Homme, voire « ignore très largement les devoirs »¹. L'absence du vocable dans les ouvrages et dictionnaires juridiques en témoigne ; l'existence même des devoirs est interrogée. Aussi l'ordre juridique français, auquel cette étude sera circonscrite, apparaît très largement tourné vers l'idée des droits. L'expression populaire désigne d'ailleurs bien la France comme le pays des droits de l'Homme. Mais de quel Homme ?

Définition de « l'Homme » et de la « communauté ». Nous entendons ici l'homme comme le citoyen, jouissant de droits dans l'État dont il relève² et faisant ainsi partie de la communauté, entendue comme l'universalité des citoyens français constituant le peuple souverain³.

Histoire du devoir. D'aucuns ont pu relever que « dans l'histoire de nos sociétés, le devoir précède le droit »⁴. D'un point de vue historique en effet, le devoir a une connotation négative, se rapportant à la soumission à une autorité, qu'elle soit divine ou royale. La Révolution de 1789 a d'ailleurs précisément été interprétée comme une réaction contre les devoirs. Dans la dynamique révolutionnaire, la formation même de l'individu est intimement liée à la reconnaissance de ses droits et à l'émancipation d'un système de contrainte et de subordination, concentré dans le terme de « devoirs ». En forçant le trait ; alors que la liberté libère, le devoir subordonne.

Disqualification du devoir. Ainsi, l'aversion envers le devoir suffit à révéler son existence. Néanmoins, il semble avoir été disqualifié de l'ordre juridique positif. Cette notion n'est pas « niée », mais son emploi apparaît risqué : d'une part, en raison de sa forte connotation morale et religieuse, avec notamment l'hostilité quant à une éventuelle sanction d'origine purement morale⁵ ou un fondement exclusif dans une « loi naturelle »⁶ ; d'autre part, parce qu'elle paraît dangereuse dès lors qu'elle peut servir tant l'État de droit démocratique que l'État autoritaire ou totalitaire. Dans cette seconde hypothèse, la reconnaissance de

NDLR : L'auteur a obtenu le premier prix de la 6^e édition du « Concours de mémoires » organisé en 2015 par l'association LexOI. Le texte original a fait l'objet d'adaptations pour les besoins éditoriaux.

¹ B. MATHIEU, « Droits et devoirs », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 325-327.

² Le citoyen étant défini par G. CORNU comme le « membre d'une cité ou d'un groupement politique » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 176.

³ Constitution du 24 juin 1793, art. 7 : « Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ».

⁴ Pour un historique complet du devoir, v. Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 112 et s.

⁵ Sur ce point, v. notamment R. HANICOTTE, *Devoirs de l'homme et constitutions, Contribution à une théorie générale du devoir*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 12 et s.

⁶ Le concept de devoir a ainsi notamment été développé par l'un des grands penseurs du droit naturel : S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen – tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 1, Amsterdam, H. Schelte, 1707. Pour une présentation complète du courant porteur des devoirs de l'Homme dans le droit naturel, v. P. DELVAUX, *La controverse des droits de l'homme de 1789*, t.1, Paris, thèse, 1985, p. 312 et s.

devoirs permet en effet de conditionner la jouissance des droits à l'exercice des devoirs et ainsi de limiter les premiers au nom des seconds.

Requalification du devoir. Cette aversion à l'égard du devoir ne devrait plus se justifier aujourd'hui. L'État français n'est plus le symbole d'oppression qu'il a pu être et l'heure est moins à la lutte contre l'arbitraire qu'à la recherche de moyens toujours plus poussés en vue de garantir des droits effectifs. La généralisation de la théorie de l'État de droit devrait en outre permettre de ne plus appréhender le devoir avec aversion et de le requalifier dans les rapports au sein de l'institution.

Intérêt de la question. Néanmoins, si l'aversion envers le devoir est théoriquement dépassée, elle semble aujourd'hui s'être muée en indifférence au profit d'un développement exponentiel des droits subjectifs qui, par un usage inflationniste, « *est susceptible de conduire à une société parcellisée, éclatée* »⁷. D'une part, la tendance est très largement à la reconnaissance toujours plus grande de droits de créance qui font peser sur l'État des revendications sociales, mais ne font pour autant naître aucune créance véritable à la charge des individus envers les autres. Dans une société déjà très largement individualiste, le développement inflationniste de ces droits de créance crée un déséquilibre dans les rapports entre l'individu et la communauté. Il crée une rupture avec la logique républicaine tendant à circonscrire la liberté de l'individu dans ses rapports avec l'ensemble de la communauté et à ce « *que les réclamations des citoyens, fondées (...) sur des principes simples et incontestables, tournent toujours (...) au bonheur de tous.* »⁸. En effet, la logique des droits de créance repose sur l'idée de rendre des revendications abstraites opposables aux décideurs politiques, tributaires d'une mise en œuvre sur le plan économique, n'ayant pas même à peser sur les individus. D'autre part, les droits et libertés individuels, dans leur ensemble, posent de plus en plus la question de la limite à leur exercice. Il en va ainsi des affaires « Dieudonné » et, plus tristement, « Charlie Hebdo » ou encore de la revendication d'un « droit à la mort » plus que jamais d'actualité en raison de l'affaire « Vincent Lambert ». Ces affaires conduisent à s'interroger sur la place de l'individu dans la communauté. Elles posent la question de savoir quelles sont les bornes à l'exercice des droits et libertés, qui peuvent à la fois porter le débat sur les nécessités toujours plus renouvelées de la démocratie, mais aussi porter le regard sur ce qui peut la menacer. L'Homme ne peut s'extraire de son inscription collective, qui implique que l'individu ait des droits, mais aussi des devoirs, qui peuvent apparaître comme un concept régulateur pour l'individu dans la communauté.

Devoir et ordre juridique français. En dépit des difficultés évoquées, l'ordre juridique français connaît et a connu la notion de devoirs, qui bénéficie

⁷ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2010, p. 63.

⁸ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

d'une assise, et même, d'une certaine continuité constitutionnelle⁹. Cependant, les textes les mentionnant ne définissent ni ne régissent les devoirs. Pour autant, il semble qu'une importance particulière soit attachée à ce concept. En témoigne le préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui énonce notamment que : « *cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ». Consacrés dans les textes constitutionnels depuis plusieurs siècles, les devoirs figurent aux fondements de l'ordre juridique français, mais demeurent indéfinis. Ils sont dès lors susceptibles de faire l'objet de multiples approches.

Des approches multiples du concept de devoir. Certains auteurs considèrent que la dialectique entre droits et devoirs est déséquilibrée¹⁰, à l'image d'un rapport de force où l'un finit toujours par absorber l'autre selon les ordres juridiques en cause. D'autres encore conçoivent les devoirs comme la condition préalable des droits¹¹ ou comme le fondement des droits¹². La relation entre droits et devoirs est également appréhendée à travers une dialectique de réciprocité, qui se traduit dans son expression la plus réduite de la manière suivante : à chaque

⁹ Constitution du 24 juin 1793, art. 35 : « *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré et le plus indispensable des devoirs* » ; Constitution du 4 novembre 1848, préambule, al. VI : « *des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République et la République envers les citoyens* » et al. VII : « *les citoyens doivent (...) concourir (...) à l'ordre général en observant les lois morales et les lois écrites qui régissent la société, la famille et l'individu* » ; Constitution du 27 octobre 1946, préambule, al. 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » ; Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, Préambule : « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ».

¹⁰ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 119 : « *Entre les droits et les devoirs, il n'y a pas d'équilibre et il ne peut y en avoir aucun. Les premiers sont une concession de l'État et les seconds sont consubstantiels à son existence* » ; D. COLARD, « Le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, Suisse, Éd. Univ. Fribourg, Éd. du Cerf, Paris, 1989, p. 17 : « *les devoirs, implicites ou explicites, sont plus amples que les droits et de toutes façons imposés par l'État et la vie en société* » ; P. MEYER-BISH, « Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 72, l'auteur affirmant qu'il existe une « *prééminence formelle du droit sur le devoir* ».

¹¹ Pour une critique de cette position, v. P. MEYER-BISH, « Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 69, l'auteur relevant notamment que les droits de l'Homme ne sauraient être des droits conditionnels.

¹² Sur la conception du devoir comme fondement des droits, v. J. RIVERO, *Les droits de l'homme*, t. 1, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1995, p.75.

droit correspond un devoir¹³, de sorte que – par exemple – au droit à l'intégrité physique correspond le devoir de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique. D'autres, sans rejeter le fait qu'« *un droit sans devoir n'est rien* », relèvent que « *la réponse qui consiste à affirmer l'exacte symétrie entre droits et devoirs est vraiment trop courte* »¹⁴ et cherchent à présenter les devoirs comme étant autonomes par rapport aux droits et ayant une dynamique propre.

Postulat : l'autonomie du devoir. Le devoir peut apparaître comme un concept autonome¹⁵ et cette étude s'attachera à contribuer modestement à sa reconnaissance au sein de l'ordre juridique français. Dès lors, il convient de définir ce que n'est pas le devoir, avant de l'appréhender en lui-même.

Le devoir n'est pas la contrepartie d'un droit. Nous prenons le parti de rejeter le postulat de la réciprocité telle que précédemment présentée, et sommes d'avis qu'il évacue nécessairement tout raisonnement portant sur les devoirs. D'une part, la réciprocité est tout simplement vide de contenu s'agissant de certains droits, tels que le droit au logement ou le droit d'obtenir un emploi. De plus, concevoir le devoir comme la contrepartie d'un droit, c'est le condamner à l'ineffectivité juridique dès lors qu'aucune sanction autonome ne s'y attache. « *Dire qu'à un droit correspond un devoir, c'est proclamer l'ineffectivité de certains devoirs et l'absence de sanction* »¹⁶. Affirmer qu'à un droit correspond un devoir revient en effet à placer les devoirs sur le terrain des droits et donc à leur attribuer le même régime juridique. Cela conduit donc à discréditer toute recherche propre au devoir et à disqualifier ce concept en le reléguant dans le champ des droits. Or, c'est là confondre le devoir et l'obligation.

Le devoir n'est pas une obligation. Obligation et devoir sont souvent employés à tort comme des synonymes. Le Doyen Carbonnier affirmait ainsi que « *dans toute obligation, il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation* »¹⁷. Tentons alors de les dissocier. L'obligation civile est caractérisée comme un « *devoir assorti d'une contrainte étatique* »¹⁸. Le devoir est donc ce qui

¹³ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 115 : « *Les devoirs, se sont également les "bornes" (...) Chaque droit énoncé doit donc avoir son "négatif" ou son correspondant sous la forme d'un devoir, d'une obligation juridique.* ».

¹⁴ P. MEYER-BISCH et J.-P. DURAND, « Liminaire avertissement », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 3, les auteurs se demandant en outre si les devoirs ne seraient pas « *les conditions concrètes de la réalisation des droits* ».

¹⁵ En ce sens, v. notamment J. RIVERO, *Libertés publiques*, op. cit., p. 75 ; R. CASSIN, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », in *Mélanges Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 487 : l'auteur cite notamment PONTIFE (*L'Encyclique*) : « *dans la vie en société, tout droit conféré à une personne par la nature crée chez les autres un devoir, celui de reconnaître et de respecter ce droit* ».

¹⁶ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 117 et s.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Paris, PUF, 2004, p. 1917.

¹⁸ La définition de l'obligation donnée par G. CORNU présente l'intérêt de procéder d'une synthèse doctrinale : « *En un sens général, synonyme de devoir (résultant en général d'une loi)* » (...) « *En un sens technique, face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une*

reste une fois l'obligation dépouillée de la contrainte. L'obligation peut être définie comme le lien de droit, *vinculum juris*, par lequel une personne appelée débiteur est tenue d'une prestation envers une autre personne appelée créancier, en vertu de la loi, d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi délit¹⁹. La contrainte étatique consiste dans « *l'ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'État en vue de l'exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect des droits* »²⁰. En somme, l'obligation est le lien qui unit deux personnes en vertu d'une règle de droit qui, en tant que telle, est rattachée à l'organe étatique qui dispose de moyens de contrainte pour en assurer le respect. Que reste-t-il d'une règle de droit sans contrainte ? La règle de droit demeure et invite le sujet de droit à adopter un certain comportement envers un autre. Dès lors, elle dépend de la bonne volonté de ce sujet de droit à se déterminer en fonction d'elle. Mais n'est-ce pas là, au fond, ce qui précède tout rapport d'obligation, et même tout rapport à la règle de droit ?

Le devoir complète la règle de droit. La contrainte est nécessaire au droit, mais il n'a pas vocation à s'imposer *a posteriori* par la force, sauf le cas des dictatures ou régimes totalitaires. Hormis ces cas, la règle de droit, et le droit en général, sont suivis par ceux à qui ils s'imposent parce qu'ils l'acceptent *a priori* comme tels. En effet le droit n'est autre qu'un ensemble de règles invitant à un comportement, un instrument de direction des conduites humaines²¹. Le fait que l'ordre social se maintienne montre que le droit est majoritairement respecté, alors même qu'il n'a pas vocation à s'imposer par la force. Il y a une puissance de

ou plusieurs autres (le créancier) en vertu soit d'un contrat (...), soit d'un quasi-contrat (...), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (...), soit de la loi ». Aussi l'obligation « *désigne normalement l'obligation juridique, par opposition à l'obligation morale, et même, plus spécialement, l'obligation civile (devoir assorti d'une contrainte étatique) par opposition à l'obligation naturelle* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 699-700. Sur la définition de l'obligation et sa distinction avec le devoir, v. notamment : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1918 : « *c'est elle (la sanction étatique) qui fait la différence entre les devoirs de bienséance, de morale ou de religion, d'une part, et, d'autre part, les obligations juridiques* » ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 383, l'auteur opposant « *l'obligation civile* » et « *l'obligation naturelle* », cette dernière étant un « *devoir moral* » ou « *devoir de conscience envers autrui* » dont l'exécution ne peut notamment pas être exigée en justice ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2010, p. l'auteur opposant également l'obligation naturelle, caractérisée « *chaque fois qu'un devoir de conscience n'est pas sanctionné par le droit* », à l'obligation civile étant, contrairement à la précédente, un lien de droit entre une ou plusieurs personnes ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1, les auteurs opposant « *devoir moral et obligation juridique* » selon les mêmes critères de définition de l'obligation (lien de droit personnel, obligatoire et pécuniaire).

¹⁹ C. Civ., art. 1370 : « *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre* ».

²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 259.

²¹ P. AMSELEK, « *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines* », *Droits* 1988, n° 10, p. 7. V. aussi A. JEAMMAUD, « *La règle de droit comme modèle* », *Recueil Dalloz* 1990, p. 199.

volonté des individus dans la détermination de leur comportement au sein de la communauté qui se réfère à la règle, mais qui est autonome de celle-ci. Un comportement sera conforme à la règle parce que la volonté qui le dirige a choisi de suivre la direction proposée par cette règle. Et si cette volonté choisit cette voie, c'est bien qu'elle s'y oblige. Or s'obliger en fonction d'une volonté que l'on détermine est bien l'expression du devoir²². Ainsi, il y a une détermination de la volonté, et donc un devoir, qui précède le déclenchement de l'impératif juridique²³ contenu dans la règle de droit²⁴. Le devoir n'est pas une règle de droit ; il la complète. Dès lors, pour que le droit soit respecté et l'ordre social garanti, le devoir doit guider la volonté de l'individu conformément à l'idée de justice poursuivie par l'ordre juridique, c'est-à-dire par référence aux valeurs qui commandent la société dans laquelle il évolue. En cela, le devoir intervient dans la dimension éthique de la règle de droit.

Devoir et dimension éthique de la règle de droit. La fin du droit est d'organiser la société. Plus précisément, les finalités de l'ordre juridique sont l'ordre et la justice. En tout état de cause, la vie en communauté tend en effet à éviter tout état de violence²⁵. Néanmoins, tout ordre juridique est irrigué par une idée de justice qu'il tend à garantir. En ce sens, les règles de droit sont une catégorie de « *normes éthiques* »²⁶. L'éthique est juridique, elle se rapporte à une forme de morale collective institutionnalisée – contrairement à la morale *stricto sensu*, qui est individuelle et se situe sur le plan du for intérieur. Contrairement aux valeurs morales, qui ont pour idéal l'individu et visent à son perfectionnement personnel, les valeurs sociales sont juridiques, car elles ont pour idéal le citoyen et visent au perfectionnement de celui-ci au sein de la société en vue du maintien de l'ordre social. En effet, les règles de droit, comme toutes normes éthiques, traduisent les valeurs qui « *se rapportent à une représentation idéale des rapports sociaux, de la place qu'y occupe l'homme et de la forme de la société qui en*

²² Dictionnaire Larousse, entrée « devoir » : « *obligation morale, considérée sous sa forme la plus générale* », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français.

²³ En effet « *le concept du droit subjectif ne fait que traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu dans la règle de droit* » : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Dalloz, 1991, p. 29.

²⁴ C'est ainsi que, pour reprendre la distinction du devoir et de l'obligation, le Doyen J. CARBONNIER explique : « *il convient de se prémunir contre un emploi vague du mot d'obligation. Certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'État et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution. (...) Ces devoirs (absolus) sont établis dans l'intérêt de tous ou, du moins, dans un intérêt déterminé. Si l'un d'eux est violé et qu'il en découle un dommage pour une personne, une obligation véritable naîtra, avec un créancier : l'obligation de réparer le dommage. Mais en attendant (malgré l'impropriété fréquente du dommage courant), il n'y a pas techniquement d'obligation, de rapport d'obligation, personne – parmi les victimes éventuelles – ne pouvant se détacher d'avance pour prétendre à un droit de créance et en réclamer l'exécution* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*

²⁵ C'est là l'utilité du contrat social développée par J.-J. ROUSSEAU (v. J.-J. ROUSSEAU, *Oeuvres*, Paris, A. Belin, 1817, p. 356) : chacun renonce à la liberté illimitée de l'état de nature pour une liberté civile, le pacte tendant à garantir à chaque contractant l'égalité, la liberté et la sécurité.

²⁶ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ Montchrestien, 1960, p. 24-25.

résulte »²⁷. À cette fin, le domaine du droit est « *celui des intérêts* »²⁸, et la fonction même du droit « *est de régler pacifiquement (les) affrontements en faisant prévaloir ceux des intérêts en présence qui correspondent aux valeurs sur lesquelles il est fondé* »²⁹. S'agissant des intérêts en présence, l'inscription de l'individu dans la collectivité et l'exigence de maintien de l'ordre et de la justice impliquent nécessairement une conciliation de l'intérêt individuel avec l'intérêt de la communauté. Les valeurs sociales s'imposent donc à l'individu pour cette seule raison qu'il est membre de la communauté : *ubi societas, ibi jus*. Le devoir revêt alors une dimension fonctionnelle.

Identification de la fonction du devoir dans l'ordre juridique. La vie en communauté – plus précisément l'exigence de maintien de l'ordre et de la justice – implique une conciliation entre les intérêts de l'individu et les intérêts de la communauté. Ce rapport met une série d'acceptations et de renoncements à la charge de l'individu inscrit dans la collectivité soumise à un souverain, ce qui en fait un rapport nécessairement façonné par les devoirs. Les règles de droit étant des normes éthiques, elles en appellent au devoir et tendent à orienter la volonté de l'individu dans le sens d'une éthique collective qui préside à la conciliation de l'intérêt de l'individu avec l'intérêt de la communauté. Le devoir se rapporte à une certaine orientation de la volonté en fonction des valeurs sociales auxquelles adhère la société en vue du maintien de l'ordre social. Alors que les règles de droit ont vocation à dire ce qui doit être, le devoir a vocation à encadrer l'exercice de la liberté au sein de la communauté de telle sorte que la volonté guide le comportement vers la réalisation dans les faits d'une représentation idéale des rapports sociaux. Dès lors, la substance du devoir est variable et dépend de l'idéal poursuivi par chaque ordre juridique.

Devoir et inscription collective de l'individu dans l'ordre juridique français. Les textes au fondement de l'ordre juridique français sont à cet égard assez explicites. L'ordre juridique encadre la vie en communauté au sein d'une institution : l'État. Le droit fait corps avec l'institution étatique. L'idéal républicain est clairement identifié, non seulement dans le préambule de la Déclaration de 1789 comme de parvenir au « *bonheur de tous* », mais également dans la Constitution de 1958 qui tend à « *un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* »³⁰. Cet idéal, l'éthique qui le fonde, et l'inscription collective de l'individu sont aménagés par le droit, lui-même institutionnalisé par l'État. Le modèle républicain implique la soumission de chacun aux règles juridiques édictées et garanties par l'institution en vue du bien commun. En d'autres termes, ce modèle tend à faire primer l'intérêt commun en vue de la préservation de l'intérêt de chacun, conformément à la volonté de tous. Cette soumission est

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Constitution du 4 octobre 1958, art. 72-3 : « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

source de devoirs, inhérents à l'inscription de l'individu dans la communauté, qui viendront conditionner l'exercice des droits et libertés de chacun par référence à deux concepts structurant cette inscription en droit français : la volonté générale et l'intérêt général.

Volonté générale et intérêt général sont deux concepts qui se recourent. Dans l'ordre juridique français en effet, la soumission de chacun au droit en vue du bien commun se justifie par le fait que le peuple est souverain. Aussi, la volonté générale étant celle du souverain, elle est réputée être celle de tous les citoyens³¹. La volonté générale est ainsi le concept permettant de légitimer et d'imposer l'action normative de l'État en posant le postulat qu'elle résulte de la volonté de l'ensemble de la communauté. D'une certaine façon, chacun détient une part de souveraineté et ne peut s'exclure de ce modèle politique. Il y a ainsi aux fondements de l'ordre juridique un devoir de se soumettre à la volonté générale, ce qui se traduit principalement par le respect du droit, fruit de la volonté générale, qui poursuit l'intérêt général.

L'intérêt général est quant à lui à la fois – et rejoignant sur ce point la volonté générale – le concept qui légitime le pouvoir de l'institution étatique et sa finalité³². La poursuite de l'intérêt général n'a cependant pas vocation qu'à guider l'action des pouvoirs publics, mais également celle de chacun des individus constituant la communauté. En effet, le seul respect des règles de droit édictées dans l'intérêt général ne peut permettre de garantir un état des choses conforme à l'intérêt général, sauf à croire que l'univers tout entier du fait est déjà rattaché à une règle de droit. Dès lors, le devoir de respecter la volonté générale implique pour le citoyen un devoir de se soumettre à l'intérêt général, lequel constitue le référentiel en vue de la détermination de l'étendue des droits et de la liberté de l'individu dans la communauté. En effet, parce que l'intérêt général prime les

³¹ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1531-1534 : le concept de volonté générale « dénote au cours de sa longue histoire une multitude de référents variés qui interdit toute définition univoque ». Deux acceptions se dégagent cependant. Tout d'abord, la volonté générale peut être appréhendée, d'un point de vue politico-juridique, comme « la volonté globale du corps politique constitué de tous ces citoyens », selon la conception rousseauiste du contrat social. Ainsi, « la volonté d'une collectivité à la recherche de son bien n'est pas différente de celle du citoyen, puisque, par définition, celui-ci veut le bien du groupe auquel il appartient ». La volonté générale peut ensuite être appréhendée sous l'angle de l'analyse de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 23 août 1789 : « la loi est l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ». De cet article, deux lectures sont possibles. D'une part, celle consistant à concevoir la volonté générale comme « la volonté concrète (des citoyens ou de leurs représentants) qui se trouve à l'origine de la loi », ou y voir le fait que « tous les citoyens ont le droit de concourir à la volonté générale ». Ces différentes acceptions du concept, si elles emportent des conséquences différentes, n'influent cependant pas sur le lien entre volonté générale et intérêt général sur lequel cette étude se concentre : il n'est en effet pas contesté que la volonté générale tend à la poursuite du bien commun et que la soumission de chacun au droit se justifie par le fait que le peuple est souverain. V. sur ce dernier point : G. BURDEAU, *Traité de science politique, Tome IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 1984, p. 26-28 sur « l'expression d'une volonté créatrice ».

³² *Ibid.* ; aussi F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 ; P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114.

intérêts privés, il en résulte un devoir de respecter cette primauté. Dès lors, le devoir de se soumettre à la volonté générale implique pour le citoyen un devoir de se soumettre face à l'intérêt général.

Identification des devoirs. En définitive, l'individu étant inscrit dans un ordre juridique qui le dépasse, reposant sur un consensus social institutionnalisé et finaliste, l'exigence d'ordre et de justice implique ainsi une certaine orientation dans l'exercice de ses droits et libertés. Cette orientation se traduit par deux sortes de devoirs pour l'individu dans la communauté : le devoir de se soumettre à la volonté générale (I) et le devoir de se soumettre face à l'intérêt général (II).

I.- Le devoir de se soumettre à la volonté générale

Au sein de l'ordre juridique français, le concept de volonté générale est la fiction absolument nécessaire au maintien de l'ordre social en ce qu'elle permet de remédier à la chimère de l'unanimité. Elle permet de penser non seulement la loi, mais encore tout le droit comme issu d'une volonté collective légitime, car émanant du peuple souverain, réputée être celle de tous et s'imposant à ce titre à chacun. S'y soumettre apparaît alors comme la condition première du maintien de l'ordre et de la liberté dans une communauté de droit. Cette soumission se traduit, aux fondements de l'ordre juridique, par un devoir de se soumettre à la volonté générale. Ce devoir conditionne la liberté de l'individu dans la communauté : il consiste à devoir respecter la règle de droit (A) et dont la justification se trouve dans une volonté collective de droit (B).

A.- Les manifestations du devoir : le respect de la règle de droit

Ordre juridique et communauté. L'ordre juridique a vocation à s'appliquer dans une communauté. Nous entendons par « communauté » la communauté d'Hommes – plus précisément de citoyens – constituant le corps social juridiquement encadré. Le devoir de respecter la norme juridique se justifie par le fait que l'individu, auquel s'impose le devoir, est membre de cette communauté où s'applique le droit. En fait, les caractéristiques du droit dans cette communauté (1) justifient l'existence d'un devoir de respecter la norme juridique (2).

1/ Les raisons d'être d'un devoir de respecter la norme juridique

Le droit comme raison d'être du devoir. L'existence d'un devoir de respecter la norme juridique s'explique par le fait que le droit, nécessaire garant de l'ordre social (a) est à lui seul insuffisant pour l'accomplissement de cette tâche (b).

a/ Le droit, garant nécessaire de l'ordre social

L'ordre et la nécessité du droit. L'ordre juridique encadre l'ordre social : il vise un idéal d'ordre et de justice. Telles sont ses finalités. En énonçant ce qui doit être, le droit tend à ce que le fait se conforme à cet idéal³³ qui est un modèle à atteindre³⁴. S'agissant de la teneur de cet idéal, il est fait de valeurs juridiques lui donnant sa consistance propre³⁵. Ces valeurs ont pour finalité d'opérer une conciliation entre les intérêts de l'individu et de la société, afin de garantir l'ordre social. À cette fin, le droit apparaît comme un instrument *nécessaire* de conciliation des intérêts.

Nécessité du droit et moyen du droit. Cette conciliation est propre à l'objectivité du droit³⁶ : il ne peut pas manifester les intérêts de chacun, mais s'applique à tous en imposant un équilibre objectif en faisant prévaloir certains intérêts sur d'autres³⁷. Cet impératif de conciliation s'illustre par le fait que l'ordre juridique s'appréhende en fonction de valeurs.

Moyen du droit et valeurs. Les valeurs « *coïncident avec certains intérêts dont elles assureront la protection* » et « *se rapportent à une représentation idéale des rapports sociaux, de la place qu'y occupe l'homme et de la société qui en résulte* ». Ces valeurs ont vocation à guider les comportements au sein de l'ordre social, encadré par l'ordre juridique. Ainsi les valeurs sociales sont des valeurs éthiques et juridiques³⁸, et non morales. En effet, parce qu'elles visent à régler les comportements sociaux en vue d'un idéal d'Homme social, c'est-à-dire d'un idéal

³³ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1960. Selon la célèbre distinction de l'auteur entre le *sein* et le *sollen*, le droit est un *sollen*, il dit ce qui *doit être* et non ce qui *est*. Nous n'entendons pas ici que le fait se conforme systématiquement et idéalement à ce qui doit être, il demeure une marge entre le *sein* et le *sollen*.

³⁴ Dictionnaire Larousse, entrée « idéal » : « *ensemble de valeurs intellectuelles, morales, esthétiques, politiques, considéré comme conforme aux aspirations les plus élevées de quelqu'un, d'une collectivité et comme une fin qu'ils se proposent d'atteindre* » ; « *modèle qui correspond à ce que quelqu'un, une collectivité estime être parfait* », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français.

³⁵ Nous employons le terme « propre », car si la même valeur peut être portée par plusieurs ordres juridiques, elle n'aura cependant pas la même consistance dans ces deux ordres juridiques. Il en va ainsi, par exemple, de l'intérêt général, qui n'entretient pas le même rapport avec les intérêts particuliers selon les ordres juridiques.

³⁶ H. A. SCHWARZ LIEBERMAN, « Les biens et les choses », *APD* 1979, t. 24, p. 274.

³⁷ Le Professeur B. MATHIEU précise ainsi que si « *l'intérêt général se définit mal par substance, il se définit plus exactement par une volonté, celle de promouvoir les intérêts fondamentaux d'une société dans un cadre et une époque donnés* » : B. MATHIEU, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007.

³⁸ Les valeurs sont les « *bienfaits reconnus comme principes de la vie en société* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 951) et la morale se définit comme « *l'ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un* » (Dictionnaire Larousse, entrée « morale », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français). Il est donc possible de définir l'éthique comme une forme de morale collective. Ainsi les valeurs éthiques sont bien des valeurs juridiques : « *la fin du droit, sa fonction propre, est d'ordonner la société. C'est pourquoi les valeurs juridiques ont une existence indépendante de celle des valeurs morales, même lorsqu'elles sont en harmonie avec ces dernières* » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 28).

citoyen, les valeurs juridiques sont intégrées au sein de l'ordre juridique, qui est un ensemble normatif autonome de la morale³⁹. Le droit, envisagé comme nécessité, doit intégrer les valeurs qu'il exprime, ce qu'il fait par le biais des règles de droit.

Valeurs et règles de droit. Les valeurs sont indissociables des finalités du droit ; elles *déterminent* les finalités des règles de droit. Ces règles sont quant à elles les moyens d'y parvenir. Les valeurs sont des finalités : elles « *animent les normes qui les servent* »⁴⁰. En d'autres termes, l'idéal porté par les valeurs s'imposera à travers la norme juridique, en bénéficiant de son caractère obligatoire, impératif et sanctionné.

Néanmoins, si la règle de droit est un moyen nécessaire à l'ordre, elle est cependant un moyen insuffisant. Cette insuffisance laisse un espace libre dans lequel le devoir de respecter la norme juridique trouvera sa place et sa fonction.

b/ Le droit, garant insuffisant de l'ordre social

De l'insuffisance de la règle de droit pour atteindre ses finalités. Si toute règle de droit tend à être respectée, elle ne l'est pas du seul fait de son existence⁴¹. L'ordre, envisagé comme finalité du droit, est conditionné par le respect du droit : « *l'ordre juridique n'a de sens et de pertinence que s'il est efficace* »⁴². Or, si la réalisation dans les faits est l'objectif du droit⁴³, il faut bien se résigner à ce que, entre le devoir-être et l'être, une marge demeure⁴⁴. La norme juridique, en énonçant ce qui doit-être, prétend simplement à un idéal de fait ayant pour référentiel le droit. Rien ne peut garantir *a priori* qu'elle sera respectée. Le devoir de respecter la règle de droit vient pallier les faiblesses du droit.

Faiblesses de la règle de droit. Toute norme juridique, normalement applicable, impérative et obligatoire, n'est pas *de facto* appliquée, d'autant que toutes les normes juridiques ne bénéficient pas de l'avantage de la sanction. Or, la règle de droit ne peut être isolée de sa finalité, puisqu'elle en est le moyen : « *la*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 33.

⁴¹ J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse droit, Université de Limoges, 2012, p. 1 : « *En effet, la norme ne s'impose pas d'elle-même, par le simple fait de son adoption* ».

⁴² J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in J. CHEVALLIER (dir.) et al., *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 20.

⁴³ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Paris, A. Maresq Aîné, 1880, p. 15. « *Comme la plante qui en apparence, n'absorbe rien du dehors, prend cependant toute sa nourriture dans la terre et dans l'atmosphère, de même tout droit emprunte imperceptiblement les éléments de sa vie au monde où il a ses racines et à l'atmosphère au milieu de laquelle il grandit* » ; R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 1, Paris, A. Maresq Aîné, 1880, p. 46.

⁴⁴ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in G. MARTY, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz - Sirey, 1985, p. 685.

règle de droit incite celui qui s'en sert à l'utiliser dans le bon sens »⁴⁵, c'est-à-dire conformément au sens des valeurs qui la sous-tendent. C'est là la condition d'un respect authentique de la règle de droit. En effet, la non-réalisation de la finalité poursuivie par la règle de droit traduirait donc une rupture (dans les faits) entre la norme juridique et les valeurs qui la portent. Or, il est tout à fait possible d'appliquer une règle de droit sans pour autant atteindre la finalité de la règle. Par exemple, en l'absence de filiation juridiquement établie entre un parent et son enfant, ce dernier « *peut juridiquement épouser son auteur* »⁴⁶. Les dispositions législatives relatives à l'inceste sont respectées, mais dans les faits, ruinées de leur finalité.

De l'impuissance de la règle de droit et du rôle de ses destinataires. Ainsi rien ne permet de garantir *a priori* que la règle de droit soit respectée. Il est par ailleurs aisé d'en déduire que le respect de la règle est fonction du comportement de son destinataire, ou plus précisément d'une certaine orientation de ce comportement, dans le sens non seulement de la règle, mais encore de ses finalités.

C'est précisément là que se justifie l'existence du devoir de respecter la règle de droit, qui apparaît nécessaire à cette véritable réalisation du droit dans les faits.

2/ L'existence du devoir de respecter la norme juridique

De la nécessité du devoir. Le respect de la règle de droit est la résultante d'un comportement. Or, un comportement est la résultante d'une conscience ; c'est dans celle-ci que se déploie au premier chef la puissance de la règle de droit, de sorte qu'elle est non seulement le lieu de formation du devoir (a), mais également son lieu d'expression (b).

a/ La conscience, lieu de formation du devoir

Rôle central de la conscience dans la puissance de la règle de droit. Nous l'avons vu, l'idéal poursuivi par la règle de droit ne peut être réalisé qu'en présence d'un comportement respectueux de la règle de droit par ses destinataires – soit le citoyen. D'ailleurs, l'étymologie du terme « idéal », du latin *idealis* – qui signifie « *idée* » – renvoie bien à « *ce qui n'a d'existence que dans l'idée, dans l'esprit* »⁴⁷. La règle de droit est toujours tributaire de la conscience de son destinataire : cette conscience du droit renvoie à une « *représentation préalable* »

⁴⁵ X. LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 26.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Dictionnaire Littré, entrée « idéal », en ligne : www.littre.org.

d'un « *certain type d'aménagement de la vie commune selon des règles préétablies* »⁴⁸.

L'action intérieure du droit. Le droit « *fournit des modèles de conduite plus qu'il ne sanctionne des comportements* »⁴⁹. Sauf le cas des fascismes ou totalitarismes, le droit n'a pas vocation à s'imposer par la force et la violence ; tel est justement l'état des choses qu'il doit combattre⁵⁰. La règle de droit gouverne l'action, non pas « *de l'extérieur, mais la dirige de l'intérieur en lui fournissant des motifs, un modèle, une finalité* ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit règle le sort de ceux qui sont dépourvus de cette forme de conscience élémentaire que nous appelons *conscience de la règle*, ou *conscience du droit*, comme les irresponsables⁵¹ par exemple. La puissance de la règle de droit découle d'une « *représentation intellectuelle* » dont sont dépourvus « *les animaux et les fous* »⁵². Cette conscience, qui prédomine le devenir de la règle, a une incidence fondamentale sur le respect de celle-ci, et le droit positif le reconnaît aisément. Aussi, si la conscience peut prédominer la manipulation de la règle dans le mauvais sens, elle doit pouvoir prédominer la manipulation de la règle dans le bon sens⁵³.

Conscience et bonne volonté. Nous ne doutons pas que la conscience puisse jouer un rôle déterminant dans la puissance du droit. Au moins pour les règles dépourvues de sanction ou de contrainte, leur respect est tributaire du comportement du sujet, c'est-à-dire de son bon vouloir. Cette volonté bonne en appelle à la morale, puisqu'il s'agit de se représenter une règle chargée de valeurs comme obligatoire et devant être respectée par devoir. C'est là en substance l'impératif moral développé par Kant, pour qui « *la moralité est l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle* »⁵⁴, la volonté étant « *conçue comme une faculté de se déterminer soi-même à agir conformément à la représentation de certaines lois* » – les « lois » dont il est question sont ici juridiques. Et puisqu'une « *telle faculté ne peut se*

⁴⁸ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ N. ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 15 ; P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 3.

⁵⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 30.

⁵¹ Par exemple, les personnes irresponsables pénalement pour cause de trouble mental (v. C. pén., art. 122-1). Leur conscience est altérée ; ils n'ont donc pas eu conscience de leurs actes ou de leur portée, et le droit les pardonne pour cela dans la limite du droit à réparation qui demeure.

⁵² M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 8.

⁵³ Là encore, le droit positif accorde une place toute particulière à la question de savoir si une règle a été appliquée dans le bon sens. Par exemple, des pourparlers peuvent être rompus librement, mais la responsabilité délictuelle de la partie qui y met fin pourra être engagée en cas de rupture fautive des négociations, principalement en cas de mauvaise foi. Il s'agit bien de rechercher dans quel sens la règle de droit a été appliquée et dans ce cas précis, d'apprécier le respect d'un « devoir de bonne foi » : Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, Chap. II, Sect. 1, Sous-sect. 1, Art. 1111, site du Ministère de la Justice, en ligne : www.justice.gouv.fr/.

⁵⁴ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie philosophique, 2004, p. 146.

rencontrer que dans des êtres raisonnables », la conscience de l'Homme devient le lieu d'expression du devoir.

b/ La conscience, lieu d'expression du devoir

Bonne volonté et devoir éthique de respecter le droit. Ce procédé s'applique de la même manière à l'individu réceptionnant intellectuellement la règle de droit. Simplement, l'individu ne devra pas agir comme si la maxime de son action devait être érigée par sa volonté en loi universelle, mais par référence à la loi positive (la règle de droit). Sa volonté sera celle de se déterminer à agir conformément aux règles de l'ordre juridique et au regard de leurs finalités. Le référentiel de ces finalités n'étant pas les valeurs morales individuelles, mais les valeurs éthiques collectives, qui renvoient non pas au bonheur d'autrui et sa propre perfection, mais au bien commun et à la perfection du citoyen. Il y a donc un devoir éthique, entendu comme un impératif moral collectif, de respecter la règle de droit.

Dimension juridique du devoir de respecter le droit. Cet impératif n'est pas, *stricto sensu*, une règle de droit, mais il joue un rôle en amont de celle-ci, dans le monde de la conscience pour permettre d'assurer son respect en aval, dans le monde des faits. Loin d'être relégué dans le champ de la morale, le devoir « *appartient au monde "du" droit, mais il se situe sur un plan qui n'est pas celui "des" droits* »⁵⁵. Le droit est une idée réceptionnée intellectuellement, qui ne trouve sa réalité que dans les tréfonds de la conscience. En disant ce qui doit être, il est une « *idée d'être* » qui invite à une « *approximation fondée sur le devoir* » et, *par la même (...)* indique à quelle tâche infinie le respect du droit voue les hommes »⁵⁶. D'ailleurs il convient de rappeler l'intérêt pratique que revêt ce devoir de respect de la règle de droit ; tant en ce qui concerne le respect des finalités des règles de droit, que dans la mesure où « *l'esprit de désobéissance* » est « *un péril mortel pour le droit* », car de là « *naît le désordre* ». Et face à une désobéissance généralisée, même la force est inefficace⁵⁷.

Le devoir, une contrainte intérieure. La contrainte légale (entendue comme prévue par la règle de droit) n'est donc pas la seule contrainte que connaît le droit. Il y a bien une exigence de raison qui, précisément, reste au niveau de la conscience et n'est pas objectivée par le droit. Néanmoins, cette exigence régule l'action au sein de la communauté, sous forme d'un devoir de respecter la règle de droit. C'est une contrainte intérieure, qui est nécessaire au droit positif puisque « *l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte ne signifie pas qu'il est de l'essence du droit "d'obtenir de force (erzwingen)" la conduite juridiquement*

⁵⁵ J. RIVERO, *Libertés publiques*, t. 1, Paris, PUF, 1974, p. 75, in D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce-qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 152.

⁵⁶ S. GOYARD-FABRE, « Le droit est-il de ce monde ? », *Droits* 1986, n° 4, p. 35.

⁵⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p. 95-97.

régulière ordonnée par l'ordre juridique »⁵⁸, ni même, en certains cas, que cela ne soit possible.

Néanmoins, si nous soutenons qu'il s'agit bien d'un devoir éthique juridique, c'est-à-dire rattaché au monde du droit et non relégué dans celui de la morale, il apparaît nécessaire d'identifier la source juridique de cette volonté.

B.- Les justifications du devoir : la volonté collective de droit

Volonté générale et volonté collective du droit. Il est indispensable de justifier le devoir de respecter la règle de droit par une volonté de cette même règle, sauf à l'assimiler à une contrainte extérieure. Le devoir visant l'Homme citoyen inscrit dans une communauté sociale, cette volonté doit être collective. La volonté collective du droit est parfaitement identifiable au sein de l'ordre juridique français : il s'agit de la volonté des citoyens, couramment dénommée « volonté générale ». Elle est réceptionnée substantiellement par la Constitution, qui incarne la volonté du peuple et permet de penser le droit comme voulu par ses destinataires. La Constitution étant la « norme suprême », ce mode hiérarchique implique que les règles de droit soient formellement issues de la volonté générale (1), en même temps qu'elles y sont substantiellement soumises (2).

1/ La forme des règles de droit : l'expression de la volonté générale

Volonté du peuple et volonté générale. Le devoir de respecter la règle de droit est un devoir éthique qui vise le citoyen. Parce que le peuple est composé de citoyens, il dispose d'une volonté collective *de* droit. Cette volonté collective du droit est identifiée au sein de l'ordre juridique français dans la volonté générale, dont le peuple est le déposant (a) et ses représentants les dépositaires (b).

a/ Le peuple, déposant de la volonté générale

Nécessité du lien de volonté entre la règle et son destinataire. L'éthique est juridique, mais n'en demeure pas moins une forme de morale collective. Le devoir moral signifie que la volonté permet de choisir sa propre loi ; l'on obéit par choix. Or le devoir de respecter la règle de droit est bien un impératif éthique juridique dès lors qu'en tant que tel, il est voulu par ses destinataires. Afin d'établir ce lien, il faut se replacer aux origines du droit, en tant qu'il est une idée.

Règle de droit et idée du droit. Le droit est une idée d'ordre et de justice⁵⁹. Il est une nécessité de l'état de société ; *ubi societas, ibi jus*. Parce que les Hommes sont condamnés à la société, ils ont dû « *définir leurs relations*

⁵⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 48.

⁵⁹ Le droit est ainsi variable : « *chaque société développe certaines idées de justice* » : O. WEINBERGER, « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnalisé (PJI) », *Droits* 1991, n° 13, p. 112.

juridiques »⁶⁰ : les règles de droit sont donc l'expression de leur volonté. Elles vont exprimer l'*idée*, les valeurs du droit, de façon obligatoire et opposable *erga omnes*. Ces règles sont effectivement voulues par leurs destinataires, puisqu'elles ont pour source la volonté générale.

La volonté générale comme source de la règle de droit. Le droit est voulu par l'ensemble des citoyens. Au sein de l'ordre juridique français en effet, cette fiction est réalisée par le concept de volonté générale. En vertu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, intégrée au bloc de constitutionnalité, « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* »⁶¹ et son exercice s'effectue par la voie des « *représentants qui, en adoptant la loi, expriment la volonté du souverain, appelée aussi volonté générale* »⁶². Ce souverain est identifié par l'article 3 de la Constitution, prévoyant que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par la voie de ses représentants et par la voie du référendum* ». Le peuple étant constitué de « *l'universalité des citoyens* »⁶³. En fait, la souveraineté confère le pouvoir d'édicter la loi, et elle appartient au peuple, c'est-à-dire aux destinataires de cette loi.

Il ne faut pas cependant en déduire que le devoir de respecter la règle de droit se limite au seul devoir de respecter la *loi*. En effet, le législateur est le dépositaire non exclusif de la volonté générale. Cette dernière est une, mais ses représentants sont divers et ne résument pas aux parlementaires.

b/ Les représentants du peuple, dépositaires de la volonté générale

Unicité de la volonté générale. Le peuple exerce sa souveraineté par la voie de ses représentants. La France est en effet un modèle démocratique représentatif. La représentation apparaît comme le moyen d'unifier la volonté

⁶⁰ E. DURKHEIM, « L'origine de l'idée de droit », *Revue Philosophique* 1893, n° 35, p. 290-296, in E. DURKHEIM, *Textes. 1. Éléments d'une théorie sociale*, Paris, Editions de Minuit, 1975, p. 233-241.

⁶¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, art. 3 : « *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* » ; art. 6 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

⁶² M. TROPER, « Comment la constitution de 1958 définit la souveraineté nationale ? », in *La Constitution de 1958 en 20 questions* (www.conseil-constitutionnel.fr). L'auteur précise en effet que depuis 1958 « *ce n'est plus la nation, mais le peuple, qui est désigné comme le titulaire de la souveraineté. La doctrine juridique de la III^e République distinguait le peuple, l'universalité des citoyens, donc un être réel capable d'exercer la souveraineté et la nation, une entité abstraite construite par la Constitution pour figurer l'intérêt supérieur du pays ou la continuité des générations et par conséquent incapable, en raison même de sa nature purement idéale, d'exercer la souveraineté. La formule de la Constitution de 1958, reprise de la Constitution de 1946 permet donc au peuple d'assurer lui-même une partie de l'exercice de la souveraineté* ».

⁶³ Cette fiction trouve d'ailleurs une réalité dans l'alinéa 2 de l'article 3 du Titre premier de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qu'il prévoit qu'aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté.

générale en la personnifiant. Elle est le processus par lequel l'abstraction du souverain « *est rendue présente par un intermédiaire* »⁶⁴. Le citoyen seul ne peut s'arroger aucun attribut de la souveraineté. Et c'est notamment sur ce point que se distingue le devoir éthique de respecter la règle de droit du devoir moral. S'agissant du devoir moral, la volonté *individuelle* se donne à elle-même sa propre loi⁶⁵. Là est la force du devoir moral. La question de l'acceptation de la loi morale par son créateur ne peut pas se poser : c'est là un non-sens, puisque rien ne contraint mieux qu'une volonté libre visant à sa propre perfection. En revanche, le devoir de respecter la règle de droit vise le citoyen et implique de respecter une règle qui, parce que juridique, lui est extérieure⁶⁶. Il y a un « *effort de mise en forme de la volonté collective* »⁶⁷, à travers le système majoritaire et la représentation. Ainsi la volonté objective de la règle de droit transcende la pluralité subjective des consciences : la loi doit être respectée par chacun parce qu'elle est voulue par tous.

Pluralité de représentants. La volonté générale est une. Mais au demeurant, peut-on considérer que les parlementaires sont les seuls représentants ? Nul texte ne prévoit que *seule* la loi est l'expression de la volonté générale. Et même, affirmer que le Parlement fait la loi n'est-il pas un abus de langage ? Les corps exécutifs et législatifs sont distincts, mais la loi n'est rien d'autre qu'un produit de leur accord et de leur négociation⁶⁸. Aussi la représentation ne découle pas forcément de l'élection ; celui qui est élu n'est pas forcément un représentant, et le représentant n'est pas forcément un élu⁶⁹. Si « *la représentation politique constitue l'espace privilégié où peut être formée et exprimée une volonté marquée du sceau de la généralité* »⁷⁰ elle n'en est pas l'espace unique. Aujourd'hui, les modes d'élaboration de la règle de droit diffèrent et la loi n'a plus ce monopole de la volonté générale. Les conceptions de la représentation ont évolué ; il est possible d'affirmer que toute règle de droit est l'expression de la volonté générale, de façon plus ou moins médiée, soit qu'elle émane du peuple directement (les référendums, la coutume), soit qu'elle émane de ses représentants (lois, règlements,

⁶⁴ J. LECA, entrée « représentation » in O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 914 : « *La représentation est un processus par lequel quelque chose (personne(s), groupe(s), chose (s) ou abstraction(s)) qui n'est pas réellement (c'est-à-dire physiquement) présent est rendu présent par un intermédiaire* ».

⁶⁵ Pour reprendre l'impératif moral de E. KANT : « *la moralité est l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle* » : E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 146.

⁶⁶ Si la règle de droit est intériorisée, et ne trouve à se consacrer qu'à travers une conscience et par suite un comportement, elle n'en demeure pas moins extérieure à l'individu, et même à la société. Nous avons montré que la règle de droit, par le prisme de la conscience, est une contrainte intérieure à l'individu. Cependant, l'ordre juridique est également – et peut-être même avant tout – un ordre de contrainte extérieur à l'individu, en ce qu'il tend à guider ses conduites, à les encadrer, les cas échéants à les sanctionner.

⁶⁷ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 6.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen-Paris-Bruxelles, Publications de l'Université de Rouen-LGDJ-Bruylant, 2004, p. 131.

⁷⁰ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *JusPoliticum* 2013, n° 10, p. 5.

ordonnances, mesures prises dans des matières relevant normalement de la loi par des membres du gouvernement nommés par le Président), soit que la loi ait désigné des représentants spéciaux à cette fin (actes des autorités administratives indépendantes). Le recours au concept de volonté générale permet donc de fonder l'existence du devoir de respecter la règle de droit, et non seulement la loi.

En somme, la volonté générale permet de penser le droit comme voulu par ses destinataires, ce qui en justifie l'obéissance et ainsi le devoir de s'y soumettre. Outre le mode d'expression formel de la volonté générale, à travers la règle de droit, il faut à présent en étudier la soumission substantielle des règles de droit à la volonté générale.

2/ La substance des règles de droit : la soumission à la volonté générale

Le devoir d'obéissance à la règle de droit par chacun se justifie par le fait qu'elle soit voulue par tous. Néanmoins, il faut que cette justification ne souffre d'aucune faille. C'est pourquoi la volonté générale doit être objectivée dans l'institution étatique (a) et l'ensemble des règles de droit édictées en conformité avec le texte qui la contient : la Constitution (b).

a/ Le pouvoir, mode de soumission à la volonté générale

Nécessité d'une institution objectivante de la volonté générale. La souveraineté est « *une volonté générale dans laquelle viennent se fondre, se perdre en quelque sorte, les volontés individuelles* »⁷¹. Ce qui constitue la substance de la volonté générale devra nécessairement être objectivé à travers une institution : l'État. En effet, la volonté générale étant la volonté libre du peuple qui se détermine en fonction de valeurs auxquelles elle adhère⁷², il n'en demeure pas moins qu'il s'agira toujours d'une volonté seulement majoritaire⁷³, alors même que chacun doit respecter la règle de droit. Dès lors, et pour le maintien de l'ordre social, il convient de créer une entité supérieure à même de dépasser la pluralité des consciences et des perceptions subjectives pour réceptionner et formuler ces valeurs à travers des normes impératives et opposables à tous. Cette volonté va alors faire corps avec l'institution.

Objectivation de la volonté générale et devoir de respecter la règle de droit. Ce processus d'institutionnalisation et d'objectivation de la volonté générale révèle une différence fondamentale entre le devoir de respecter la règle morale et le devoir de respecter la règle de droit. En effet la loi morale est librement et éternellement révocable, parce que tributaire des conceptions changeantes de la

⁷¹ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1923, p. 21.

⁷² Et que dès lors, le droit poursuit des finalités qui prennent corps dans le milieu social tout en s'y imposant : v. O. WEINBERGER, « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnalisé (PJI) », *op. cit.*

⁷³ J. HUMMEL, « *A qui appartient la volonté générale ?* », *op. cit.*, p. 13.

volonté d'un esprit humain pris dans son individualité. La règle de droit, en revanche, est respectée par son destinataire parce qu'il en est lui-même l'auteur, par le biais de la représentation.

Il ne faut toutefois pas en déduire que les règles édictées par l'institution bénéficient d'une présomption de conformité à la volonté générale. En effet, la Constitution est l'instrument permettant de garantir que chaque règle soit conforme à la volonté générale authentique, achevant ainsi de légitimer le devoir de s'y soumettre.

b/ La Constitution, norme de soumission à la volonté générale

La volonté générale est contenue dans la Constitution. La volonté générale du peuple s'exprime par la voie de la représentation. Cependant, précisément, la loi n'est que *l'expression* de la volonté générale, elle n'est pas volonté générale, ce qui suppose donc que cette dernière lui précède. Le temps où la loi bénéficiait, au final, d'une telle assimilation est révolu. Il est aujourd'hui admis depuis le célèbre *obiter dictum* de 1985 que la volonté générale « *réside dans la Constitution* »⁷⁴. La Constitution est la volonté générale⁷⁵, la « *volonté première sacralisée* »⁷⁶. C'est la raison pour laquelle la Constitution prévoit les modes d'édition de toutes les autres normes, et prévoit également qu'elles doivent l'être en conformité avec elle.

La Constitution prévoit les modes de validité des autres normes en conformité avec elle. La Constitution étant la volonté générale, toute règle de droit doit s'y conformer. La Constitution prévoit ainsi dans quelle mesure chaque norme doit être édictée en conformité avec elle. La Constitution habilite le peuple comme souverain et exprime les modalités de cette souveraineté exercée par les représentants⁷⁷. Ainsi, chaque norme est la signification d'un acte de volonté – générale.

La Constitution prévoit les modes d'annulation des autres normes en cas de non-conformité avec elle. De façon moins classique – ou en tout cas plus récente, il est prévu désormais⁷⁸ que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution⁷⁹. Dès lors, les règles produites par les représentants

⁷⁴ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 7.

⁷⁵ La théorie de la première constitution historique et des constitutions dérivées conforte d'ailleurs notre point de vue selon lequel la Constitution est le réceptacle de la volonté d'un peuple. La volonté générale est bien celle du pouvoir constituant, qui fait de la Constitution le réceptacle de la substance de cette volonté. V. sur cette théorie : L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 95.

⁷⁶ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 4.

⁷⁷ C'est ainsi que la Constitution attribue le domaine de la loi et le domaine du règlement, et définit les procédures d'élaboration de ces normes.

⁷⁸ Cons. const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.

⁷⁹ M. GAUCHET précise à cet égard que « *La soumission à la volonté du peuple* » est ainsi « *matérialisée dans la Constitution qui l'exprime dans sa dimension de durée* » : M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, p. 277.

du peuple actuel doivent y être conformes. La formule de Carl von Rotteck mérite ici d'être reproduite : selon l'auteur, « *ce dont il faut se prémunir est que la volonté générale authentique, car rationnelle, soit opprimée par une volonté impure qui n'a de volonté générale que l'apparence* »⁸⁰.

Cette conformité à la Constitution est la condition du devoir de se soumettre à la volonté générale. Le devoir de se soumettre à la volonté générale ne vaut que pour autant que la règle de droit transcrit de façon authentique cette volonté générale. Cette référence – ou déférence – à la volonté originelle, authentique du peuple donne ainsi toute sa force au devoir de respecter la volonté générale, en même temps qu'elle délivre d'une éventuelle méfiance à l'égard des représentants⁸¹. Au fond, à travers la Constitution, le peuple actuel se protège de l'humanité de ses représentants, qui peuvent agir avec égoïsme ou par erreur, notamment par une volonté méconnaissant l'intérêt général. Le bien commun est en effet la « *valeur permanente et universelle* »⁸² qui doit être garantie par la Constitution, les règles édictées par le pouvoir étant adoptées dans l'intérêt de tous.

En effet, volonté générale et intérêt général peuvent être présentés comme des notions fonctionnelles complémentaires. Dans le modèle républicain français, la volonté générale est nécessairement tendue vers le bien commun. Cependant, satisfaire à un devoir de respecter les règles de droit – édictées dans l'intérêt général – ne saurait suffire à garantir un ordre social conforme à l'intérêt général puisqu'aucune réalité de fait ne peut être épuisée par les règles de droit, aussi innombrables soient-elles. La poursuite de l'intérêt général doit donc tout à la fois guider la volonté collective de la communauté et conditionner l'action individuelle de chaque membre du corps social composant cette communauté. En d'autres termes, la poursuite de l'intérêt général est à la source d'un devoir de se soumettre à la volonté générale, complété par un devoir de se soumettre face à l'intérêt général.

II.- Le devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général source de devoirs. Du point de vue de l'institution, l'intérêt général constitue la finalité de son action. Du point de vue de l'individu dans la communauté, l'intérêt général constitue le référentiel en vue de la détermination de l'étendue de ses droits et de sa liberté au sein de la société. En effet, parce que l'intérêt général prime les intérêts privés, il en résulte un devoir de

⁸⁰ C. VON ROTTECK, « Constitutionen ; constitutionnelles Princip und System », in C. VON ROTTECK und C. WELCKER, ALTONA, J. F. HAMMERICH, *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, t. 3, 1836, p. 785, in J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 10.

⁸¹ Ce d'autant plus en ce qui concerne le contrôle *a priori* des lois à la Constitution.

⁸² J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 10.

respecter cette primauté et, partant, de se soumettre à l'intérêt général. Aussi ce devoir présente deux déclinaisons distinctes, mais indissociables⁸³ ; une dimension collective et abstraite, l'intérêt général transcendant les intérêts particuliers (A), et une dimension intersubjective et concrète, l'intérêt général représentant la somme de tous les intérêts particuliers (B).

A.- La dimension collective du devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général transcende les intérêts particuliers. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers et les prime. Il en résulte un rapport objectif, entre l'individu et l'ensemble de la communauté abstraite (et non un autre individu déterminé). Du fait de cette relation de primauté découlent non seulement le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général (1), mais aussi le devoir de protéger l'intérêt général (2).

1/ Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général

Intérêt général et stabilité de l'ordre social. L'intérêt général est l'expression du consensus social qui permet de garantir un état de paix au sein de la communauté en fonction de valeurs communes. Le devoir de ne pas porter atteinte à cet état des choses garantissant l'intérêt de la communauté incombe à l'universalité des citoyens la composant (a), le droit positif sanctionnant la transgression de ce devoir (b).

a/ Un devoir incombant à chaque individu

Intérêt général et intérêts individuels. L'intérêt général se définit mal en substance : sous ce vocable peuvent se cacher de nombreuses variantes selon l'époque et la société donnée⁸⁴. S'il est particulièrement malaisé d'en retenir une définition substantielle, il semble possible de retenir que l'intérêt général recouvre le bien commun dans une société donnée. Il est un idéal à atteindre ; il est le rêve de « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* »⁸⁵. En d'autres

⁸³ F. RANGEON explique cette « *contradiction propre à l'intérêt général* » de la façon suivante : la notion d'intérêt général « *est traditionnellement définie comme une somme consensuelle d'intérêts particuliers, et comme le dépassement dialectique de ces mêmes intérêts. Les deux définitions sont indissociables. La première insiste sur le caractère concret, "palpable" de la notion : l'intérêt général ne doit pas être perçu comme un rêve, une utopie. La seconde traduit la nécessité d'un dépassement des conflits, et d'une réconciliation des intérêts particuliers. Pourquoi ces deux notions apparemment inconciliables sont-elles en réalité indissociables ? Parce que toute société est en même temps consensus et conflit. Plus exactement, toute société repose sur une dialectique du consensus et du conflit* » : F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 9.

⁸⁴ G. VEDEL, Préface in F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 3.

⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 563.

termes, plus que l'intérêt de la communauté, il est son idéologie⁸⁶. Le droit ayant vocation à organiser la société en conciliant les différents intérêts, c'est-à-dire en déterminant ceux qui doivent prévaloir et ceux qui doivent s'incliner, l'idéologie de l'intérêt général permet d'établir le mode de conciliation entre l'intérêt de la communauté et les intérêts individuels. En effet, l'intérêt général bénéficie d'un principe de primauté sur les intérêts individuels. Il s'agit là d'une nécessité à la vie en communauté : l'intérêt de la communauté doit prévaloir, afin d'éviter tout état de violence. Tous les intérêts étant égoïstement tentés de s'imposer aux autres, il convient de les concilier en vue d'une harmonie générale par l'intérêt général, qui tout à la fois satisfait l'ensemble des intérêts individuels et les dépasse⁸⁷. Cependant, le droit est à lui seul insuffisant pour réaliser cette conciliation.

Intérêt général et comportements individuels. L'intérêt général est le « *principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les sociétés modernes* »⁸⁸. Il est loisible au législateur d'apporter à certains droits et libertés des limitations justifiées par l'intérêt général⁸⁹. Dans ces cas, la conciliation des intérêts individuels et de l'intérêt collectif s'opère par le texte de loi lui-même, qui s'impose *a priori* aux sujets de droit qui leur indique précisément les limites à l'exercice de leur liberté et de leurs droits. Toutefois, ces hypothèses ne sont ni l'unique conciliation ni une conciliation suffisante. Ces formes de conciliation sont autant de solutions aux conflits entre intérêts privés et intérêt général, mais autant de solutions isolées⁹⁰ ; toutes les formes de conciliation nécessaires ne sont pas susceptibles d'être déterminées *a priori*⁹¹. Les interactions sociales sont multiples et les conflits entre intérêts individuels et intérêt général sont le plus souvent imprévisibles. Et pourtant, les problèmes que posent ces conflits en dehors de ces cas précis doivent pourtant pouvoir être solutionnés, en vue de garantir la stabilité de l'ordre social. Ainsi, pour que l'état d'ordre et de justice que tient le droit pour finalité soit réalisé, l'exigence de conciliation des intérêts individuels et collectifs repose également et concrètement sur chaque citoyen. Cette limitation doit donc

⁸⁶ Dictionnaire Larousse, entrée « idéologie », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français : « *système d'idées générales constituant un corps de doctrine philosophique et politique à la base d'un comportement individuel ou collectif* ».

⁸⁷ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 9.

⁸⁸ J. CHEVALLIER, entrée « Intérêt général », Dico-part, en ligne : www.participation-et-democratie.fr/es/dico/.

⁸⁹ Ce pouvoir de limitation a pour fondement l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

⁹⁰ Par exemple, la nécessité de concilier les libertés publiques avec « *les nécessités économiques d'intérêt général* » (Cons. const., décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*) ou les diverses déclinaisons de l'ordre public (Cons. const., décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986). Pour d'autres exemples, v. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Juspoliticum* 2012, n° 7, p. 18.

⁹¹ De même, les mesures de police administrative qui peuvent être prises sur leur fondement sont des solutions préventives aux atteintes à l'intérêt général, mais ces atteintes ne peuvent pas toujours être identifiées ou prévues.

venir de l'individu lui-même, dans le cadre de sa propre volonté d'agir, afin de remédier, aux côtés des pouvoirs publics, à « *l'éternel problème (...) de la conciliation de l'ordre avec la liberté* »⁹². Si l'action des pouvoirs publics doit *concourir* à l'intérêt général, les citoyens doivent dans le même temps *s'abstenir* de porter atteinte à l'intérêt général. Parce que l'intérêt général est celui qui prime les intérêts particuliers, il est à la source d'un devoir pour l'individu de ne pas exercer sa liberté de manière à porter atteinte à l'intérêt général.

Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général qui revêt ainsi le caractère d'une norme générale de comportement, dont la transgression est sanctionnée par le droit positif.

b/ Un manquement au devoir sanctionné

Le référentiel du devoir : l'intérêt général. L'intérêt général vient poser des limites à l'exercice des droits et de ses libertés au sein de la communauté et, partant, en délimite l'étendue. Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général va circonscrire les droits de chacun au profit de l'intérêt commun supérieur : l'intérêt général. Dès lors, le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général se caractérise pour tout citoyen par une norme de comportement ayant pour référentiel l'intérêt général lui-même, entendu comme l'intérêt supérieur transcendant les intérêts individuels. Certains auteurs ont ainsi relevé que « *le Bien Public est le critère de définition et le principe même des devoirs du citoyen* »⁹³. La question qui se pose dès lors est celle de savoir quelles sont les modalités concrètes de réalisation et de sanction de ce devoir.

L'intérêt général : un standard. Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général qui appelle une limitation dans l'exercice des droits et des libertés s'effectue par un standard de référence : la normalité de l'acte au regard de l'intérêt général. Si au nom de l'intérêt général le pouvoir peut par exemple interdire (une activité), imposer (des limitations à l'exercice d'une liberté), c'est bien qu'il vise le comportement des individus. L'intérêt général, en tant que standard, est en fait le déterminant de la normalité de l'acte⁹⁴. Si ce standard poursuit un idéal, il n'impose pas que chacun agisse de façon idéale⁹⁵, mais requiert simplement une forme de normalité qui lui est conforme. Il invite à un comportement de référence qui est de ne pas porter atteinte à l'intérêt général au

⁹² F. LUCHAIRE, *Naissance d'une constitution : 1848*, Paris, Arthème Fayard, 1998, p. 55.

⁹³ P. DELVAUX, *La controverse des droits de l'homme de 1789*, Thèse droit, Université de Paris II, t. 1, 1985, p. 345.

⁹⁴ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 107 : « *L'intérêt général est un standard dans la mesure où il ne peut se concevoir qu'en termes de normalité* ».

⁹⁵ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 19 : « *En tant que norme, l'intérêt général prescrit un modèle de comportement et relève de l'ordre du devoir-être, et non de l'être* ».

regard de ce qui est normal ou anormal, dans une société, à un moment donné⁹⁶. L'intérêt général est le standard de référence du devoir. En effet, le standard est une notion fonctionnelle, défini comme « *une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci* »⁹⁷, constituant une « *mesure moyenne de conduite sociale correcte* »⁹⁸. Aussi, si aucune règle de droit n'exprime expressément le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que le droit positif sanctionne la transgression de ce devoir.

Sanction de la transgression. Le droit ne saurait appréhender tous les comportements normaux ou anormaux au regard de l'intérêt général, ce qui relève de l'impossible. En revanche, certains concepts génériques permettent néanmoins non seulement d'appréhender, mais aussi de sanctionner comportements anormaux au regard de certaines composantes de l'intérêt général. L'exemple qui sied le mieux à ce propos est celui de l'ordre public. Tout comme l'intérêt général, c'est une notion qui se comprend mieux qu'elle ne se définit. Dans un sens général, l'ordre public recouvre en effet l'idée d'un état social caractérisé par la paix, le trouble à l'ordre public caractérisant une atteinte à cette paix. L'ordre public fait cependant l'objet d'appréhensions diverses par plusieurs branches du droit : le droit pénal tend à protéger cet état de paix d'éventuelles atteintes, mais n'a nul besoin pour cela de recourir au concept d'intérêt général, ni même de définir ce qu'est l'ordre public. En revanche, le droit administratif régit de façon spécifique l'ordre public – et, partant, l'intérêt général –, principalement en ce qui concerne les pouvoirs de police, de sorte qu'il est nécessaire d'en donner une définition. Il recouvre dans ce cas « *le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques* »⁹⁹. Il est donc possible de conceptualiser l'ordre public comme la composante sécuritaire de l'intérêt général. La sauvegarde de l'ordre public est aujourd'hui un objectif à valeur constitutionnelle¹⁰⁰, ces objectifs étant « *des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative* »¹⁰¹, mais plus encore, qui selon nous doit guider l'action des individus. Chaque individu membre de la communauté a lui aussi une responsabilité, consistant en un devoir de limiter sa volonté d'agir de façon à ne pas troubler l'ordre public, « *sans lequel il n'y a plus ni loi, ni liberté, ni ordre* »¹⁰².

⁹⁶ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Ibid.

⁹⁷ Ibid., p. 120.

⁹⁸ R. POUND, *Communication au congrès de l'American Bar Association*, 1919.

⁹⁹ CE, 8 août 1919, *Labonne, Leb.*, p. 737.

¹⁰⁰ Cons. const., décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010.

¹⁰¹ Services du Conseil Constitutionnel, « Libertés et ordre public. Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle », 8^e séminaire des Cours constitutionnelles, Erevan, 2 au 5 octobre 2003 (www.conseil-constitutionnel.fr).

¹⁰² P. BERNARD, « "L'ordre public républicain", faut-il le maintenir, ou plutôt le fonder ? », *Administration* 1996, n° 173, p. 19.

Ainsi, le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général incombe à chaque citoyen en vue de garantir un état social caractérisé par la paix. Néanmoins, certains citoyens entretenant un lien privilégié avec l'intérêt général ont également pour devoir de le protéger.

2/ Le devoir de protéger l'intérêt général

Servir et protéger. Une catégorie singulière de citoyens entretient un lien de *service* avec l'intérêt général : les fonctionnaires. À ce titre, ils sont les débiteurs particuliers d'un devoir de protéger l'intérêt général (a). Cependant, la particularité de leur statut juridique restreint la mise en œuvre de ce devoir (b).

a/ Un devoir incombant à certains individus

Le débiteur du devoir : le serviteur de l'intérêt général. Le fonctionnaire sert le service public ; il sert donc l'intérêt général. Le second est en effet la substance du premier, qui même s'il est difficile à définir fait néanmoins l'unanimité sur le fait qu'il consiste dans une activité d'intérêt général. Le lien des fonctionnaires avec l'intérêt général est indissoluble ; Gaston Jèze définissait ainsi les fonctionnaires comme « *des individus au service public* »¹⁰³. Dans le cadre du service public, le fonctionnaire n'est pas seulement soumis à l'intérêt général comme l'ensemble des citoyens. Au contraire, « *le premier devoir du fonctionnaire est d'avoir toujours à l'esprit la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, sur les intérêts corporatistes, sur son intérêt personnel* »¹⁰⁴. La célèbre affaire *Boisson* de 1922 a permis au Conseil d'État de juger que les fonctionnaires « *sont soumis, en acceptant leur emploi, à des obligations dérivant des nécessités même du service public* »¹⁰⁵. Le vocable même de devoir avait été employé dans le projet de loi relatif au statut des fonctionnaires de 1920 en ces termes : « *c'est le service public qui donne à la fonction publique sa raison d'être ; ce sont les intérêts généraux du service public qui déterminent l'étendue des devoirs que le fonctionnaire doit remplir* »¹⁰⁶.

Les caractères du devoir : la transgression. Le statut général des fonctionnaires met à la charge des agents publics toute une série d'obligations particulières découlant des sujétions du service public. Dans ce cadre, la limitation de leur liberté face à l'intérêt général est d'autant plus grande. Du fait de sa qualité d'agent public, et pour notamment maintenir le principe démocratique, le fonctionnaire doit être un citoyen encore plus vertueux que les autres pour la

¹⁰³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, in E. AUBIN, « Fonction publique et service public », *AFDA* 2014, p. 224.

¹⁰⁴ A. TAILLEFAIT, « *Obligations des agents publics* », *Jurisclasseur administratif*, Fascicule 183, Lexisnexis.

¹⁰⁵ CE, 13 janvier 1922, *Boisson*, S. 1922.

¹⁰⁶ E. AUBIN, « Fonction publique et service public », *op. cit.*, p. 224 : la citation provient des motifs du projet de loi relatif au statut des fonctionnaires de 1920, ainsi que le relève l'auteur.

communauté. Le standard servant de référentiel au devoir de se soumettre à l'intérêt général restera donc de même nature, mais non de même degré. En effet, l'intérêt général doit guider le comportement de son serviteur de sorte à le protéger, et non seulement de ne pas y porter atteinte. Cela se traduit dans le fait que parfois, le non-respect des obligations s'impose comme un devoir en vue de protéger l'intérêt général.

Exemple : devoir de désobéissance hiérarchique. À titre d'exemple¹⁰⁷, les fonctionnaires sont débiteurs d'une obligation d'obéissance hiérarchique¹⁰⁸. Comme bien souvent, le principe est assorti d'une exception : le fonctionnaire doit obéissance hiérarchique à son supérieur, « *sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* », prévoit le statut¹⁰⁹. *A contrario*, tout ordre dont l'illégalité ne serait pas manifeste ni de nature à compromettre gravement un intérêt public devra être exécuté¹¹⁰. Cette exception constitue ainsi une des manifestations du devoir de protéger l'intérêt général, tout « *intérêt public* » se rapportant nécessairement à l'intérêt général. Sur ce fondement, un récent arrêt du Conseil d'État a expressément déduit un « devoir » de cette exception, jugeant que « *si l'agent croit se trouver en présence d'un tel ordre, il a le devoir de faire part de ses objections à l'autorité qui l'a donné, en indiquant expressément la signification illégale qu'il attache à l'ordre litigieux* »¹¹¹. Qu'est-ce donc sinon la consécration d'un devoir de protéger l'intérêt général de ce qui pourrait le « compromettre » ? L'emploi du verbe « croire » prend ici une importance toute particulière, en ce qu'il en appelle à la conscience personnelle du fonctionnaire, guidée par le souci de protéger l'intérêt général contre le détournement ou l'instrumentalisation d'une prérogative de puissance publique¹¹².

¹⁰⁷ Une autre illustration pertinente est celle de l'obligation de réserve (v. J. RIVERO, « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 581) qui connaît également une limite consistant dans la transgression de cette obligation. La CEDH, suivie par la jurisprudence administrative et par le projet de loi sur la déontologie dans la fonction publique, a consacré le *whistleblowing*. Il s'agit d'un système permettant, au sein des administrations, d'alerter les autorités compétentes en cas de comportement contraire à la déontologie, lorsqu'il existe « *un intérêt public à la divulgation* ». V. Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. n° 14277/04 ; CE, 30 décembre 2013, *Pichon*, req. n° 359287.

¹⁰⁸ CE, 5 mai 1911, *Giraud, Leb.*, p. 525 et Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 28 : « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». V. aussi C. MONIOLLE, « La subordination dans la fonction publique », *AJDA* 2010, p. 1629.

¹⁰⁹ Cette formulation ayant été reprise pour l'essentiel dans la jurisprudence *Langneur* du Conseil d'État : CE, 10 novembre 1994, *Langneur, Leb.* p. 248.

¹¹⁰ CE, 1^{er} février 1967, req. n° 65484.

¹¹¹ CE, 5 décembre 2011, req. n° 347039.

¹¹² L'ordre juridique connaît d'ailleurs des notions visant expressément à sanctionner ce type d'ordre, l'exemple le plus clair étant le détournement de pouvoir, consistant en premier lieu à prendre une mesure étrangère à tout intérêt public. C'est notamment dans ce type de situation que le fonctionnaire devra désobéir à l'ordre qui lui est donné.

Si l'existence d'un devoir de protéger l'intérêt général est avérée, il est cependant regrettable que le droit de la fonction publique réduise dans le même temps les potentialités de mise en œuvre de ce devoir par le fonctionnaire.

b/ Une mise en œuvre incertaine du devoir

Difficulté générale de mise en œuvre. Ce devoir à la charge du fonctionnaire peut s'avérer primordial pour la sauvegarde de l'intérêt général. Il sera en effet des cas où seul le fonctionnaire pourra avoir conscience de certains maux se développant à l'intérieur du service, à l'abri des yeux des administrés. Mais pour nécessaire qu'il soit, ce devoir souffre d'un manque d'opérabilité certain. Ses conditions de mise en œuvre apparaissent difficilement saisissables, et ce, sous plusieurs aspects.

Des conditions restrictives. Le devoir de protéger l'intérêt général en appelle à la conscience personnelle du fonctionnaire. Pour poursuivre sur le devoir de désobéissance, la responsabilité qui pèse sur le fonctionnaire est grande, mais ce devoir est subordonné à la réunion de conditions particulièrement restrictives et difficilement saisissables¹¹³. Par exemple, l'ordre doit être manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. En dehors de l'évidence du délit et du crime, une telle appréciation s'avère particulièrement complexe. Aussi, il convient de relever le paradoxe selon lequel un ordre manifestement illégal pourrait donc théoriquement ne pas compromettre gravement un intérêt public. Mais dans quelle mesure alors ? Les conditions sont telles qu'il paraît en pratique impossible pour le fonctionnaire de régler son comportement par rapport à un standard de normalité ou d'anormalité. Le risque est que l'appréciation subjective de l'agent ne corresponde pas aux critères jurisprudentiels permettant de remplir ces conditions. Toutes ces conditions sont difficilement saisissables pour la seule conscience individuelle sur laquelle repose ce devoir.

Une absence de mise en œuvre du devoir non sanctionnée. De plus, il convient de relever que ce devoir spécifique n'est assorti d'aucune sanction. Le fait d'obéir à un ordre manifestement illégal est certes sanctionné – *lato sensu* – par l'article 122-4 du Code pénal¹¹⁴, mais ce texte ne fait précisément mention que de l'illégalité manifeste du commandement donné par l'autorité légitime, laquelle neutralise l'effet justificatif. Dès lors, il semble qu'en tout état de cause, le fait d'obéir à un ordre manifestement illégal, indépendamment du fait qu'il soit de nature à compromettre gravement un intérêt public, ne permette pas d'exonérer l'agent de sa responsabilité pénale. Il est toutefois regrettable que le droit de la

¹¹³ Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. n° 14277/04 ; CE, 30 déc. 2013, *Pichon*, req. n° 359287.

¹¹⁴ C. Pén., art. 122-4 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

fonction publique consacre un devoir aux conditions très spécifiques dont le non-accomplissement ne soit assorti d'aucune sanction autonome en droit public, les règles encadrant l'activité administrative poursuivant des finalités distinctes du droit pénal. En effet, toute illégalité n'est pas constitutive d'une infraction : il est au moins théoriquement envisageable qu'un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ne conduise pas pour autant à faire commettre une infraction à l'agent qui obéit. Or, alors même que la condition relative au fait qu'un intérêt public soit gravement en jeu permet de donner toute sa consistance au devoir spécifique de protéger l'intérêt général, le droit de la fonction publique n'en sanctionne aucunement le non-respect et prive ainsi ce devoir autonome de toute effectivité. En revanche, l'excès de bienveillance du fonctionnaire qui croit accomplir son devoir de protéger l'intérêt général alors que toutes les conditions n'étaient pas réunies risque fortement d'être sanctionné, ce qui rend sa mise en œuvre particulièrement incertaine.

Un risque de sanction disciplinaire. La responsabilité du fonctionnaire dans la protection de l'intérêt général est sans commune mesure avec la responsabilité disciplinaire que peut engager son supérieur à son encontre. Ainsi, s'il est avéré que l'ordre ne remplissait pas l'une des deux conditions cumulatives – de l'illégalité manifeste et de mise en jeu d'un intérêt public –, une sanction disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre du fonctionnaire sur le fondement du manquement au devoir d'obéissance hiérarchique. En conséquence, non seulement le fonctionnaire n'est pas sanctionné s'il ne remplit pas son devoir de protéger l'intérêt général en obéissant à un ordre pouvant compromettre gravement un intérêt public, mais il y a pire : si pour remplir son devoir il refuse d'obéir à un tel ordre qui, pour être illégal, ne le serait pas *manifestement*, la sanction disciplinaire tombera¹¹⁵. À ce titre, le droit disciplinaire prévoit un panel de sanctions pouvant être très sévères à l'encontre des agents publics désobéissants¹¹⁶. On peut ainsi regretter un devoir de protéger l'intérêt général qui, parce qu'il engage la carrière de son débiteur, ne l'invite pas à le remplir, alors qu'il en va de l'intérêt de la communauté. D'une façon très contradictoire, le droit positif apparaît moins menaçant envers le vice qu'envers l'excès de zèle.

Au vu de ce qui précède, le devoir de se soumettre à l'intérêt général, dans sa dimension collective, met à la charge de chaque individu des devoirs envers la

¹¹⁵ De façon encore plus incongrue, et du fait du caractère cumulatif de ces deux conditions, un fonctionnaire pourrait donc théoriquement être sanctionné disciplinairement pour avoir exécuté un ordre manifestement illégal qui n'aurait pas été dans le même temps de nature à compromettre gravement un intérêt public.

¹¹⁶ Les sanctions disciplinaires dans la fonction publique sont réparties (pour ne prendre que le cas des agents titulaires) en 4 groupes et vont du simple avertissement à la mise à la retraite d'office ou à la révocation en passant par l'abaissement d'échelon ou encore l'exclusion temporaire de fonction. Elles sont prévues limitativement par les lois relatives à chaque fonction publique : loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'État, art. 66 et 67 ; loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, art. 89 à 91 ; loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière, art. 81.

communauté abstraite. Néanmoins, l'individu reste soumis à cette conciliation nécessaire de son intérêt particulier avec l'intérêt général dans ses rapports avec tout autre individu pris isolément. Il s'agit là de la dimension intersubjective du devoir de se soumettre à l'intérêt général, qui va conditionner l'exercice des droits de chacun face à autrui.

B.- La dimension intersubjective du devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général, somme des intérêts particuliers. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers, mais représente également la somme des intérêts particuliers. Il résulte de cette seconde acception une autre modalité de soumission à l'intérêt général, non plus d'un point de vue objectif dans le rapport entre l'intérêt individuel et l'intérêt de la communauté entière et abstraite, mais dans le rapport concret interindividuel. Il en va de la même nécessité de garantir cet état d'ordre et de justice désigné sous le terme de « bien commun », lequel prend, dans les rapports entre les individus, une dimension protectrice, mais également une dimension plus solidariste. Ainsi, dans sa dimension subjective, le devoir de se soumettre à l'intérêt général implique de ne pas nuire à autrui (1), mais également d'être utile à autrui (2).

1/ Le devoir de ne pas nuire à autrui

Devoir et intersubjectivité. Le devoir de ne pas nuire à autrui repose sur les mêmes fondements que le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général ; il en est la déclinaison au niveau des rapports intersubjectifs. Or l'inscription de l'individu dans la communauté implique que la liberté de chacun ait des bornes, dès lors qu'il est inscrit aux fondements de l'ordre juridique français que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »¹¹⁷. En d'autres termes, ce principe de limitation consiste, dans les rapports interindividuels, à limiter sa liberté de façon à ne pas nuire à autrui. Le devoir de ne pas nuire à autrui revêt ainsi une dimension égalitaire (a), ce devoir consistant à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui (b).

a/ Un devoir à dimension égalitaire

Le fondement du devoir : liberté, égalité. Dans les rapports entre l'individu et la communauté, l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers n'est pas égalitaire ; il s'effectue nécessairement au profit de l'intérêt

¹¹⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

général¹¹⁸. Dans les rapports interindividuels en revanche, cet équilibre ne peut s'effectuer que sur un mode égalitaire, puisque chaque Homme naît libre et égal en droits à tout autre¹¹⁹. Dès lors, le référentiel du devoir n'est plus l'intérêt de la communauté abstraitement, mais l'intérêt de chaque individu pris concrètement, c'est-à-dire l'ensemble des droits et libertés subjectifs, dont jouit chaque citoyen du fait de cette qualité. Ainsi, l'exercice de sa liberté par l'individu renvoie à la question de la limite dans l'exercice de ses droits. Il est en effet incontesté que nul ne peut disposer d'une égale liberté dans l'exercice de ses droits si cette égalité se traduit par une liberté illimitée pour tous¹²⁰. C'est là l'utilité du contrat social développée par Rousseau et Hobbes : chacun renonce à la liberté illimitée de l'état de nature pour une liberté civile, le pacte tendant à garantir à chaque contractant l'égalité, la liberté et la sécurité. La liberté interagit elle-même avec l'égalité : la confrontation de libertés illimitées mène à la violence, l'égalité étant un concept régulateur. Ainsi, le fait d'attribuer à chacun la jouissance des mêmes droits implique de reconnaître une limite au libre exercice des droits, qui est une condition de tout ordre social et une condition de la sécurité individuelle. Ce principe de limitation qui constitue le fondement du devoir de ne pas nuire est expressément consacré dans l'ordre juridique français.

Identification du devoir dans l'ordre juridique français. Le devoir de ne pas nuire n'est pas exprimé comme tel par le droit, mais il est néanmoins identifié comme régissant les rapports gouvernés par le droit comme une norme générale de comportement. S'agissant des limites à la liberté et, partant, à l'exercice des droits, elles semblent en effet pouvoir être déterminées en vertu du principe relativement simple en vertu duquel « *la liberté des uns s'arrête à où commence celle des autres* ». Outre ce célèbre dicton attribué à John Stuart Mill, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* ». Le devoir de ne pas nuire à autrui découle de cette limitation nécessaire de la liberté, sans laquelle il

¹¹⁸ Cette affirmation vaut néanmoins sous réserve de deux nuances. D'une part, l'intérêt général est également un instrument de protection des libertés individuelles : V. G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », CCC 2004, n° 16, p. 155. D'autre part, et en tout état de cause cette conciliation est très étroitement contrôlée par le juge, qui veille à ce que les droits et libertés individuels soient garantis et qu'il ne leur soit pas porté d'atteinte excessive (ce contrôle s'effectuant à la fois par le juge de droit commun s'agissant des mesures prises par l'administration, et par le Conseil constitutionnel s'agissant des limitations apportées par la loi à une liberté au nom de l'intérêt général, sur ce dernier point, v. M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC 1993, n° 13, p. 23).

¹¹⁹ Le principe de reconnaissance d'une égale liberté à tous les citoyens est entériné dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 1^{er} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». S'agissant par ailleurs de définir le contenu de ces droits, nous admettons qu'il réside dans l'ensemble des règles de droit, tous les citoyens étant égaux devant le droit, pour reprendre et généraliser la formule bien connue à l'article 6 de cette Déclaration.

¹²⁰ Ce serait ruiner de son sens l'entreprise commune et faire de l'institution le mode privilégié de l'état de nature alors qu'elle est précisément le moyen pour les Hommes de s'en extraire.

n'y a ni ordre, ni justice¹²¹, ni même liberté ; il y aurait seulement un état de violence gouverné par la loi du plus fort, auquel le principe égalitaire permet de parer. Ce principe de limitation constitue une norme de comportement caractérisant le devoir de ne pas nuire à autrui. Ce devoir va alors intervenir au stade de la volonté d'agir pour précéder l'exercice d'un droit – et plus généralement, de la liberté – « *de manière à assurer les conditions phénoménales de la coexistence des discrétions (...) au stade de l'exécution des actes* »¹²². L'individu dans la communauté est ainsi supposé reconnaître tout autre comme libre et égal à lui-même en droits, et limiter sa liberté au regard de ce principe égalitaire.

Ainsi, le devoir de ne pas nuire consiste, d'un point de vue substantiel, à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui.

b/ Un devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui

Devoir de ne pas nuire et responsabilité civile. Le droit positif français laisse voir plusieurs manifestations du devoir de ne pas nuire. Certains mécanismes de responsabilité civile consistent précisément à sanctionner le non-respect du devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui.

Devoir général de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. La première déclinaison du devoir de ne pas nuire se trouve dans le devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. Les mécanismes classiques de la responsabilité civile délictuelle sanctionnent précisément le non-respect de ce devoir¹²³. Nulle règle n'interdit expressément de nuire, mais l'article 1382 du Code civil prévoit bien que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »¹²⁴. Les articles suivants du même code ajoutent notamment que chacun est également responsable du dommage causé « *par sa négligence ou son imprudence* »¹²⁵ ou encore « *par le fait*

¹²¹ Puisque l'exigence de justice de l'ordre juridique français est notamment liée à l'idée que l'égalité en droits implique de jouir de ses droits sans qu'il n'y soit porté atteinte.

¹²² B. GILSON, *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 1991, p. 127.

¹²³ La notion de « droits » est ici entendue *lato sensu*, étant entendu que la responsabilité civile délictuelle protège les *droits* subjectifs, mais également de simples *intérêts*, lesquelles suffisent parfois à faire naître un droit à réparation sur le fondement du Code civil. V. Cass. Mixte, 27 février 1970, pourvoi n° 68-10276, Bull. n° 1, in H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 2008, n° 185-186 : dans ce célèbre arrêt, la Cour de cassation admet la réparation du préjudice moral de la concubine à la suite du décès de son concubin, affirmant que la victime doit justifier de la lésion d'un « *intérêt légitime juridiquement protégé* ». Sur le maintien de la nécessité de justifier d'un intérêt « légitime » (ou « licite ») depuis lors, v. : J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Mélanges G. VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, p. 145 ; F. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation (le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.* 1973, chron. p. 211.

¹²⁴ C. civ., art. 1382.

¹²⁵ C. civ., art. 1383.

des personnes dont on doit répondre»¹²⁶. En vertu de ces textes, celui qui est responsable est bien celui qui a nui à autrui, puisque « nuire » signifie bien « *causer un tort, un dommage* »¹²⁷. La responsabilité civile délictuelle sanctionne de façon générale le devoir de ne pas nuire à autrui, les cas d'atteinte aux droits d'autrui pouvant être identifiés à travers les différents types de faits dommageables.

Devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui par fait dommageable. L'intérêt du devoir de ne pas nuire – dans cette déclinaison de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui – est certain. En effet, le droit n'est pas à même d'interdire ni même de prévoir tous les cas de dommages (c'est-à-dire de « nuisances envers autrui ») possibles, alors même qu'il impose et permet de tous les réparer. Ainsi, en matière de responsabilité civile délictuelle, le dommage à réparer peut résulter de l'illicéité appréhendée à la fois comme la transgression d'une règle de droit¹²⁸, comme un fait fautif, et même comme un simple fait normal, mais qui a nui¹²⁹. L'illicéité dans son acception large n'est donc pas seulement la transgression d'une règle de droit, mais de façon générale, la transgression d'une norme de comportement¹³⁰. Ce qui a conduit certains auteurs à affirmer que l'illicéité « *n'est que la transgression pure et simple de la norme de civilité, qui est elle-même l'expression la plus abstraite de toutes les normes de comportement* »¹³¹. Cette norme de civilité appréhendée par le droit de la responsabilité constitue bien la sanction d'un devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui, en permettant la réparation du dommage que l'atteinte soit volontaire ou non, consciente ou non, fautive ou non. À cet égard, les cas de responsabilité pour fait normal ont permis de révéler une concrétisation de cette

¹²⁶ C. civ., art. 1384.

¹²⁷ Dictionnaire Littré, entrée « nuire » : « *causer un tort, un dommage* », en ligne : www.littre.org.

¹²⁸ M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris, LGDJ, 1973, p. 82.

¹²⁹ S. CHASSAGNARD, *La notion de normalité en droit privé*, Thèse, Université de Toulouse, 2003, p. 601 : « *l'illicéité est l'expression juridique de l'anormalité saisie par le droit* ».

¹³⁰ Cette affirmation est certes discutable s'agissant des cas de responsabilité sans faute. Par exemple, il est difficile de concevoir en quoi consisterait cette norme de comportement dans le cas de la responsabilité sans faute des parents du fait de leur enfant mineur (C. civ., art. 1384), ledit fait pouvant être simplement causal sans qu'aucune anormalité ne soit requise : Ass. Plén., 13 décembre 2002, pourvoi n° 01-14.007, D. 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; *Dr. fam.* 2003, n° 23, note J. JULIEN. De façon générale en effet, la sanction du comportement normal est imprévisible. Néanmoins, il est possible de considérer que dans ces cas, la norme de comportement implique non pas d'agir ou de s'abstenir de façon à ne pas causer de dommage, ce qui apparaît dans cette hypothèse impossible, mais impose de prendre des mesures concrètes de prévention ou d'assurance afin d'être en mesure de réparer le dommage causé à autrui, précisément parce qu'il est des cas où l'on peut nuire sans s'en rendre compte. V. en ce sens : A. SCHNEIDER, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *GP* 2008, n° 138, p. 4. Le devoir de ne pas nuire à autrui apparaît donc avoir, à travers la responsabilité civile sans faute, une fonction préventive : la rupture dans la conciliation des libertés peut être volontaire ou non, consciente ou non, et dans tous les cas elle est sanctionnée et donne lieu à réparation, car c'est là la forme de justice égalitaire recherchée.

¹³¹ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, Fribourg, Éditions universitaires, 1955, p. 169 : l'auteur ajoute que « *l'illicéité, ce n'est pas la violation du droit, c'est le côté extérieur d'un tel comportement, c'est la norme de protection du droit* ». On voit donc un rapport de l'illicéité aux finalités poursuivies par le droit, c'est-à-dire avec les valeurs sociales qui le sous-tendent.

approche par la Cour de cassation, qui a pu faire expressément référence à un « *devoir général de ne pas nuire à autrui* » ainsi qu'à son caractère autonome¹³², jugeant que le manquement à ce devoir devait être apprécié distinctement de la faute¹³³. Le devoir de ne pas nuire bénéficie donc d'une réelle sanction en droit positif à travers la responsabilité civile du fait personnel. Il présente cependant une autre déclinaison, sanctionnée sur le même fondement de la responsabilité civile, mais témoignant d'une logique différente : le devoir de rester dans son droit ou de ne pas dépasser les limites de ses propres droits.

Devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui par exercice excessif de son droit. La théorie de l'abus de droit permet d'identifier une seconde déclinaison du devoir de ne pas nuire : le devoir de ne pas exercer excessivement son droit. Si l'exercice des droits est discrétionnaire, il n'est ni absolu ni illimité. Le principe égalitaire gouvernant les rapports interindividuels implique en effet que chacun renonce à une liberté illimitée pour une liberté civile à même de garantir que les Hommes soient libres et égaux en droits. La théorie de l'abus de droit est le mode d'expression privilégié de la limitation dans l'exercice de son droit¹³⁴. La Cour de cassation a ainsi affirmé en 2005 que « *le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit* »¹³⁵. Cette théorie repose sur l'idée que le libre exercice des droits doit s'exercer avec une certaine modération, puisqu'il est également possible de nuire à autrui en exerçant son droit. Cette modération consiste à ne pas abuser de ses prérogatives, l'abus renvoyant à la façon d'exercer quelque chose de manière excessive¹³⁶ – en l'occurrence un droit¹³⁷. S'agissant de la limite à ne pas dépasser, la doctrine n'est pas unanime sur ce point¹³⁸. Néanmoins, en tout état de cause, ne pas exercer son

¹³² Civ. 1^{re}, 24 janv. 1984, pourvoi n° 82-16.767 ; Com., 8 oct. 2002, pourvoi n° 98-22.858 ; Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370 ; Civ. 3^e, 4 juil. 2007, pourvoi n° 06-15.776 ; Civ. 1^{re}, 10 avril 2008, pourvoi n° 07-13.520.

¹³³ Dans une décision aux termes particulièrement explicites, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a ainsi formulé qu'« *un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui* » : Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370.

¹³⁴ Le « droit » appréhendé par la théorie de l'abus de droit regroupe l'ensemble des droits subjectifs : v. G. CORNU, cité par L. CADJET, P. le TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, en ligne : www.dalloz.fr, point 11.

¹³⁵ Civ. 3^e, 2 février 2005, pourvoi n° 03-15.409, Bull. civ. III, n° 24.

¹³⁶ Dictionnaire Larousse, entrée « abus », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français : « *mauvais emploi, usage excessif ou injuste de quelque chose* » ; « *fait d'outrepasser certains droits, de sortir d'une norme, d'une règle et, en particulier, injustice, acte répréhensible établi par l'habitude ou la coutume* ».

¹³⁷ « *Le postulat serait que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre contraire au droit ; qu'il est donc dans l'office du juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération* » : J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, n° 234.

¹³⁸ Certains auteurs tiennent pour critère de l'abus de droit ce critère de la finalité du droit en cause, là où d'autres ne retiennent que la finalité poursuivie par l'individu, à savoir l'intention de nuire. V. L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : Essai de téléologie juridique*, t. 1, Paris, Dalloz, 2006 (théorie dite de l'abus des droits ou de la fonction sociale des droits) ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 2013 : (théorie de l'intention de nuire), G. RIPERT, « L'abus ou la relativité des droits (À propos de l'ouvrage de M. Jossierand) », *Revue critique de législation et de*

droit de manière excessive implique que cet exercice ne soit pas nuisible pour autrui. Cette théorie implique en effet que l'exercice des droits subjectifs doive être *mesuré*. Lorsque tel est le cas, l'exercice du droit ne permet pas de conduire à un abus et à un dommage au sens de la théorie de l'abus de droit. Lorsque l'exercice excessif d'un droit a causé un dommage à autrui, la qualification d'abus de droit pourra alors être retenue. Les divergences doctrinales ne remettent donc pas en cause la sanction du devoir de ne pas exercer excessivement son droit par la théorie de l'abus de droit, mais portent simplement la question sur ses modalités de mise en œuvre. Pour l'essentiel, il est bien question d'une juste mesure dans l'usage de son droit, puisque si cet usage s'avère excessif, cela entraînera la responsabilité de son titulaire, alors même que la prérogative en elle-même n'est pas *illicite*. L'abus de droit renvoie très précisément à un devoir de ne pas dépasser les limites de ses propres droits, distinct du devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui¹³⁹.

Les rapports interindividuels étant fondés sur la liberté individuelle et sur l'égalité, le devoir de se soumettre à l'intérêt général tend ainsi, dans sa dimension subjective, à garantir une égale liberté à chacun. Cet objectif n'est cependant atteint que partiellement par le devoir de ne pas nuire à autrui. Il est ainsi possible d'identifier un devoir d'être utile à autrui l'assortissant d'une plus grande effectivité et impliquant, bien plus que de respecter l'égalité en droits, de la favoriser.

2/ Le devoir d'être utile à autrui

Utilité et solidarité. Au-delà d'un devoir de ne pas nuire à autrui, il y a un devoir d'être utile aux autres. La vie au sein de l'institution impose en effet à tout individu d'être utile à ses semblables impliquant ainsi, bien plus que respecter l'égalité en droits, de la favoriser. Le devoir d'être utile à autrui consiste ainsi à promouvoir les droits d'autrui (a) et repose sur des fondements éminemment solidaristes (b).

a/ Un devoir à dimension solidaire

Notion de solidarité. Au sein de la collectivité, la solidarité est dite « nationale » et consiste dans « le lien d'entraide unissant tous ses membres »¹⁴⁰. La solidarité nationale¹⁴¹ repose sur cette idée qu'en vue de la viabilité de l'entreprise commune, les charges doivent peser équitablement sur les administrés,

jurisprudence 1929, p. 33. Pour une synthèse, v. : L. CADIET, P. le TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, *op.cit.*, point 26.

¹³⁹ Nous considérons en effet que l'abus de droit n'est pas un cas où l'on sort de son droit, que c'est là au contraire sa spécificité et ce qui explique que l'abus de droit est très rarement caractérisé.

¹⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 975-976.

¹⁴¹ V. pour une étude approfondie de la notion de solidarité en droit : J. KNETSCH, « La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique », *RFAS* 2014, n° 1-2.

et qu'il en découle une égalité suffisante dans le bénéfice des avantages¹⁴². La France étant une République démocratique « *et sociale* »¹⁴³, la solidarité est proclamée aux fondements de l'État à travers les dispositions à valeur constitutionnelle¹⁴⁴, même si le terme en lui-même est presque absent. Il ne figure qu'à l'article 12 du Préambule de la Constitution de 1946 en ces termes : « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* »¹⁴⁵. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit également en son article 13 que « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable* » et qu'elle « *doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Esprit de la solidarité. Les dispositions traduisant l'idée de solidarité s'articulent toujours avec le principe d'égalité¹⁴⁶, et pour cause : la solidarité tend à garantir une certaine forme d'égalité. Attribuer les mêmes droits à tous n'implique absolument pas qu'ils puissent en jouir dans des conditions égales. Les inégalités de la vie en communauté font transparaître chez les individus des besoins qui correspondent aux droits dont ils doivent pourtant jouir, qu'il s'agisse de la santé ou de l'éducation, pour ne prendre que ces exemples les plus parlants. Par conséquent, la solidarité tend à corriger ces inégalités, les capacités des uns devant être utiles à celles des autres. L'esprit de la solidarité permet ainsi de comprendre ses finalités : œuvrer à une forme d'égalité réelle, distributive, sur la base de l'équité, au-delà de l'égalité formelle de tous en droits. On retrouve ici la théorie de la justice en équité de Rawls, l'auteur pose les fondements de sa théorie en ces termes : « *chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatibles avec un même système pour tous* »¹⁴⁷.

Ainsi, le devoir d'être utile à autrui est en substance un devoir de promouvoir les droits d'autrui, dont il importe d'étudier les caractéristiques.

¹⁴² P. LAROQUE, « Quarante ans de sécurité sociale », *RFAS* 1985, n° 3, p. 10-11 : « *la Sécurité sociale, pour être efficace et juste, devait reposer sur une solidarité nationale, condition d'une équitable répartition des charges, et d'une égalité suffisante des avantages* ».

¹⁴³ Constitution du 4 octobre 1958, art. premier.

¹⁴⁴ C'est en ce sens que le Préambule de la Constitution de 1848, dont l'esprit a survécu à la disparition du texte, disposait que la France s'est donnée « *pour but (...) d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société* ».

¹⁴⁵ Ce texte est d'ailleurs celui qui est le plus imprégné du principe de solidarité. Il y est également précisé que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », ou encore que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

¹⁴⁶ M. BORGETTO, « Égalité, Solidarité... Équité ? », in G. KOUBI, *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1996, p. 241.

¹⁴⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 287.

b/ Un devoir de promouvoir les droits d'autrui

Promotion de l'égalité en droits par l'impôt. La promotion de l'égalité de chacun dans la jouissance de ses droits se réalise de façon privilégiée par l'impôt. En effet l'impôt est un prélèvement obligatoire exigé par la souveraineté nationale sur le fondement du principe de solidarité¹⁴⁸. Il a par là une fonction régulatrice en ce qu'il tend à corriger voire à réduire certaines inégalités sociales, en vue d'un égal accès de chacun aux mêmes ressources. Cette nécessité de la contribution commune est ainsi expressément formulée sous la forme d'un devoir à l'article 16 de notre Constitution : « *Le paiement de l'impôt et la contribution aux charges publiques, sur la base de l'équité, constituent un devoir pour chaque personne* ». L'impôt est dû sans contrepartie directe, même s'il en présente une : le bénéfice du service public. L'impôt tend à garantir la jouissance des droits de chacun en finançant le service public, mais aussi – et dans une certaine mesure – la gratuité de ce service public, qui est universel. Ainsi le législateur institue un système de contribution et redistribution sous la forme d'une égalité réelle dans la contribution, afin de tendre vers une égalité formelle idéale dans les situations sociales. À cette fin l'impôt est une procédure fondée sur l'équité : chacun paie en fonction de sa capacité contributive¹⁴⁹ et non en fonction des services publics qu'il consomme. S'il est communément admis que le principe est celui d'une égalité *devant* l'impôt, le devoir de solidarité permet surtout une égalité *par* l'impôt¹⁵⁰. Les charges publiques correspondant nécessairement à des dépenses d'intérêt général, il y a bien dans l'impôt un devoir de se soumettre à l'intérêt général se déclinant sous la forme d'un devoir d'être utile à autrui. En effet, consentir à l'impôt apparaît bien comme une forme d'utilité commune permise par la solidarité. Aussi le devoir de solidarité tend à assurer une égalité réelle, géométrique, et donc repose bien à la charge de chaque individu envers tout autre membre de la communauté selon sa situation sociale. En d'autres termes, l'intérêt général a un coût et c'est là un devoir de se soumettre aux charges dédiées à la mise en œuvre du service public, par solidarité envers autrui.

Spécificité du devoir de solidarité. L'institution a pris en charge la solidarité, en faisant passer le sentiment dans le champ du devoir¹⁵¹. Plus précisément, l'objet du devoir de solidarité réside moins dans l'obligation de s'acquitter de l'impôt que dans la redistribution. Or, celle-ci est l'apanage exclusif de l'État. Le devoir de solidarité présente donc cette spécificité d'en appeler au citoyen s'agissant des moyens (les contributions), tout en dépendant de l'État s'agissant du résultat. C'est d'ailleurs sur ce point que l'on peut saisir la différence

¹⁴⁸ J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP* 1983, p. 922.

¹⁴⁹ J.-B. de FOUCAULD, *Rapport Le financement de la protection sociale*, Paris, La documentation française, 1995, p. 125.

¹⁵⁰ P. DEVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 21.

¹⁵¹ L'acte de contribution à l'impôt n'est pas naturel : l'État sollicite matériellement le citoyen au paiement de l'impôt à travers les déclarations, arrête le montant de la contribution, en réclamer le paiement et le contrôle.

entre le *devoir* de solidarité et l'*obligation* de s'acquitter de son impôt envers l'administration fiscale, la redistribution, contrairement à la contribution, n'étant en outre pas contestable en justice.

Conclusion. Dans les rapports entre l'individu et la communauté ou dans les rapports interindividuels, le devoir apparaît comme un concept fonctionnel guidant l'action du citoyen. Il apparaît avec la vie en société : dès qu'il y a société, il y a devoirs. Déterminé substantiellement par les valeurs sociales, le devoir pousse chacun à tendre vers l'idéal commun et le meilleur ordre possible. Il est une condition de la vie en société. Il peut être défini comme un *paradigme éthique* nécessaire pour penser la vie en communauté. Non exprimé par le droit, probablement imperceptible comme tel par la conscience, il la guide néanmoins par référence à ces valeurs sociales inscrites dans l'Homme comme un déterminisme au soutien de son besoin de prévision face à l'ordre juridique. Partant, le devoir vient aussi au soutien du droit, permettant de cerner la direction à prendre même là où le droit souffre d'incomplétude. Le devoir n'est pas une condition *de* l'exercice des droits et de la liberté, mais une condition *dans* l'exercice des droits et de la liberté.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Droits voisins du droit d'auteur et entreprises de communication visuelle malgaches

Corinne Holy RAKOTONIAINA

Juriste consultante

Résumé :

L'audiovisuel est un secteur qui peut facilement être riche en violations des droits voisins et du droit d'auteur. À cet égard, des enquêtes comprenant des entretiens, de la documentation et un sondage ont été effectués. De ces enquêtes, il a été établi que les entreprises de communication audiovisuelle malgaches ont souvent recours à des actes de contrefaçon sur les œuvres audiovisuelles, mais sans que cela soit considéré comme tel au regard de la loi.

En outre, les lacunes de la législation malgache tant sur le plan de la propriété littéraire et artistique que sur le plan de la communication audiovisuelle, ainsi que le laxisme des autorités compétentes, ont permis le libre recours à ces contrefaçons. Les conséquences se font ressentir sur la culture, laquelle est dégradée par les actes de contrefaçon continuels au sein du secteur audiovisuel, mais aussi sur les entreprises de communication audiovisuelle du fait notamment de la perte d'audimat et de l'impossibilité d'internationaliser leurs émissions. Cette étude a pour vocation de traiter la position du problème.

Summary

The Malagasy audiovisual industry is prone to copyrights and related rights violations. Based on this assumption, research including interviews, documentation, and a survey of public opinion was conducted. It has established that Malagasy broadcasting organizations often resort to counterfeiting with impunity.

The shortcomings of Malagasy legislation regarding legal, artistic and audiovisual copyrights law combined with the permissiveness of the authorities have enabled widespread use of counterfeiting.

Malagasy culture suffers from this phenomenon and media companies lose audience and are unable to export their programs.

Le monde d'aujourd'hui est le fruit de l'innovation et du progrès nés de la créativité de l'esprit humain. Sans cette dernière, il n'y aurait pas de développement. La propriété intellectuelle s'inscrit dans la protection de cette créativité en conférant aux créateurs la propriété exclusive de leurs créations. La forme prise par cette protection prend généralement la forme d'un droit d'auteur ou d'un brevet. Plus précisément, la propriété intellectuelle comporte principalement deux branches : la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique qui comprend le droit d'auteur et les droits voisins. De surcroît, s'ajoutent d'autres types de propriété intellectuelle comme les secrets commerciaux ou informations non divulguées, les obtentions végétales¹ ou encore les ressources génétiques² et les savoirs traditionnels.

La propriété littéraire et artistique est la branche de la propriété intellectuelle qui s'applique aux œuvres de l'esprit en ce qui a trait à leurs formes. Le plus souvent, les œuvres littéraires, artistiques et musicales n'atteignent le public que grâce à l'intervention de certaines personnes : metteurs en scène, organismes de radiodiffusion, fabricants de disques, etc. Il faut tenir compte de ces intermédiaires. D'où la naissance des droits voisins. Il s'agit notamment des droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes, et des entreprises de communication audiovisuelle. Ces dernières sont, dans le langage courant, les stations de télévision.

S'agissant de la télévision, elle reste l'un des médias les plus prisés pour s'informer et se divertir, malgré l'évolution et le développement des services Internet sur le territoire malgache ; et ce, parce qu'elle est devenue plus accessible pour tous, même pour les plus démunis. À cet égard, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches doivent faire des pieds et des mains pour garder leur audience. Dans cette perspective, les chaînes de télévision malgaches tentent, depuis quelques années, de s'inspirer des programmes étrangers qui font exploser l'audimat. Cependant, les noms, l'idée directrice de leur conception et les émissions en elles-mêmes ressemblent beaucoup trait pour trait à ces programmes étrangers. Beaucoup parlent de « plagiat » et évoquent notre incapacité à trouver des idées plus originales ou notre tendance à copier la culture étrangère. De plus, ces mêmes émissions sont ensuite retrouvées à nouveau sur d'autres chaînes malgaches, et l'on s'insurge alors de voir en plus les mêmes émissions sur des chaînes concurrentes.

NDLR : L'auteur a obtenu le premier prix de la 1^{re} édition du « Concours interrégional de mémoires de l'océan Indien » organisé en 2015 par l'association LexOI, avec le soutien de l'État (fonds de coopération régionale) et du Conseil régional de La Réunion (coopération régionale). Le texte original a fait l'objet d'adaptations pour les besoins éditoriaux.

¹ C'est la protection de la mise au point d'une variété de plantes.

² Voir l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique des Nations Unies de 1992 selon lequel une ressource génétique est « *un matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle* ».

Aussi, Madagascar ne dispose pas encore de moyens financiers et techniques nécessaires pour assurer de façon permanente la couverture d'évènements internationaux ni pour diffuser des actualités en temps réel. Le plus souvent, la population est informée des actualités internationales par le biais de la presse écrite et de la diffusion de journaux télévisés étrangers sur les chaînes malgaches. Il arrive ainsi que, durant un journal télévisé malgache, des images et sons tirés d'un journal télévisé étranger soient utilisés, sous-titrés, doublés. Existe-t-il des partenariats entre les entreprises de communication audiovisuelle malgaches et celles étrangères ? Dans la même lignée, les films étrangers sous-titrés et doublés en malgache commencent à devenir un phénomène de mode. Or, le droit d'auteur est également incontournable dans ces opérations.

La quintessence même de la propriété intellectuelle se trouve ici remise en question. À Madagascar, le droit d'auteur et les droits voisins sont-ils réellement respectés au sein du secteur de la communication audiovisuelle ou sont-ils ignorés ? Quelles sont les conséquences du non-respect de ces droits voisins sur l'environnement culturel et économique du secteur audiovisuel malgache ?

Pour y répondre, nous étudierons les règles applicables aux entreprises de communication audiovisuelle tant en termes de droits voisins qu'en termes de communication audiovisuelle. En second lieu, nous aborderons les réalités du secteur audiovisuel en les confrontant aux règles susvisées, afin d'établir s'il y a réellement un non-respect de ces règles. Cette dernière partie formera, par ailleurs, une discussion qui comportera un ensemble de solutions et de recommandations aux problèmes posés à partir des analyses effectuées.

I.- Les règles applicables aux entreprises de communication audiovisuelle en termes de propriété littéraire et artistique

À l'origine seuls les droits d'auteur constituaient la propriété littéraire et artistique, d'où l'appellation de cette dernière par « droit d'auteur ». Entrant également en jeu lorsqu'il s'agit de création d'émissions par les entreprises de communication audiovisuelle, il est incontestable d'étudier le droit d'auteur avant de plonger dans ce que l'on appelle ses droits voisins.

A.- Le droit d'auteur

Le droit d'auteur est l'ensemble des prérogatives exclusives dont dispose l'auteur sur ses œuvres de l'esprit originales. C'est aussi la protection juridique conférée à celui-ci. La loi malgache n° 94-036 du 18 septembre 1995 sur la propriété littéraire et artistique prévoit une protection d'une durée qui comprend la vie de l'auteur, et à son décès, une protection au bénéfice de ses ayants droit

pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. Pour les œuvres posthumes, la durée est de soixante-dix ans à compter de la date de publication de l'œuvre. La question est alors ici de savoir quelle œuvre est susceptible de faire l'objet de cette protection.

1/ Les catégories d'œuvres protégées

Seules les œuvres créées font l'objet de la protection par le droit d'auteur et la durée de la protection diffère suivant la catégorie de l'œuvre considérée. Une œuvre est réputée créée du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. L'article 5 de la loi n° 94-036 du 18 septembre 1995 portant sur la propriété littéraire et artistique liste les catégories d'œuvres protégées à Madagascar.

Les droits et la protection conférés à une œuvre dépendent de sa catégorie. Outre les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure, ces catégories d'œuvres peuvent être regroupées comme suit :

a/ Les œuvres littéraires

D'une part, il y a les œuvres littéraires originales qui sont généralement des œuvres écrites, mais qui peuvent être exprimées oralement. Les œuvres écrites sont les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques. Cependant, certaines œuvres littéraires ont vocation à être librement reproduites, car elles sont dans le domaine public. C'est le cas des actes officiels (textes législatifs, réglementaires ou décisions de jurisprudence), travaux préparatoires des lois ou encore des sujets d'examen. En ce qui concerne les œuvres orales, la transmission de la création de l'esprit par la voix est susceptible de protection. C'est le cas des conférences, allocutions, sermons, etc.

D'autre part, il y a les œuvres dérivées. Une œuvre dérivée est « *une œuvre créée à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes* »³, mais sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Ce sont les traductions, adaptations, arrangements ou transformations des œuvres de l'esprit. Enfin, l'article 5 de la loi n° 94-036 prévoit également en tant qu'œuvres littéraires les anthologies, les recueils d'œuvres diverses, les expressions du folklore et les banques de données.

b/ Les œuvres musicales et théâtrales

Ce sont les œuvres dramatiques ou dramatico musicales. Elles peuvent être protégées dès lors qu'elles sont originales du fait de leur mélodie, leur rythme ou leur harmonie. La présence ou l'absence de paroles importe peu. D'où également, la protection des compositions musicales avec ou sans paroles. Puis, il existe des

³ Voir le lien http://fr.wikipedia.org/wiki/%C5%92uvre_d%C3%A9riv%C3%A9e.

œuvres dérivées des œuvres musicales : ce sont les variations et les arrangements. Le même principe est alors appliqué.

Quant aux œuvres théâtrales, elles se rapprochent des œuvres musicales, car elles ont vocation à être présentées sur scène. Les œuvres théâtrales telles que prévues par la loi sont notamment les œuvres chorégraphiques, numéros et tours de cirques, pantomimes. Leur mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement.

c/ Les œuvres artistiques

Ce sont les œuvres qui se manifestent par des créations de formes sensibles à la vue :

- les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
- les œuvres graphiques et typographiques ;
- les œuvres photographiques ;
- les œuvres des arts appliqués, illustrations, cartes géographiques, plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ;
- ainsi que les œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles.

Pour l'œuvre d'architecture, l'architecte dispose d'un droit d'auteur sur l'œuvre architecturale ainsi que sur les plans, croquis et maquettes qui en sont les corollaires. Pour les dessins et modèles à caractère ornemental, se pose le problème du cumul entre la protection du droit d'auteur et la protection des dessins et modèles industriels. La législation malgache reconnaît une double protection.

d/ Les logiciels

La loi n° 94-036, en son article 4 alinéa 13, donne la définition des logiciels. À l'origine, en France, les logiciels n'étaient protégeables ni par les brevets ni par les dessins et modèles. Inspirée par la tendance américaine, une jurisprudence française a été consacrée et a admis leur protection par la propriété littéraire et artistique, sous condition d'être originaux.

Il s'agit notamment de l'arrêt « Babolat c/ Pachot », en date du 7 mars 1986⁴. Puis, c'est le tribunal de commerce de Bobigny, le 20 janvier 1995⁵, qui précise la notion d'originalité : celle-ci doit se percevoir « à travers la marque d'un apport

⁴ Cass., Ass. Plén., 7 mars 1986. *Babolat c/Pachot*, D 1986, p. 411, note EDELMAN.

⁵ T. com de Bobigny, 20 janvier 1995, *RIDA* 1995, p. 324.

intellectuel impliquant un seuil minimum de créativité, un apport de nouveauté allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique ».

Les droits prévus pour les logiciels sont d'une durée de vingt-cinq ans à compter de leur date de création. Néanmoins, le problème de protection des logiciels reste non résolu. En effet, le logiciel conçu pour une finalité technique est parfois considéré comme non protégeable par le droit d'auteur parce qu'il n'est pas original, et non protégeable non plus par les brevets qui les excluent. Cela nous amène alors à la question de savoir quelles sont les conditions pour qu'une œuvre soit protégée.

2/ Les principes généraux d'admission de la protection de l'œuvre

Pour qu'une œuvre soit protégée, elle doit respecter des principes généraux, lesquels sont admis dans la plupart des législations nationales.

a/ La protection de la forme d'expression de l'idée

Une œuvre ne peut être protégée que si elle est créée. Précisément, elle doit être exprimée, vue ou entendue. Mais, il faut retenir que l'expression concrète est l'objet de la protection, et non l'idée en elle-même. Autrement dit, ce n'est pas l'idée qui est protégée, mais la forme sous laquelle elle est exprimée.

Aussi la protection ne se rapporte-t-elle pas seulement à la forme définitive d'une œuvre. Ainsi, une esquisse, un plan, un projet remplissent également la condition de mise en forme. Il est alors plus difficile de déterminer quand une idée s'est-elle suffisamment concrétisée dans une expression particulière pour pouvoir être protégée.

b/ L'absence de formalité requise

La protection d'une œuvre n'exige l'accomplissement d'aucune formalité. La protection prend effet automatiquement avec la création de l'œuvre, mais la date de création est décisive pour déterminer l'existence d'une contrefaçon de l'œuvre. Il n'est donc pas nécessaire de demander l'enregistrement de l'œuvre ni d'apposer de mention de droit d'auteur sur les exemplaires de l'œuvre.

Pour qu'une œuvre soit protégée, il suffit pour l'auteur de fixer l'œuvre dans un support. Fixer prend ici le sens de « mettre un contenu dans un contenant », le contenant pouvant être un écrit ou un autre support. Cependant, l'absence de formalité n'exclut pas la possibilité pour l'auteur d'accomplir des formalités particulières, à savoir notamment le dépôt légal.

c/ La condition d'originalité

Le droit d'auteur repose également sur un autre principe essentiel : pour qu'une œuvre bénéficie de sa protection, elle doit posséder un caractère individuel. En d'autres termes, une œuvre est protégée dès lors qu'elle est originale, et ce, indépendamment de sa qualité littéraire ou artistique. Une œuvre est originale dès lors qu'elle exprime la personnalité de son auteur. Selon la norme européenne⁶, l'originalité est la création intellectuelle propre de son auteur.

C'est ainsi une notion relative et subjective, laissée à l'appréciation du juge. En revanche, elle doit être distinguée de la nouveauté qui est une notion objective. Une œuvre peut, en effet, faire preuve d'originalité sans apporter de la nouveauté. « *Est nouveau l'objet que l'on ne retrouve pas tel quel, à l'identique dans l'état antérieur de la technique, l'objet qui n'est pas copié, que l'on ne retrouve pas objectivement dans un objet préexistant* »⁷. Une œuvre nouvelle est donc appréciée par rapport aux œuvres préexistantes du même genre.

3/ Les droits conférés aux titulaires du droit d'auteur

Les personnes protégées par le droit d'auteur sont, bien entendu, les créateurs des œuvres. Mais il existe des cas où le droit est attribué à une personne autre que le créateur proprement dit. C'est le cas notamment d'une personne qui a aussi contribué à la réalisation de l'œuvre.

a/ La qualité d'auteur

L'article 9 de la loi n° 94-036 dispose que l'auteur est « *la personne physique qui a créé l'œuvre. La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Lorsque l'œuvre est anonyme ou que son créateur a utilisé un pseudonyme, la même loi reconnaît à son créateur un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous. Mais ce dernier est représenté dans l'exercice de ces droits par le premier éditeur ou publicateur, tant qu'il n'a pas fait connaître son identité civile et n'a pas justifié de sa qualité⁸. Cette déclaration peut être faite par testament. La durée de son droit exclusif est de soixante-dix ans à compter du 1er janvier de l'année civile suivant celle de la publication, mais en cas de déclaration, la période de protection légale commence à courir tel tout autre auteur et suivant la catégorie de l'œuvre.

Lorsqu'une œuvre est réalisée en exécution d'un contrat, l'auteur est celui qui l'a créée c'est-à-dire l'entrepreneur ou le salarié. Il peut ainsi arriver que la

⁶ Voir l'article 1^{er} de la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, sur la protection juridique des programmes d'ordinateur et l'article L 112-3 du Code de la Propriété Intellectuelle français.

⁷ O. LALIGANT, « La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 1, p. 270.

⁸ Sauf si le pseudonyme adopté par l'auteur ne laisse aucun doute sur son identité civile.

qualité d'auteur échoie à une autre personne qu'au créateur. Il convient donc de déterminer la qualité d'auteur suivant les œuvres :

- **L'œuvre de collaboration**

C'est l'œuvre pour laquelle deux ou plusieurs personnes physiques ont concouru à sa création. Ces personnes sont alors appelées « coauteurs ». Dans ce cas, l'œuvre est la propriété commune des coauteurs. Ces derniers doivent exercer leurs droits d'un commun accord et en cas de conflit, il appartient à la juridiction civile de statuer.

Sauf convention contraire, la loi prévoit également l'exploitation séparée de leurs contributions personnelles respectives. Cependant, elle ne prévoit ce cas que si leurs participations relèvent de genres différents. Leurs exploitations respectives ne doivent tout simplement pas porter préjudice à celle de l'œuvre commune.

- **L'œuvre composite**

C'est une œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante, sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. Ici, l'œuvre est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. Dans sa définition, l'œuvre dérivée ne diffère en rien de l'œuvre composite, mais elle est parfois utilisée finement par quelques licences libres pour adapter leur étendue.

- **L'œuvre collective**

La personne physique ou morale, sous le nom de laquelle une œuvre est divulguée, en est la propriétaire et est investie des droits d'auteur⁹. C'est le cas pour une œuvre collective qui est, selon l'article 11 de la loi n° 94-036 : « [...] l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et en son nom et dans laquelle la contribution personnelle de divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il ne soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

Pour les œuvres collectives, la qualité d'auteur peut être ainsi attribuée à une personne morale. C'est le cas, par exemple, d'une œuvre créée par des employés d'une entreprise et qui est divulguée sous le nom de ladite entreprise. L'entreprise sera titulaire des droits d'auteur. Mais *quid* de la portée de ces droits dits droits d'auteur ?

⁹ Voir l'article 14 de la loi n° 94-036 sur la propriété littéraire et artistique.

b/ Les droits moraux et patrimoniaux

La caractéristique la plus importante de tous titres de propriété est que son titulaire puisse en avoir l'usage exclusif. Les droits exclusifs lui permettent d'utiliser l'œuvre concernée ou d'autoriser des tiers à l'utiliser, sous réserve des droits et intérêts légitimes de ces derniers. Ces droits comprennent les droits moraux et les droits patrimoniaux :

- **Les droits moraux**

Les droits moraux englobent le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre, ou à toute autre atteinte, préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation (également dénommé droit à l'intégrité). Ils sont attachés à la personne même de l'auteur de l'œuvre et n'appartiennent qu'à lui. De ce fait, ils sont inaliénables et imprescriptibles. Ainsi, bien que le support matériel ait été vendu, l'auteur conserve le droit moral. Néanmoins, le droit moral est perpétuel, c'est-à-dire transmissible aux héritiers de l'auteur à sa mort.

Les droits moraux comprennent également le droit de rester anonyme ou d'utiliser un pseudonyme comme un nom d'artiste, ou encore le droit exclusif de divulguer l'œuvre. Cependant, la non-divulgaration ne signifie pas une renonciation aux droits de propriété qui y sont rattachés. Une fois la protection conférée par le droit d'auteur éteinte, seuls les droits moraux – qui sont imprescriptibles – peuvent être exercés par un département ministériel responsable de la conservation et de la valorisation du patrimoine national, selon l'article 52 de la loi n° 94-036.

- **Les droits patrimoniaux**

Les droits patrimoniaux touchent tout ce qui est exploitation de l'œuvre. Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit d'exploitation sous forme matérielle et sous forme immatérielle. Eu égard à cette dernière, les droits patrimoniaux comprennent essentiellement le droit de représentation et les droits de reproduction, de distribution et d'exposition au public qui peuvent faire l'objet de contrats écrits.

Par le contrat de représentation, l'auteur et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre sous les conditions qu'ils déterminent. Le contrat est dit « contrat général de représentation » lorsque c'est un organisme professionnel d'auteurs qui confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures¹⁰, constituant le répertoire dudit organisme, toujours avec les conditions de l'auteur ou de ses ayants droit.

¹⁰ Par dérogation à l'article 60 de la loi n° 94-036 sur la propriété littéraire et artistique qui prévoit que la cession globale des œuvres futures est nulle.

Le contrat d'édition est une des modalités de l'exercice du droit d'exploitation de son œuvre par l'auteur¹¹. Les dispositions particulières concernant le contrat d'édition sont définies par la loi n° 94-036. C'est, par ailleurs, les sections suivantes qui régissent le contrat de production audiovisuelle et le contrat de commande pour la publicité, dans lesquels la réalisation et l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle sont à l'initiative et sous la responsabilité d'un producteur.

Enfin, les droits de représentation et de reproduction peuvent faire l'objet d'une cession si celle-ci est autorisée par l'auteur, et est limitée quant à sa durée, son étendue, le lieu et la destination de chaque exploitation. Ils sont cessibles à titre onéreux ou gratuits, indépendamment l'un de l'autre. En somme, pour une cession, le titulaire transfère le droit d'autoriser ou d'interdire certains actes régis par un, plusieurs ou l'ensemble des droits relevant du droit d'auteur. Si tous les droits sont cédés, le bénéficiaire devient le nouveau titulaire du droit d'auteur. Quant à la concession de licence, le titulaire reste titulaire du droit d'auteur, mais il autorise un tiers à effectuer certains actes régis par ses droits patrimoniaux, généralement pendant une certaine durée et à une fin particulière. Il y a une possibilité de concéder des licences dans le cadre de gestion collective des droits.

c/ Les limitations et les sanctions des violations des droits d'auteur

D'une part, il existe deux types principaux de limitations, à savoir :

- la libre utilisation qui n'emporte aucune obligation de contrepartie au titulaire pour l'utilisation de son œuvre sans autorisation ;
- et les licences non volontaires qui permettent dans certaines circonstances d'utiliser les œuvres sans l'autorisation du titulaire des droits, mais contre sa rémunération.

À titre d'exemple de libre utilisation, il y a la citation de l'œuvre protégée, pour autant que sa source et le nom de l'auteur soient mentionnés, et que la longueur de la citation soit conforme aux bons usages. Il en va de même pour les utilisations d'œuvres pour illustrer un enseignement ou aux fins de comptes-rendus d'évènements d'actualité. Quant aux licences non volontaires, elles sont dites non volontaires, car elles sont permises par la loi et ne résultent pas de l'exercice du droit exclusif du titulaire du droit d'auteur d'autoriser certains actes.

D'autre part, les violations des droits d'auteur sont sanctionnées et peuvent à cet égard, être portées par l'auteur ou ses ayants droit devant les juridictions

¹¹ C'est le contrat par lequel l'auteur ou ses ayants droit cèdent à l'éditeur, à des conditions déterminées, le droit de fabriquer ou de faire fabriquer à ses frais, des exemplaires de l'œuvre dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication, moyennant l'engagement de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue.

civiles ou répressives selon le cas. L'Office Malagasy du droit d'auteur ou OMDA a également qualité pour ester en justice pour la défense des intérêts dont il a la charge. En cas de contrefaçon, l'auteur de l'œuvre peut demander des mesures conservatoires ou provisoires, dont la saisie des exemplaires constituant une reproduction illicite de son œuvre. Si la saisie doit avoir pour effet de retarder ou de suspendre des représentations ou des exécutions publiques en cours ou déjà annoncées, une autorisation spéciale doit être obtenue du président du Tribunal civil, par ordonnance rendue sur requête. De même, celui-ci peut ordonner la suspension de toute reproduction illicite, ainsi que les recettes réalisées, les machines et les outils utilisés. Le saisi ou un tiers dispose alors de trente jours pour demander au président du tribunal civil, la main levée de la saisie. Dans les mêmes délais, le saisissant doit saisir la juridiction compétente sinon la main levée pourra être ordonnée.

En matière de saisie-arrêt, l'auteur peut bénéficier du versement d'une certaine somme ou d'une quotité déterminée des sommes saisies, par ordonnance du président du tribunal civil, et à titre alimentaire. S'agissant des sanctions civiles, l'auteur peut ainsi obtenir des dommages-intérêts ou encore l'injonction de destructions des marchandises contrefaites. Quant aux sanctions pénales, la violation des droits d'auteur constitue un délit (le délit de contrefaçon) et des peines d'amende et d'emprisonnement sont alors encourues¹². Enfin, des mesures peuvent être prises à la frontière telle la suspension de la mise en circulation des marchandises suspectes.

4/ Le copyright

Souvent indiqué par le symbole ©, le *copyright* est au système de *Common law* ce que le droit d'auteur est au droit civil. C'est en 1709, au Royaume-Uni, qu'un acte de la reine Anne¹³ protège pour la première fois la création de l'auteur. Ce système de protection prendra le nom de « *copyright* » ou « droit de copie ». Par extension, le mot désignera aux alentours de 1850, dans les pays anglophones, l'ensemble des droits reconnus à l'auteur et non plus seulement le droit de copie. En 1886, une harmonisation internationale s'est opérée avec la convention de Berne de 1886, mais le *copyright* et le droit d'auteur divergent malgré cela sur le fond.

a/ Les différences avec le droit d'auteur

Le *copyright* protège non seulement les œuvres littéraires ou artistiques, mais également tout produit matériel appelé à être reproduit ou copié, ne bénéficiant pas de la protection de la propriété industrielle. Celui-ci, à l'instar du

¹² Voir *infra* Le délit de contrefaçon.

¹³ Cet acte est le « *Statute of Anne* ». Anne (6 février 1665 - 1er août 1714) était reine d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande depuis le 8 mars 1702 jusqu'à l'union de l'Angleterre et de l'Écosse le 1^{er} mai 1707. Elle devint alors reine de Grande-Bretagne et d'Irlande.

droit d'auteur, ne protège pas les simples idées ; les œuvres doivent être à la fois originales et fixées sur un support physique. Cependant, le *copyright* relève plus d'une logique économique alors que le droit d'auteur adopte une approche basée sur l'individu. En effet, le titulaire du *copyright* n'est pas forcément le créateur de l'œuvre¹⁴ alors que, dans la conception civiliste, le créateur est en principe le titulaire des droits d'auteur et précisément, du droit moral.

Ainsi, le *copyright* n'a pas une portée aussi étendue en ce qui concerne les prérogatives personnelles de l'auteur. En revanche, il est plus complet en ce qui a trait à la définition des biens protégés. De plus, contrairement au droit d'auteur, un dépôt est nécessaire afin de faire valoir un *copyright* aux États-Unis¹⁵. À ce moment, l'œuvre affiche le symbole ©, suivi de l'année de publication, puis du nom de l'auteur ou de la société ayant déposé le *copyright*. Ce formalisme est autorisé en France même si l'absence de sigle ou de mention du droit d'auteur ne signifie pas que l'œuvre n'est pas protégée.

Par ailleurs, les œuvres audiovisuelles nous intéressant, il faut savoir que l'œuvre audiovisuelle est considérée comme une œuvre de collaboration. La qualité d'auteur est alors reconnue aux coauteurs, dont par exemple, les auteurs du scénario, des dialogues, de l'adaptation, de la composition musicale, etc. Mais aux États-Unis, l'auteur de l'œuvre audiovisuelle est le producteur, personne physique ou morale (société de production). L'œuvre audiovisuelle y est considérée comme un *work made for hire* c'est-à-dire une œuvre réalisée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrages ou de service. C'est une notion qui peut être assimilée à celle d'œuvre de commande¹⁶.

Enfin, toujours au sujet de l'œuvre audiovisuelle, le délai de protection d'une œuvre de collaboration court à compter de la mort du dernier survivant des coauteurs alors qu'aux États-Unis, le délai est généralement calculé à compter de la date de publication de l'œuvre. Ainsi, une œuvre audiovisuelle ou cinématographique est protégée pendant quatre-vingt-quinze ans à compter de sa publication.

b/ Les droits accordés par le copyright

Dans le droit d'auteur, seule une personne physique peut être considérée comme auteur alors que le *copyright* ouvre la voie aux personnes morales. Les

¹⁴ L'éditeur ou le producteur peuvent être le titulaire du *copyright*. De même, si un auteur crée une œuvre dans le cadre d'un contrat de travail, de mandat ou aux fins de production d'un film, le titulaire du droit est l'employeur, le mandant ou le producteur du film.

¹⁵ Le *copyright* est prévu dans le Titre 17 du *United States Code*. Ce titre résulte de l'adoption du *Copyright Act* du 19 octobre 1976.

¹⁶ Une œuvre de commande est une œuvre créée pour une autre personne qui en a fait la commande, dans le cadre d'un contrat de commande. D'après l'article 10 de la loi n° 94-036 : « *La règle générale d'après lequel le créateur est l'auteur, s'applique aussi aux œuvres créées dans le cadre de travail ou de contrat de commande* ».

droits accordés par le *copyright* sont dits « *creative rights* » et sont apparentés aux droits moraux et patrimoniaux rencontrés dans le droit d'auteur¹⁷. Mais une attention particulière doit être portée sur le droit moral. En effet, celui-ci est reconnu par tous les pays de *common law* qui ont adhéré à la Convention de Berne comme le Canada ou le Royaume-Uni. Ce dernier, l'Irlande, Chypre et Malte sont les seuls qui font application du *copyright* au sein de l'Union européenne. Cependant, il faut noter que les États-Unis font exception et n'appliquent le droit moral qu'au niveau national seulement, malgré leur adhésion à la Convention de Berne. Ainsi, si le droit moral est reconnu dans certains États, comme ceux de New York et de Californie, il ne l'est pas dans de nombreux autres États ainsi qu'au niveau fédéral.

En outre, aux États-Unis, c'est le droit du travail qui régit les relations entre les créateurs (qui sont des personnes physiques) et les sociétés de production (personnes morales). Par conséquent, les scénaristes et réalisateurs sont, des employés du producteur et, comme tout employé, ils peuvent être licenciés à chaque étape de l'écriture ou de la réalisation, puis remplacés par d'autres. Ils ont également la capacité de faire la grève. Enfin, aux États-Unis, les syndicats représentant les réalisateurs¹⁸ et les scénaristes¹⁹ ont négocié avec les producteurs américains des conventions collectives de travail qui sont appelées « *Minimum Basic Agreement* » ou MBA. Elles sont négociées par ces syndicats et renégociées tous les trois ans. Elles sont extrêmement précises et détaillées, et visent notamment les conditions de travail, la sécurité sociale²⁰, et le seuil minimum de la rémunération des scénaristes et réalisateurs. Y sont également visés les *residuals* qui sont les rémunérations complémentaires visant à rémunérer les auteurs pour toute exploitation secondaire de leurs œuvres comme les ventes à l'étranger. Les *residuals* sont perçus par les syndicats auprès des producteurs. Enfin, elles comprennent les *creative rights* et les *credits* qui sont des mentions portées au générique des films.

B.- Les droits voisins

Les « droits connexes » désignent une catégorie de droits octroyés aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et aux radiodiffuseurs. Dans certains pays, comme les États-Unis et le Royaume-Uni, ces droits sont incorporés dans le droit d'auteur. D'autres pays, telle la France, protègent ces droits sous une catégorie distincte appelée « droits voisins ».

¹⁷ Voir *supra* Les droits moraux et les droits patrimoniaux.

¹⁸ Le DGA ou *Directors Guild of America* est un syndicat professionnel qui représente les intérêts des réalisateurs, de leurs assistants et des professions annexes.

¹⁹ Le WGA ou *Writers Guild of America* est un syndicat protégeant et favorisant les droits d'auteur des scénaristes américains. C'est un syndicat très puissant qui a organisé de grandes grèves à Hollywood en 1960, en 1988, et de novembre 2007 jusqu'au 24 janvier 2008.

²⁰ Les producteurs contribuent au fonds de pension et à la sécurité sociale des scénaristes et des réalisateurs.

Précisément, l'expression « droits voisins » désigne des droits incorporels distincts et différents du droit d'auteur, mais en relation avec celui-ci à un double titre : d'une part, ils s'exercent à l'occasion de la communication des œuvres protégées par le droit d'auteur ; et d'autre part, ils comportent des attributs présentant une analogie avec ce dernier tels les droits subjectifs assortis d'exceptions, une rémunération et enfin, une protection internationale combinant, comme dans les conventions de droit d'auteur, la règle de l'assimilation de l'étranger au national avec une protection conventionnelle minimale.

1/ Les rapports des droits voisins avec le droit d'auteur

Les lois sur la protection littéraire et artistique prévoient à la fois le droit d'auteur et les droits voisins. Ces derniers peuvent être cumulés avec le droit d'auteur. En effet, un artiste peut être à la fois interprète et auteur. Cependant, la loi n° 94-036 prévoit que les droits voisins ne doivent pas porter atteinte aux droits des auteurs²¹. *A contrario*, si une œuvre tombe dans le domaine public en raison de l'expiration de sa protection, les droits d'auteur ne sont plus dus ; par contre, il sera nécessaire d'obtenir l'autorisation d'éventuels titulaires de droits voisins sur l'œuvre, pour autant que la durée de protection de leurs droits ne soit pas non plus expirée. Cependant, il faut savoir que ces droits n'ont été reconnus en France qu'en 1985²².

a/ La reconnaissance de la protection à l'international

Avant, seuls l'auteur des paroles, le compositeur de la musique et leurs éditeurs respectifs touchaient une rémunération, l'artiste interprète ne recevant qu'un pourcentage sur les disques vendus. Mais il a été admis plus tard que ces derniers, avec les producteurs de phonogramme²³ et les entreprises de communication audiovisuelle, jouent un rôle notable dans la valorisation des œuvres et devraient ainsi être également protégés.

Les droits voisins résultent au premier chef du progrès technique. Les premières initiatives organisées en Europe en faveur de leur protection sont venues de l'industrie du phonogramme qui cherchait à s'assurer une protection, au titre de la législation sur le droit d'auteur, contre la reproduction non autorisée des phonogrammes. Les premières manifestations de soutien furent également en faveur de la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants dont les exécutions étaient fixées sur phonogrammes.

²¹ Voir *infra* Les bénéficiaires de la protection et la clause de sauvegarde et l'article 99 de la loi n° 94-036.

²² Avec la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

²³ Selon l'alinéa b de l'article 3 de la convention de Rome de 1961, le phonogramme est « toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons ».

Les premières propositions concernant une telle protection ont été formulées à la conférence diplomatique de Rome de 1928 qui avait pour objet la révision de la Convention de Berne. Vers la même époque, le Bureau International du Travail s'est aussi intéressé à la situation des artistes interprètes ou exécutants en tant que travailleurs salariés. De nouveaux débats ont eu lieu, en 1948, lors de la conférence de révision à Bruxelles où il apparut clairement que leur protection juridique ne serait pas assurée par l'application du droit d'auteur. Divers comités d'experts ont élaboré des projets de convention portant notamment sur les droits des organismes de radiodiffusion²⁴. Finalement, en 1960, un comité d'experts convoqué conjointement par les BIRPI²⁵, l'UNESCO²⁶ et l'Organisation internationale du Travail, s'est réuni à La Haye et a élaboré le projet de convention qui a servi de base aux délibérations de la conférence diplomatique de Rome. C'est ainsi que fut adoptée, le 26 octobre 1961, la Convention de Rome ou Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

b/ Les bénéficiaires de la protection et la clause de sauvegarde

Les droits voisins ressemblent aux droits d'auteur dans les prérogatives qu'ils accordent. Ils ont pour objectif de protéger la contribution artistique ou financière investie dans la création littéraire et artistique. À la conférence diplomatique de Rome, les participants ont institué à l'article premier de la Convention de Rome, une clause dite «de sauvegarde» qui prévoit que la protection prévue par la convention laisse intacte et n'affecte en aucune façon le droit d'auteur. En conséquence, aucune disposition de la convention ne peut être interprétée comme portant atteinte à ces derniers.

La protection accordée par les droits voisins, sans affecter ainsi les droits exclusifs des auteurs, bénéficie à trois types de contributeurs : premièrement, il y a les artistes interprètes, pour leurs prestations et interprétations d'œuvres. Il s'agit notamment des chanteurs, musiciens, danseurs, acteurs, etc. Deuxièmement, il y a les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes pour les disques et films qu'ils financent. Enfin viennent les entreprises de communication audiovisuelle pour les émissions qu'elles diffusent.

c/ Les exceptions communes

La loi prévoit la possibilité d'une reproduction et la communication publique des prestations des artistes interprètes si elles sont accessoires à un évènement constituant le sujet principal d'une séquence d'une œuvre ou d'un

²⁴ Rappelons qu'ils comprennent les entreprises de communication audiovisuelle.

²⁵ Les BIRPI ou Bureaux Internationaux Réunis pour la Propriété Intellectuelle constituent l'organisation prédécesseur de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle.

²⁶ *United nations educational, scientific and cultural organization* ou Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

document audiovisuel. Mais elle prévoit aussi des exceptions communes à tous les bénéficiaires des droits voisins, et qui sont, dans leur ensemble, identiques aux limitations du droit d'auteur.

Les bénéficiaires de droits voisins ne peuvent, en effet, interdire certaines reproductions ou représentations de leurs prestations dans les cas suivants²⁷ et sous réserve d'éléments suffisants pour identifier la source dans le second cas :

- L'usage strictement privé et gratuit, effectué exclusivement par l'utilisateur dans un cercle familial ;
- les analyses et courtes citations qui doivent se limiter à l'indispensable et doivent être justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;
- les revues de presse et la diffusion, même intégrale, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;
- La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.

2/ La portée des droits voisins suivant leur titulaire

Il convient d'approfondir dans cette section, les droits accordés par les droits voisins pour chaque type de bénéficiaire et les diverses prestations sur lesquelles ils portent.

a/ Les artistes interprètes ou exécutants

Avant de définir les droits de l'artiste interprète ou exécutant, il convient d'analyser qui peut être considéré comme tel. La définition de la qualité d'artiste interprète ou exécutant peut, en effet, être fastidieuse du fait des imprécisions de la loi.

Les artistes interprètes ou exécutants sont « *les auteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques, un numéro de marionnettes et des expressions de folklore* »²⁸. Leur champ exclut les artistes de complément dont la définition est laissée par la loi n° 94-036 aux soins des usages professionnels.

En France, dans les domaines du cinéma et du théâtre, l'artiste est considéré comme artiste de complément si son texte ne dépasse pas treize lignes. Pour la

²⁷ Voir l'article 115 de la loi n° 94-036.

²⁸ Voir l'article 101 de la loi n° 94-036.

musique et la danse, il faut rechercher, à défaut d'usage, le caractère accessoire de la prestation de l'artiste et la place qu'elle tient dans l'œuvre. Même si le caractère original ou la qualité de la prestation sont en principe des critères indifférents, dans la pratique, les juges s'attachent à leur présence pour distinguer l'artiste interprète de l'artiste de complément. Pour définir l'artiste de complément, sont alors utilisés les critères de brièveté de la prestation, d'importance qualitative ou quantitative par rapport à l'œuvre dans son ensemble ou encore la façon dont la personnalité de l'interprète transparaît dans l'œuvre²⁹. Ainsi, la qualité d'artiste interprète est reconnue à un mannequin engagé pour la réalisation d'un vidéogramme dans la mesure où il occupe dans la partie visuelle de l'œuvre un rôle important³⁰. En revanche, cette qualité est aussi accordée à l'artiste dont la voix et l'interprétation sont identifiables, même si la prestation est de courte durée³¹. Par ailleurs, les musiciens improvisant y sont considérés tantôt comme auteurs³², tantôt comme artistes interprètes³³.

S'agissant des droits, les prestations sur lesquelles les artistes interprètes ou exécutants d'œuvres ont des droits sont, d'une manière générale, les interprétations qu'ils font de l'œuvre. Précisément, ce sont les prestations de nature artistique. Ainsi, *a contrario*, un sportif ne bénéficie pas des droits voisins. Aussi, à l'instar du droit d'auteur, leurs droits sont moraux et patrimoniaux³⁴. En effet, l'article 102 de la loi n° 94-036 dispose que les artistes interprètes ou exécutants ont le droit au respect de leur nom, de leur interprétation et de leur qualité. Cela signifie que le nom de l'artiste doit toujours être associé à son interprétation. Ce droit moral, attaché à leur personne, est inaliénable, imprescriptible et transmissible à ses héritiers.

Les droits patrimoniaux, quant à eux, ont une durée de cinquante ans à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de la fixation ou celle de l'exécution si les exécutions ne sont pas fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes. Ces droits consistent à recevoir une rémunération et à soumettre à une autorisation écrite de celui-ci, la fixation de sa prestation, sa reproduction, sa communication au public, et toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image. Il en va de même pour la distribution au public par la vente ou tout autre transfert de

²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1999, concl. J. Sainte Rose, *D.* 2000, *Cahier droit des affaires*, comm. p. 209.

³⁰ Paris, 11 mai 1994, *Dalloz*, 1995, p.185, note J. RAVANAS.

³¹ Versailles, 9 avril 1998, *Gaz. Pal.* 1998.2, somm. p. 688.

³² Improvisations sur des thèmes populaires de Manitas de Plata (Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} juillet 1970, *D.* 1970, p. 734, obs. B. EDELMAN), ou encore contribuant à une œuvre de collaboration à propos du trio de jazz Humair, Louiss, Ponty (Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1988, *RIDA*, juillet 1989, n° 141, p. 251) ; et à propos de morceaux de trompette improvisés qui portent la marque du style propre à l'auteur et présente le caractère d'une création originale (Cass. crim., 13 décembre 1995, *D.* 1997, p.196, note B. EDELMAN).

³³ Trib. corr. Paris, 23 avril 1992, *Jurisdata*, n° 045788 ; TGI Paris, 13 mai 1994, *RIDA* 1994, n° 162, p. 499.

³⁴ Voir *supra* Les droits moraux et les droits patrimoniaux.

propriété, ou pour la location ou prêt public. Les différends relatifs à cette autorisation et qui n'ont pas été réglés par voie de négociation sont portés devant le tribunal civil, à la requête d'un des contractants.

Enfin, l'artiste interprète ou exécutant trouve une limite à son droit de distribution une fois l'original ou les copies de l'œuvre mis en circulation pour la première fois, sur le territoire malgache, *via* la vente par le titulaire de ce droit ou avec son consentement. En effet, l'original ou les copies vendues ne seront plus couverts par ce droit de distribution. Cette limite est commune aux producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes.

b/ Les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes

La loi accorde des droits voisins aux producteurs de phonogrammes³⁵ et de vidéogrammes³⁶ en raison du coût de la production d'une œuvre sonore ou audiovisuelle. Ces derniers procèdent ou font procéder à l'enregistrement à partir duquel des exemplaires seront fabriqués, puis gèrent le réseau de distribution ou encore le marketing. Or, toutes ces activités nécessitent un investissement conséquent. Les producteurs devraient alors pouvoir s'en réserver l'exploitation, à défaut de quoi personne ne prendra le risque de produire une œuvre.

Le producteur de vidéogrammes est « *la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non* »³⁷. Le producteur de phonogrammes est « *la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son* »³⁸. Leurs droits voisins portent ainsi sur les phonogrammes ou vidéogrammes produits, mais seuls les producteurs qui ont réalisé la première fixation des images ou des sons ont un droit voisin sur ce premier enregistrement. La personne qui récupérerait, par exemple, une bande-son d'une musique pour la fixer sur un disque n'aura pas de droit voisin sur ce second enregistrement.

Il faut noter que les producteurs n'ont aucun droit moral, mais disposent uniquement de droits patrimoniaux. Dans cette optique, leur autorisation est requise avant toute reproduction, mise à la disposition par la vente, l'échange et le louage, ou communication au public de leur phonogramme ou vidéogramme. Il

³⁵ Le phonogramme est la fixation d'une séquence de son. Selon le site <http://fr.wikipedia.org/wiki/Phonogramme>, il désigne dans l'industrie musicale « *tout support permettant la fixation et/ou la reproduction du son (notamment les disques, cassettes et les bandes, pas tous moyens inventés ou à inventer, qu'ils soient réalisés par des procédés mécaniques, magnétiques, acoustiques, numériques, optiques ou autres).* »

³⁶ Selon l'article 57 de l'ordonnance n° 92-039 du 14 septembre 1992 sur la communication audiovisuelle, un vidéogramme est « *toute œuvre cinématographique et/ou de télévision sous forme de fiction ou de documentaire, enregistrée sur vidéocassette, sur vidéodisque et tout autre support vidéo* ». Ici, le vidéogramme est entendu comme la fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non. Il consiste en une ou plusieurs œuvres audiovisuelles.

³⁷ Voir l'article 112 de la loi n° 94-036.

³⁸ *Id.* article 107.

détient donc un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son phonogramme ou vidéogramme. De plus, si le producteur de vidéogramme détient, en plus de ses propres droits, les droits des auteurs et les droits des artistes-interprètes de l'œuvre incorporée à ce vidéogramme, il ne peut procéder à la cession séparée de ces droits à des tiers. Enfin, ses droits voisins sont d'une durée de vingt ans à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de la fixation.

c/ Les entreprises de communication audiovisuelle

Une œuvre audiovisuelle est une œuvre « *consistant en une série d'images liées entre elles qui donnent une impression de mouvement, accompagnée ou non de sons et, si elle est accompagnée de sons susceptibles d'être audible* »³⁹. Rappelons à cet égard qu'un vidéogramme consiste en une ou plusieurs œuvres audiovisuelles. De ce fait, il pourrait y avoir confusion entre le producteur de vidéogrammes⁴⁰ et le producteur d'œuvres audiovisuelles que l'on rencontre au sein des entreprises de communication audiovisuelle. Il convient alors, de prime abord, de les différencier : le producteur d'œuvres audiovisuelles se définit par son rôle d'impulsion dans la réalisation de l'œuvre, car c'est la personne qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre. En revanche, le producteur de vidéogrammes se définit par son rôle dans la fixation de l'œuvre.

Ensuite, il faut préciser que la protection conférée par les droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle porte sur leurs programmes de télévision. Elles ne bénéficient pas du droit moral sur les œuvres audiovisuelles. En revanche, il leur est conféré des droits patrimoniaux. Ces droits comprennent le droit d'autoriser ou non la fixation et la reproduction de leurs programmes de télévision, ainsi que leur distribution au public par la vente (ou par tout autre transfert de propriété) ou par location ou prêt public, ou encore leur réémission et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci, moyennant paiement d'un droit d'entrée. Ce droit de distribution ne couvre plus l'original ni les copies de l'œuvre s'ils ont été mis pour la première fois en circulation sur le territoire malgache via la vente par le titulaire de ce droit ou avec son consentement. Seul le droit exclusif de location ou de prêt au public subsiste après cette mise en circulation. La durée de ces droits est de vingt ans à compter du 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de l'émission.

Par ailleurs, les entreprises de communication audiovisuelle ont droit à une rémunération en contrepartie des fois où elles ne peuvent interdire certaines utilisations de leurs programmes. En effet, nous avons vu précédemment que les droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle sont limités à l'instar des artistes interprètes ou exécutants, et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes.

³⁹ Voir l'alinéa 6 de l'article 5 de la loi n° 94-036.

⁴⁰ Voir *supra* Les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes.

Parmi les limitations ou exceptions, il y a les analyses et les courtes citations. Soulignons qu'il peut s'agir par exemple, d'une citation dans le cadre d'un documentaire dont le sujet est un cinéaste, auteur de l'œuvre citée. Cette citation devra répondre à l'exigence de l'illustration d'un propos, être courte et indiquer le nom de l'auteur et la source. Cependant, il reste difficile de définir la courte citation audiovisuelle. En France, le juge compare la durée de la citation à la durée de l'œuvre citée, tout en tenant compte du caractère même de l'œuvre. Mais il n'existe pas encore de jurisprudence de principe à cet effet. Aussi, les droits voisins ne sont-ils que secondaires au droit d'auteur. Donc ils ne peuvent pas lui porter atteinte. De plus, les entreprises de communication audiovisuelle peuvent également être contraintes à donner des copies de leurs émissions à des fins de procédures judiciaires, notamment sur requête du procureur de la République.

Enfin, s'agissant toujours des prérogatives des entreprises de communication audiovisuelle, elles ont le droit de céder leurs droits ou d'en faire l'objet d'une licence, c'est-à-dire d'autoriser une autre personne à utiliser le programme contre rémunération et à des conditions convenues d'un commun accord. L'ordonnance n° 92-039 du 14 septembre 1992 sur la communication audiovisuelle dispose que les vidéogrammes vendus, distribués, loués ou cédés pour la reproduction doivent porter le nom ou la marque de l'auteur et du concessionnaire du droit de reproduction, ainsi que la mention de l'année de la création.

d/ Les sanctions des violations des droits voisins

L'article 143 de la loi n° 94-036 prévoit que : *« Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie et toute autre production relevant des droits voisins comme les vidéogrammes et phonogrammes au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs aux titulaires de droit voisin est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit ».*

Est également un délit de contrefaçon toute exploitation, par quelque moyen que ce soit, d'un objet protégé par les droits voisins en violation de ceux-ci. Tout litige sera porté devant le Tribunal civil ou la juridiction répressive territorialement compétente. De même que pour le droit d'auteur, l'OMDA peut ester en justice pour la défense des intérêts dont il a la charge. Les sanctions et procédures sont également les mêmes⁴¹, à savoir la saisie-arrêt et la saisie-contrefaçon, ainsi que les peines d'amende et d'emprisonnement.

En effet, la violation des droits voisins est punie d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et/ou d'une amende de 20 000 à 2 000 000 Ariary. Leur

⁴¹ Voir *supra* Les limitations et les sanctions des violations des droits d'auteur.

exportation et leur importation sont punies des mêmes peines. La peine sera de deux à cinq ans d'emprisonnement et/ou d'une amende 200 000 à 4 000 000 Ariary si le coupable s'est livré habituellement à ces actes, et en cas de récidive, les peines encourues sont portées au double.

En outre, le tribunal pourra ordonner la fermeture de l'établissement exploité par le condamné, à titre définitif ou à titre temporaire. Si cette mesure est prononcée, le personnel doit réserver une indemnité égale à son salaire, augmentée de tous les avantages en nature, pendant la durée de la fermeture, sans excéder six mois. Une indemnité supérieure sera due après licenciement si des conventions collectives ou particulières le prévoient. Les infractions à cette mesure sont punies d'une peine d'emprisonnement d'un mois à six mois et/ou d'une amende de 15 000 à 150 000 Ariary, et le récidiviste encourt le double de ces peines.

De plus, les coupables seront condamnés à la confiscation des recettes procurées par l'infraction, et de tous les phonogrammes, vidéogrammes, objet et exemplaires contrefaisants ou illicites, ainsi que le matériel utilisé à cet effet. Aussi, la partie civile pourra-t-elle ordonner au tribunal de publier l'extrait ou l'intégral des jugements de condamnation dans les journaux qu'elle désignera, et ordonner leur affichage dans les lieux qu'elle indiquera, le tout aux frais des condamnés. Toutefois ces frais ne pourront pas excéder le montant maximum de l'amende encourue. C'est le tribunal qui fixera la dimension de l'affiche et les caractères typographiques à employer pour son impression, ainsi que la durée de l'affichage, qui ne peut dépasser quinze jours. La suppression, la dissimulation ou la lacération totale ou partielle des affiches sera punie d'une amende de 1 000 à 3 000 Ariary, et la récidive est sanctionnée d'une amende de 4 000 à 20 000 Ariary et un emprisonnement de onze jours à un mois pourra être prononcé. Si ces actes ont été opérés volontairement par le condamné, à son instigation ou sur ses ordres, le dernier alinéa de l'article 148 de la loi n° 94-036 prévoit qu'« *il sera procédé de nouveau à l'exécution intégrale des dispositions de jugements relatives à l'affichage aux frais du condamné.* »

Dans tous ces cas, le matériel et les recettes confisqués seront remis à la victime ou à ses ayants droit à titre d'indemnisation, et le surplus de leur indemnité sera réglé par les voies ordinaires. S'il n'y a pas confiscation, l'indemnisation sera également réglée par les voies ordinaires. Les objets contrefaisants seront détruits publiquement, et si une peine d'amende est prononcée pour ces infractions, les juges doivent en même temps prononcer une peine d'emprisonnement qui se substitue à l'amende, en cas de non-paiement de celle-ci.

3/ Les conventions internationales dans le domaine des droits voisins

Les droits voisins font l'objet d'une harmonisation internationale depuis la signature de la Convention de Rome de 1961. Nous analyserons ici les conventions internationales qui renferment des dispositions sur les droits voisins.

a/ La Convention de Rome

La Convention de Rome a défini les normes de la protection des droits voisins à un moment où très peu de pays disposaient de règles juridiques efficaces pour protéger les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, et les organismes de radiodiffusion. Toutefois, le nombre d'adhérents à la convention s'accroît et son influence sur l'évolution des législations nationales est importante : depuis 1961, de nombreux pays ont légiféré sur la protection des droits voisins⁴².

Premièrement, la Convention de Rome pose le principe d'assimilation ou traitement national pour les titulaires de droits voisins. S'agissant des organismes de radiodiffusion, il s'agit du « *traitement que l'État contractant sur le territoire duquel la protection est demandée leur accorde, en vertu de sa législation nationale, pour les émissions radiodiffusées par des émetteurs situés sur ce territoire* » (article 2 alinéa 1 de la Convention).

Toutefois, la Convention de Rome soumet le bénéfice de ce traitement à certaines conditions qui constituent les critères de rattachement :

- L'exécution de l'artiste interprète ou exécutant est protégée si elle a eu lieu dans un autre État contractant, ou si elle a été enregistrée sur un phonogramme protégé.
- Le phonogramme est protégé si son producteur est le ressortissant d'un autre État contractant (critère de la nationalité), ou si la première fixation du son y a été réalisée (critère de la fixation) ou enfin, si le phonogramme y a été publié pour la première fois (critère de la publication). En cas de publication simultanée dans un État non contractant et dans un État contractant, le phonogramme sera considéré comme ayant été publié pour la première fois dans l'État contractant si la publication est faite dans les trente jours suivants la première.
- L'émission est protégée si le siège social de l'organisme de radiodiffusion est situé dans un autre État contractant, ou si l'émission a été diffusée par un émetteur situé sur le territoire d'un autre État contractant.

Ces critères dépendent des États contractants, lesquels peuvent notifier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, pour lesquels ils ont choisi de ne pas opter. Par ailleurs, en ce qui concerne les droits accordés : pour les artistes-interprètes ou exécutants, la Convention de Rome donne une liste des opérations nécessitant l'autorisation de ces derniers. Pour les producteurs de phonogrammes, elle leur reconnaît le droit de reproduction et définit les

⁴² Voir le lien http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty_id=17 : quatre-vingt-douze États ont depuis adhéré à la Convention de Rome de 1961.

éventuelles formalités pour la protection des phonogrammes⁴³. Pour les organismes de radiodiffusion, elle leur reconnaît une protection minima contre la réémission, la fixation, la reproduction ou la communication au public de leurs émissions de télévision sans leur consentement ; et ce, pour une durée minimum de vingt ans.

Enfin, la Convention de Rome institue la rémunération équitable pour les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs, en contrepartie d'utilisations secondaires des phonogrammes. Puis, elle prévoit des limitations ou exceptions aux droits voisins, notamment pour l'utilisation privée, l'utilisation de courts fragments à l'occasion du compte-rendu d'un évènement d'actualité, l'utilisation à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique, et en cas de fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres émissions.

b/ Les Conventions spéciales

Outre la Convention de Rome, des dispositions sur les droits voisins sont contenues dans d'autres conventions internationales, lesquelles peuvent conférer des droits plus étendus qui ne lui sont pas contraires. À ce titre, la Convention phonogrammes et la Convention satellite sont parfois désignées sous le nom de « conventions spéciales » :

• La Convention phonogrammes

Il s'agit de la Convention de Genève du 29 octobre 1971 à laquelle soixante-dix-huit États ont adhéré jusqu'à aujourd'hui⁴⁴. Elle a pour but de lutter contre la piraterie des phonogrammes aux moyens de la protection par le droit d'auteur, un droit spécifique sur les droits voisins, la concurrence déloyale, ou encore le Droit pénal ; et ce, au choix de l'État contractant. Néanmoins, elle ne doit pas porter atteinte aux droits voisins reconnus par les législations nationales et la Convention de Rome de 1961.

Plus précisément, elle prévoit l'obligation pour chaque État contractant de protéger un producteur de phonogrammes qui est ressortissant d'un autre État contractant contre la production de copies faite sans le consentement de ce producteur, contre l'importation de telles copies, lorsque la production ou l'importation est destinée à une distribution au public, et contre la distribution de ces copies au public. Cependant, alors que la Convention de Rome est fondée sur le principe du traitement national, les conventions spéciales ne font qu'obliger les États à assurer une protection contre certains actes illicites précis. Ainsi, les pays ne sont pas tenus d'accorder les mêmes droits aux titulaires de droits étrangers.

⁴³ Voir l'article 11 de la Convention de Rome de 1961.

⁴⁴ Voir le lien http://www.wipo.int/treaties/fr/StatsResults.jsp?treaty_id=18&lang=fr.

Pour ce qui est des ressemblances, la Convention phonogrammes définit également le « phonogramme » comme une fixation exclusivement sonore, quelle que soit sa forme. Cela signifie que le phonogramme ne comprend pas, par exemple, la piste sonore des films. Elle doit avoir une durée d'au moins vingt ans à partir de la première fixation ou publication du phonogramme. La Convention permet les mêmes limitations que celles admises en matière de protection des auteurs⁴⁵, ainsi que l'octroi de licences obligatoires si la reproduction est destinée à l'enseignement ou la recherche scientifique, limitée au territoire de l'État contractant et donne droit à une rémunération équitable.

- **La Convention satellite**

La Convention satellite est la Convention de Bruxelles du 21 mai 1974 sur la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite. Elle a été élaborée pour faire face à la prolifération, depuis 1965 environ, des satellites dans les télécommunications internationales. À l'instar de la Convention phonogrammes, c'est une convention ouverte à tous les États membres de l'ONU ou d'une institution des Nations Unies, et dont trente-sept États en sont aujourd'hui parties contractantes⁴⁶. Elle n'institue ni union, ni organe directeur quelconque, ni budget ; et a pour objet la protection des signaux émis vers un satellite. En effet, elle prévoit en son article 2, l'obligation pour chaque État contractant de prendre les mesures adéquates pour faire obstacle à la distribution non autorisée sur son territoire ou à partir de son territoire, de tout signal porteur de programmes qui est transmis par satellite. La distribution est considérée comme non autorisée si elle n'a pas été consentie par l'organisme de radiodiffusion qui décide de quoi le programme se compose. De plus, elle admet certaines limitations dont la distribution de signaux portant de courts extraits du programme porté par les signaux émis, pour des comptes-rendus d'événements d'actualité ou à titre de citations, ou, dans le cas des pays en développement, si ce programme est distribué uniquement à des fins d'enseignement (y compris celui des adultes) ou de recherches scientifiques.

Cependant, la Convention n'établit pas une durée de protection, laissant ce soin à la législation nationale, et ses dispositions ne sont pas applicables quand la distribution des signaux est faite à partir d'un satellite de radiodiffusion directe. La Convention n'octroie aucun droit de propriété intellectuelle : il a été convenu, au cours de son processus de négociation, que la Convention réglerait les transmissions par satellite en obligeant les États contractants à respecter les normes réglementaires au lieu d'accorder aux auteurs et aux organismes de radiodiffusion des droits privés visant à interdire la transmission non autorisée de signaux par satellite. Il en résulte que les organismes de radiodiffusion ne peuvent disposer des

⁴⁵ Voir *infra* Limitations des droits d'auteur et le chapitre III du titre II sur les Droits des auteurs de la loi n° 94-036 portant sur la propriété littéraire et artistique.

⁴⁶ Voir le lien http://www.wipo.int/treaties/fr/StatsResults.jsp?treaty_id=19&lang=fr.

moyens rapides et efficaces traditionnellement offerts aux titulaires des droits de propriété intellectuelle pour défendre leurs signaux porteurs de programmes.

b/ L'Accord sur les ADPIC

L'accord de l'OMC⁴⁷ sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), du 15 avril 1994, a été négocié au cours du Cycle d'Uruguay⁴⁸ qui s'est tenu de 1986 à 1994. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1995, et a introduit pour la première fois des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commercial international. En effet, il a pour objet d'établir des normes de protection applicables à toute une gamme de droits de propriété intellectuelle dans les pays signataires et à leurs frontières. Il est régi par des principes fondamentaux que sont le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, et la protection équilibrée qui veut que l'innovation technique et le transfert de technologie résultant de la protection de la propriété intellectuelle profitent aussi bien aux producteurs qu'aux utilisateurs. Ses dispositions générales portent sur les questions suivantes⁴⁹ :

- Application des principes fondamentaux du système commercial et des autres accords internationaux sur la propriété intellectuelle ;
- Protection adéquate des droits de propriété intellectuelle ;
- Respect des droits sur les territoires des pays ;
- Règlement des différends sur la propriété intellectuelle entre les membres de l'OMC ;
- Arrangements transitoires spéciaux appliqués pendant la période de mise en place du nouveau système.

Pour ce qui est relatif aux droits voisins, l'article 14 de l'Accord prévoit expressément la protection des artistes interprètes ou exécutants, des organismes de radiodiffusion et des producteurs de phonogrammes. Ainsi, ces derniers doivent avoir le droit d'interdire (et non d'autoriser⁵⁰) la location commerciale de leurs œuvres au public, et le droit d'empêcher leur reproduction non autorisée pendant cinquante ans. Un droit exclusif similaire s'applique aux œuvres cinématographiques. Quant aux artistes interprètes ou exécutants, ils auront la possibilité d'empêcher pendant au moins cinquante ans l'enregistrement, la

⁴⁷ Madagascar est membre de l'OMC depuis le 17 novembre 1995.

⁴⁸ L'OMC ou Organisation mondiale du Commerce a été créée le 1er janvier 1995 à l'issue du cycle d'Uruguay pour succéder à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). L'accord sur les ADPIC est annexé à l'accord instituant l'OMC.

⁴⁹ Voir le lien http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm.

⁵⁰ Les droits « *visant à empêcher ou à interdire* » confèrent une forme de protection, mais ne permettent aucune exploitation ni concession de licence.

reproduction et la diffusion non autorisés de leurs prestations en direct. Ils auront également la possibilité d'empêcher la radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leur exécution directe. L'accord prévoit aussi que les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire la fixation, sa reproduction et la réémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision (mais pas d'émissions radiophoniques). Mais la teneur de l'article 14 alinéa 3⁵¹ montre que son apport est négligeable. En effet, l'Accord n'exige pas de ses membres qu'ils créent des droits voisins au profit des organismes de radiodiffusion.

II.- L'inobservation des droits voisins et du droit d'auteur au cœur des entreprises de communication audiovisuelle malgaches

Cette partie dessinera les réalités au sein des entreprises de communication audiovisuelle malgaches en ce qui a trait au respect de la propriété intellectuelle dans la diffusion de leurs émissions et programmes. Ces réalités seront confrontées aux règles étudiées précédemment afin d'en déduire s'il existe ou non de contrefaçons au cœur des entreprises de communication audiovisuelle. Enfin, nous établirons les conséquences des problèmes relevés afin d'en tirer des solutions et des recommandations.

A.- Les contrefaçons masquées au sein du secteur audiovisuel

Il est souvent des cas où la loi – justement parce qu'elle est respectée – entraîne des iniquités voire des abus. Le secteur audiovisuel malgache illustre bien ce propos. Dans cette partie, nous allons découvrir que la contrefaçon est masquée au sein de ce secteur, sinon que les autorités compétentes font preuve de beaucoup de laxisme à l'égard de stations de télévision. Mais au préalable, il convient d'étudier ce qu'on entend par contrefaçon.

⁵¹ Voir l'article 14 alinéa 3 de l'Accord sur les ADPIC : « *les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la fixation, la reproduction de fixations et la réémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision. Dans les cas où les Membres n'accorderont pas de tels droits à des organismes de radiodiffusion, ils donneront aux titulaires du droit d'auteur sur le contenu d'émissions la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne (1971).* »

1/ La contrefaçon

La contrefaçon est prévue par la loi n° 94-036 sur la propriété littéraire et artistique⁵², mais elle trouve également sa définition juridique dans le Code pénal malgache mis à jour au 31 mars 2005.

a/ Le délit de contrefaçon

Rappelons que l'auteur dispose de droits moraux et patrimoniaux, et que les titulaires de droits voisins, suivant le cas, disposent des mêmes droits ou uniquement de droits patrimoniaux. D'une manière générale, tout acte qui ne respecterait pas les attributs de ces droits est constitutif de la contrefaçon.

Outre la reproduction, l'exécution publique ou la représentation illicites comme actes constitutifs de contrefaçon, tels que relevés dans la loi n° 94-036, l'alinéa 1^{er} de l'article 425 du Code pénal malgache dispose clairement que : *« Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit »*. À cela s'ajoute la définition de l'article 426 selon lequel un délit de contrefaçon est également : *« toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »*

En outre, dans le secteur audiovisuel, les pratiques qui relèvent de la contrefaçon sont la reproduction et la diffusion d'une émission ou d'un programme sans l'autorisation des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins, ainsi que la déformation, la mutilation ou toute autre modification de l'émission ou du programme. De même, toute utilisation d'une émission ou d'un programme qui ne respecterait pas les stipulations contractuelles d'un contrat de cession de droits d'auteur est constitutive de contrefaçon. Précisément, la contrefaçon recouvre des pratiques aussi diverses que :

- l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle au-delà de la durée des droits consentie par l'auteur ou l'ayant droit ;
- l'exploitation de l'œuvre dans un territoire non concédé par l'auteur ou l'ayant droit ;
- l'exploitation d'une œuvre sans payer la rémunération de l'auteur ;
- l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle sans mettre le nom de l'auteur au générique ;

⁵² Voir le titre III (procédures et sanctions) du livre III (dispositions générales) de la loi n° 94-036 sur la propriété littéraire et artistique.

- l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle dont le montage a été modifié par le producteur après livraison de l'œuvre, sans le consentement de l'auteur ;
- l'utilisation d'un extrait d'une œuvre dans une autre, sans autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit, etc.

Le délit de contrefaçon est sanctionné, sur le territoire malgache, par la confiscation, aux fins d'indemnisation, des recettes et des matériels utilisés pour l'exploitation non autorisée, ainsi que par une amende de 72 000 à 3 600 000 Ariary en ce qui concerne les ouvrages publiés à Madagascar ou à l'étranger. Leur exportation ou leur importation est punie des mêmes peines. S'il est établi que le coupable s'y est livré habituellement, la peine encourue sera un emprisonnement de trois mois à deux ans avec 160 000 à 6 000 000 Ariary d'amende ; et la récidive pourra entraîner la fermeture temporaire ou définitive des établissements exploités. De plus, à l'instar des sanctions relatives à la violation des droits voisins⁵³, la partie civile pourra demander la publication intégrale ou partielle des jugements de condamnation, dans les mêmes conditions.

b/ Rapprochement avec le plagiat et le piratage

À la différence de la contrefaçon, le plagiat n'a pas de statut clair. En effet, elle est définie dans le dictionnaire Larousse électronique⁵⁴ comme suit : « *Acte de quelqu'un qui, dans le domaine artistique ou littéraire, donne pour sien ce qu'il a pris à l'œuvre d'un autre* ». Ou encore « *Ce qui est emprunté, copié, démarqué* ». Eu égard à ces définitions, le plagiat ne se distingue pas du démarquage qui consiste à faire subir au texte original des modifications variées afin qu'il ne soit plus facilement identifiable.

De même, le piratage n'a pas de définition juridique claire. Néanmoins, selon l'auteur Ghislaine Guillotreau, le piratage recouvre « *la duplication non autorisée de sons contenus dans un ou plusieurs enregistrements légitimes*⁵⁵ ». Toutefois, cette définition semble restreinte aux enregistrements sonores. Il convient alors de se référer au vocabulaire de l'audiovisuel et de la communication (liste de termes, expressions et définitions adoptés⁵⁶ où le « film piraté » est défini comme la « *version d'une œuvre cinématographique captée de façon clandestine lors de sa projection en salle* ». Cependant, il se distingue de la « version pirate » qui désigne « *toute copie non autorisée* ».

⁵³ Voir *supra* les sanctions des violations des droits voisins.

⁵⁴ Voir le lien <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/plagiat/61301>.

⁵⁵ G. GUILLOTREAU, *Art et crime : La criminalité du monde artistique, sa répression*, Paris, PUF, 1999, p.120. in F. COLANTONIO, « Piratage et contrefaçon : Approche sociocriminologique des violations au droit d'auteur et aux droits voisins en matière musicale », mémoire en vue de l'obtention du diplôme de licencié en criminologie : Université de Liège, 2000-2001, p. 118.

⁵⁶ Vocabulaire de l'audiovisuel et de la communication (liste de termes, expressions et définitions adoptés), JORF n° 0298 du 23 décembre 2007, p. 20 976, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017735180>.

Les notions de piratage et de contrefaçon semblent ainsi être assimilées, et à l'analyse, il y a forcément actes constitutifs de contrefaçon dès qu'il y a piratage. Dans l'acception générale, notons également que le piratage est l'acte de capter une œuvre illégalement ou de l'exploiter sans l'autorisation de son auteur, tandis que la contrefaçon est seulement entendue comme la reproduction illicite de l'œuvre. Aussi, le piratage est-il une notion qui se rencontre particulièrement en informatique. De même, le plagiat est une notion notamment issue du domaine littéraire, et a une connotation plutôt morale. Il diffère de la contrefaçon en ce qu'il consiste à prétendre être l'auteur original de ce qui n'est qu'une copie alors que la contrefaçon (telle qu'entendue par l'acception générale) consisterait à présenter une copie comme étant l'œuvre de l'auteur copié. Ce serait une pratique illégitime qui dépasse la contrefaçon, car, en plus de reproduire une œuvre et/ou de la déformer, mutiler, modifier sans le consentement de son auteur, celui qui se livre au plagiat prétend être l'auteur de l'œuvre.

Ainsi, il est difficile d'estimer s'il y a plagiat puisque, comme nous le savons, c'est l'expression de l'idée qui est protégeable. En modifiant cette expression de l'œuvre ou précisément, sa forme finale, il sera laborieux de déterminer un plagiat. Notons que chez les Anglo-Saxons, le plagiat peut être assimilé au *missquoting* qui consiste à donner des sources insuffisantes ou manquantes.

De même, le plagiat n'étant prévu ni par la propriété intellectuelle ni par le Code pénal, il en résulte que nous ne pouvons pas définir précisément les actes qui pourraient constituer un plagiat, et qu'il n'est pas sanctionné. Celui qui y aura recours ne sera puni que si le plagiat est un acte constitutif du délit de contrefaçon. À l'analyse, il y a plagiat dès qu'il y a contrefaçon. En effet, lorsqu'il y a plagiat, il y a violation du droit moral en ce que la personne qui plagie prétend posséder la paternité de l'œuvre et/ou porte atteinte à l'intégrité de l'œuvre en la modifiant sans le consentement de son auteur. Il y a également violation des droits patrimoniaux puisqu'en prétendant être l'auteur, cette personne va reproduire et exploiter une œuvre sans l'autorisation du véritable auteur.

c/ Lien avec le parasitisme et la concurrence déloyale

Le parasitisme et la concurrence déloyale peuvent constituer des alternatives à l'action en contrefaçon. En France, les juges sanctionnent le fait de trop s'inspirer d'une émission d'une entreprise de communication audiovisuelle tierce comme un acte de concurrence déloyale et/ou de parasitisme⁵⁷, car cela est susceptible de créer une confusion dans l'esprit de la clientèle.

L'article 7 de la loi malgache n° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la Concurrence, prévoit « *tout agissement non conforme aux usages d'une*

⁵⁷ Cass. 1^{re}, 26 novembre 2013, *Endemol c/ Alj Production*, pourvoi n° 12-27087, inédit.

profession, commerciale ou non, tendant à attirer la clientèle ou à la détourner d'un concurrent » comme constituant un acte de concurrence déloyale. Quant au parasitisme, il est défini par ladite loi comme suit : « *Le parasitisme est tout comportement par lequel une entreprise, sans chercher nécessairement à créer une confusion, se place dans le sillage d'une autre, soit pour exploiter le même type de clientèle, soit pour profiter de sa réputation ou des efforts qu'elle déploie en exploitant une clientèle distincte* »⁵⁸.

La contrefaçon est distincte de la concurrence déloyale et du parasitisme. Rappelons qu'il y a délit de contrefaçon lorsque l'entreprise de communication audiovisuelle reproduit ou diffuse illicitement (sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre) une émission ou un programme de télévision. En revanche, pour la concurrence déloyale, l'acte déloyal commis par l'entreprise doit être caractérisé et doit avoir causé un préjudice. À cet égard, la loi n° 2005-020 sur la concurrence recense comme agissements constitutifs de concurrence déloyale : le dénigrement⁵⁹, la confusion recherchée, la publicité tendant à comparer des biens ou services d'autrui par rapport à ceux d'un autre sous quelque forme que ce soit⁶⁰, et enfin le parasitisme.

Au regard de ce dernier agissement, il y a parasitisme s'il y a exploitation et appropriation du travail d'autrui. Quand l'action en contrefaçon trouve son fondement dans l'exploitation non autorisée d'une œuvre, l'action en parasitisme consiste à poursuivre le détournement des efforts qui ont été nécessaires pour la création de cette œuvre⁶¹.

Précisément, il y a concurrence déloyale et parasitisme lorsqu'une entreprise de communication audiovisuelle produit une émission de télévision trop similaire à une autre émission diffusée sur une chaîne concurrente ; et que cela est de nature à engendrer une confusion dans l'esprit des téléspectateurs et être ainsi à l'origine d'un détournement de ceux-ci, constituant un dommage imminent. Dans l'audiovisuel malgache, la concurrence déloyale existe lorsque les présentateurs ou animateurs d'une émission quittent l'entreprise de communication audiovisuelle et décident de reprendre la même émission sur une autre chaîne de télévision.

⁵⁸ Voir l'article 10 de la loi malgache n° 2005-020 sur la Concurrence.

⁵⁹ *Id.* article 8 : « *Le dénigrement est le comportement consistant à jeter le discrédit sur les produits, le travail ou la personne d'un concurrent.* ».

⁶⁰ *Id.* article 9 précisant que « *la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service, la citation ou la représentation de la raison sociale ou la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne, engage la responsabilité de son auteur si elle n'est pas loyale et véridique et qu'elle est de nature à induire en erreur le consommateur* ».

⁶¹ En France, c'est le Professeur Philippe Le Tourneau qui a proposé de ne pas seulement considérer fautive la reprise de la notoriété d'un signe distinctif, mais de considérer également sa cause, à savoir le détournement de l'effort et/ou de l'investissement qui ont été nécessaires pour rendre le signe notoirement connu (P. LE TOURNEAU, *Le parasitisme, notion, prévention, protection*, 1999, in X. BLANC-JOUVAN [dir.], *RIDC*, vol. 51, n° 3, p. 701-702).

2/ La contrefaçon de la conception d'émissions à la radiodiffusion

Certains émissions et programmes de télévision malgaches sont fortement similaires ou inspirés sur les émissions ou programmes étrangers. C'est le cas, par exemple, de l'émission de divertissement diffusée sur une chaîne de télévision privée malgache, *The one*⁶², qui ressemble trait pour trait à l'émission étrangère *The voice*. Il devrait y avoir contrefaçon ou tout au moins copie des émissions étrangères. Pourtant, le résultat de nos enquêtes a établi qu'au regard des autorités compétentes et des organismes concernés, il n'y a pas contrefaçon. Il convient donc de le vérifier en confrontant les faits avec la législation sur les droits d'auteur et les droits voisins.

a/ La conception d'émissions

L'idée ou le concept de l'émission de télévision n'est pas protégé, le droit d'auteur ne conférant pas de protection aux idées mais à la forme sous laquelle elles sont exprimées⁶³. Une émission n'est protégée que si elle est achevée, fixée et originale. Prenons, par exemple, l'émission « Miss monde » : l'idée d'élire la femme la plus belle parmi différentes candidates venant de plusieurs pays est reprise partout sans problème. Néanmoins, l'agencement des émissions du même concept doit être différent.

En France, la jurisprudence a jugé, le 28 avril 1971, que l'élaboration d'un journal télévisé peut être considérée comme une création en raison des choix, de la sélection des sujets et des plans, de l'assemblage, de la composition, des commentaires et du mode de présentation qui constituent la manifestation de la personnalité⁶⁴. Par ailleurs, le titre de l'émission peut être protégé au même titre que l'œuvre s'il est original. Il peut donc être difficile de définir s'il y a eu acte de contrefaçon ou non, il revient au juge de l'apprécier.

Le principe selon de protection de l'expression de l'idée relève ainsi de la relativité. En conséquence, lorsque les faits sont confrontés à la législation sur la propriété littéraire et artistique, il semble que les émissions ou programmes diffusés par les entreprises de communication audiovisuelle malgaches sont réguliers et conformes aux lois.

En effet, à Madagascar, les émissions que le public pourrait voir comme la contrefaçon d'émissions étrangères ne le sont pas en réalité. Si une entreprise de

⁶² Émission de divertissement qui a démarré sur une chaîne de télévision malgache le samedi 28 juillet 2012. Au début, cette émission fut intitulée « *One voice* » avant d'adopter finalement le nom « *The one* ».

⁶³ Voir *supra* Les principes généraux d'admission de la protection de l'œuvre

⁶⁴ B. ADER, *La cession des droits d'auteur des journalistes*, in LEGICOM 1997/2, Paris, Victoires, n° 14, P. 35-41 ; voir le lien http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=63 relatif au jugement du 16 novembre 2001 rendu par le TGI de Strasbourg, 2^e ch. Com.

communication audiovisuelle diffuse une émission de divertissement qui consiste à faire évaluer des apprentis chanteurs par un jury, une émission basée sur le même concept peut être librement réalisée par une autre entreprise de communication audiovisuelle. Il suffit que ces émissions soient originales. Cette originalité va poser son empreinte sur l'émission en elle-même et non sur son concept. Autrement dit, pour être protégée et être licite, l'émission doit avoir un titre original et être structurée autrement. En France, dans l'arrêt *Sté Endemol c/Sté Alj Productions*, du 26 novembre 2013⁶⁵, la Cour de cassation n'a pas retenu certaines caractéristiques générales structurant l'émission, mais elle a tenu compte de l'existence d'une marque de fabrique ou d'une spécificité d'ensemble particulière à l'émission, ainsi que de la réalisation d'investissements financiers et intellectuels pour la création de celle-ci.

Dans la même perspective, l'OMDA considère que dès qu'une émission porte un titre différent et semble être structurée différemment, elle ne viole aucun droit d'auteur. Ainsi, *The one* ne serait pas une contrefaçon de *The voice* puisque les titres sont différents, le concept est libre, et les caractéristiques générales de l'émission ne sont pas le monopole de la chaîne Télévision française 1 (TF1) ou du producteur *Shine France*. Or, à l'analyse, cette émission est structurée exactement de la même façon que l'émission étrangère : des auditions à l'aveugle, un jury de quatre chanteurs connus, des coachings, des *battles*, etc. Certes, l'émission est reprise dans trente autres États, mais contrairement à la chaîne de télévision qui la diffuse, ces derniers ont probablement obtenu à cet égard des droits. Y a-t-il alors lieu de dire que les autorités malgaches sont très permissives à ce propos ?

Outre l'émission *The one*, il existe depuis plusieurs années, une succession d'émissions malgaches très similaires aux émissions étrangères, et dont la production coïncide hasardeusement avec la diffusion de ces émissions étrangères. À titre d'exemple, il y a eu *Pazzapa* qui est une émission musicale assimilable à l'émission française *Star Academy* ; puis, *Voxpop* qui rappelle l'émission française *Popstars* du fait notamment de leur nom et du principe directif des deux émissions qui consiste à mettre en scène des groupes de musique devant un public. Il y a également l'émission malgache *Izy m'tsam*, lancée le 14 février 2011 sur une chaîne de télévision privée malgache, et qui met en scène de façon humoristique la vie quotidienne d'un couple joué par des acteurs malgaches. Elle est sans conteste très similaire à la série française « Un gars, une fille » lancée le 11 octobre 1999 et interprétée par Alexandra Lamy et Jean Dujardin, diffusée sur France 2 puis rediffusée sur plusieurs chaînes⁶⁶. En effet, qu'il s'agisse des personnages principaux, du fait qu'on leur attribue des surnoms typiques aux couples, de certains scénarios, du générique, ou encore de la structure spécifique de l'émission que sont : la suite de *sketches* pour chaque épisode, les réflexions des personnages ponctuées de notes de musique suivant leur type de pensée (à savoir bonne ou

⁶⁵ Cass. 1^{re}, 26 novembre 2013, *Endemol c/Alj Production*, pourvoi n° 12-27087, inédit.

⁶⁶ Les chaînes France 4, M6, Téva, Paris première, 6ter, TF6, et Série Club.

mauvaise), les transitions entre les sketches qui se font au moyen de virgules musicales rappelant le générique, etc.

Les résultats de notre documentation et de nos enquêtes nous ont permis d'établir que les entreprises de communication audiovisuelle malgaches qui produisent et diffusent ces émissions similaires aux émissions étrangères n'ont obtenu aucun droit à cet égard. Il y a visiblement des actes de contrefaçon, mais qui ne sont pas réprimés par les autorités compétentes. De plus, rares sont les cas où les entreprises de communication audiovisuelle étrangères qui ont été lésées dans leurs droits sont informées de tels actes. De ce fait, elles n'agissent pas. Or, il convient de signaler que ces émissions sont généralement des œuvres dont les auteurs sont protégés par la Convention de Berne à laquelle a adhéré Madagascar.

b/ La diffusion et la réémission de programmes

Rappelons que l'entreprise de communication audiovisuelle a le droit de fixer, de diffuser, de reproduire, de communiquer au public un programme de télévision, et d'autoriser ou non une autre personne pour les mêmes actes. Outre les émissions qui sont conçues au sein de l'entreprise ou qui font l'objet d'un contrat de consultance, il y a des émissions notamment étrangères qui sont exploitées par celle-ci dans le cadre de ses programmes. La diffusion de l'enregistrement de ces émissions requiert l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle (étrangère ou nationale) qui détient le droit d'autoriser leur retransmission au public. Cependant, une telle autorisation ne sera pas nécessaire si l'émission n'est plus protégée du fait de l'expiration de la durée de sa protection, ou s'il s'agit de la diffusion d'un court extrait de l'émission, limité à l'indispensable et justifié par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'émission de l'entreprise de communication audiovisuelle malgache à laquelle il est incorporé.

À Madagascar, certaines entreprises de communication audiovisuelle obtiennent au préalable l'autorisation de diffuser les émissions étrangères sur leurs chaînes, mais il existe également plusieurs entreprises de communication audiovisuelle qui passent outre cette autorisation. Parfois, celles-ci prennent contact avec les stations de télévision étrangères, mais n'obtiennent pas de réponse. Ces entreprises ne sont pas réprimées, et cette dernière explication provient d'ailleurs des dires de l'OMDA.

D'autre part, les droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle sont nés de la nécessité de protéger ceux qui contribuent à la communication d'une œuvre. Elles permettent donc la représentation des œuvres par leur radiodiffusion. Ces œuvres sont souvent de la catégorie des œuvres théâtrales et musicales⁶⁷. La diffusion de ces œuvres fait l'objet d'un accord entre

⁶⁷ Voir *supra* Les catégories d'œuvres protégées.

l'entreprise de communication audiovisuelle et les auteurs. C'est ce qui nous amène à parler de la captation, laquelle consiste à enregistrer un spectacle tel qu'il a été conçu afin d'être représenté devant un public présent ou non lors de cette captation, que la captation ait lieu ou non à l'endroit où le spectacle a été ou sera présenté. La captation peut être sonore (diffusion radiophonique) ou audiovisuelle, et son exploitation peut être commerciale et/ou à titre d'information via une chaîne de télévision. La captation audiovisuelle obéit au régime juridique de l'œuvre audiovisuelle. C'est donc une œuvre de collaboration qui implique entre autres les auteurs du spectacle, l'entreprise de communication audiovisuelle et/ou le producteur. En effet, généralement, l'entreprise de communication audiovisuelle produit elle-même l'œuvre de captation. Un contrat de production audiovisuelle doit être alors conclu entre les auteurs du spectacle et cette entreprise. Si le producteur et le diffuseur sont des personnes différentes, un autre contrat doit être conclu entre l'entreprise de communication audiovisuelle et le producteur audiovisuel ayant obtenu préalablement l'ensemble des autorisations nécessaires auprès des auteurs du spectacle. À Madagascar, il n'y a pas violation des droits voisins sur cet aspect.

3/ La diffusion de publicités, clips, films et séries télévisées

Les publicités sont des œuvres audiovisuelles qui comprennent plusieurs droits de propriété intellectuelle en ce qu'elles incluent un produit protégé par la propriété industrielle, des images, des sons ou des œuvres musicales protégés par un droit d'auteur et des droits voisins. L'entreprise de communication audiovisuelle n'est concernée que par le droit voisin. Si des droits d'auteur sont violés, elle n'en sera pas tenue responsable, car cette responsabilité reviendra à celui qui aura réalisé cette publicité.

Outre les publicités, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches diffusent des œuvres cinématographiques qui comprennent les films et les séries, ainsi que d'autres œuvres artistiques que sont les clips musicaux. L'article 59 de l'ordonnance n° 92-039 sur la communication audiovisuelle dispose que « *toute projection et toute diffusion publiques, gratuites ou onéreuses, de vidéogrammes ou de film, donnent lieu à paiement des droits d'auteur et des droits voisins aux personnes titulaires ou cessionnaires de ces droits* ».

Ainsi, la diffusion de ces œuvres est soumise à autorisation, mais les entreprises de communication audiovisuelle ne peuvent demander préalablement cette autorisation auprès de chaque artiste, ou chaque producteur ou autres éventuels titulaires de droit d'auteur ; et ces derniers ne peuvent percevoir les droits d'auteur qui leur sont dus auprès de chaque utilisateur. D'où les sociétés de gestion des droits d'auteur.

a/ Le paiement de droits auprès de l'Office Malagasy du droit d'auteur (OMDA)

L'article 63 de l'ordonnance n° 92-039 prévoit l'institution d'«*une redevance pour droit d'usage des postes-émetteurs et des postes-récepteurs de radiodiffusion et de télévision, des appareils d'enregistrement et de reproduction des images et de son en télévision, des appareils d'enregistrement et de reproduction de son, des antennes paraboliques*». En effet, les entreprises de communication audiovisuelle paient chaque année une redevance à l'OMDA qui les perçoit et les redistribue aux bénéficiaires ou ayants droit.

L'OMDA, institué par le décret n° 84-389 du 13 novembre 1984, est chargé de la perception et la répartition des droits, ainsi que de la défense des intérêts matériels des auteurs et des titulaires de droits voisins. C'est un établissement public à caractère administratif, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, et dont le siège est fixé à Antananarivo. Son administration est assurée par un conseil d'administration et un directeur. L'OMDA pour but principal de protéger et défendre les intérêts matériels et moraux des auteurs ou leurs ayants droit en ce qui concerne l'utilisation de leurs œuvres scientifiques. Il doit contribuer à la promotion du développement artistique et culturel se rapportant à la propriété littéraire et artistique, et à la valorisation du patrimoine culturel malgache. De plus, il a une fonction administrative sur les œuvres protégées sur le territoire malgache ou à l'étranger. Ses fonctions consistent alors à représenter les auteurs et leurs ayants droit, à prendre les mesures nécessaires pour empêcher toute infraction et pour rétablir ces derniers dans les droits dont ils ont été dépouillés. Il a également pour tâches de recevoir et enregistrer les déclarations des auteurs ou ayants droit sur les œuvres et d'établir des formules types de contrats avec les utilisateurs d'œuvres protégées ou avec leurs organismes représentatifs.

La redevance perçue par l'OMDA comprend la rémunération de l'utilisation des œuvres d'auteurs nationaux et étrangers. Plus concrètement, une entreprise de communication audiovisuelle peut, par exemple, diffuser des clips musicaux sans avoir à demander au préalable, pour chaque clip, une autorisation à chaque éventuel titulaire de droits d'auteurs sur ce clip. Elle doit juste payer globalement une somme d'argent à l'OMDA qui se charge de représenter les intérêts de ces titulaires de droits d'auteur en percevant l'argent et en les distribuant à ces derniers. Cependant, ils doivent avoir adhéré à l'OMDA et le cas échéant, l'Office garde de côté la rémunération qui leur est due. Pour adhérer à l'OMDA, ceux-ci doivent se présenter à son siège et remplir la fiche d'adhésion.

Cette redevance serait onéreuse pour les stations de télévision⁶⁸. Alors certaines d'entre elles organisent ce qu'elles appellent des «*matraquages*» qui

⁶⁸ Les droits d'auteur relevant des clips musicaux reviendraient à plus de 100 millions d'Ariary pour la télévision TV plus Madagascar.

consistent en des émissions destinées à répondre aux demandes de l'audimat en matière de clips musicaux. Chaque demande de diffusion d'un clip coûte une certaine somme d'argent. Pour TV plus Madagascar, l'émission s'appelle « *Miandry vazo* » et le coût est de 5000 Ariary par clip. À raison d'une heure de matraquage par jour pour à peu près trois minutes par clip, l'entreprise gagnerait à cet effet 100 000 Ariary par jour. En termes de droit, cette activité pourrait se traduire par l'utilisation de l'entreprise de communication audiovisuelle de l'autorisation pour la représentation au public des œuvres par la radiodiffusion, autorisation obtenue des auteurs via l'OMDA, contre la redevance susmentionnée. Le paiement des redevances auprès de l'OMDA est donc bien respecté par les entreprises de communication audiovisuelle à Madagascar.

b/ Le paiement de droits auprès d'entreprises étrangères

Outre les redevances qu'elles paient à l'OMDA, certaines entreprises de communication audiovisuelle paient des droits auprès d'entreprises étrangères. En effet, elles conviennent avec des entreprises de communication audiovisuelle étrangères sur certains de leurs programmes afin qu'ils soient retransmis sur le territoire malgache à travers les chaînes de télévision malgaches. C'est le cas par exemple de TV plus Madagascar qui a un partenariat avec France 24 pour la retransmission de leurs journaux télévisés sur sa chaîne TV. De même, pour les séries étrangères, celle-ci a un partenariat avec Côte Ouest⁶⁹. Quant aux autres entreprises de communication audiovisuelle, certaines⁷⁰ disent négocier des contrats verbaux, voire non formels, avec des entreprises de communication audiovisuelle étrangères pour l'utilisation de leurs émissions de télévision, notamment des journaux télévisés.

En ce qui concerne le doublage et le sous-titrage de films ou de journaux télévisés en langue malgache, de telles opérations nécessitent obligatoirement une autorisation de la part des titulaires de droits d'auteur des œuvres originales. Les films ou journaux télévisés qui en résultent deviennent ensuite des œuvres dérivées qui seront également protégées par le droit d'auteur. Les sous-titres ou les doublages de films en malgache sont réalisés par une société de production audiovisuelle et cinématographique qui est généralement différente de l'entreprise de communication audiovisuelle, laquelle détient juste le droit de diffuser ces œuvres. En revanche, s'il s'agit de journaux télévisés, c'est généralement l'entreprise de communication audiovisuelle qui se charge de telles opérations. En

⁶⁹ « CÔTÉ OUEST AUDIOVISUEL est un groupe indépendant, leader de la distribution de droits audiovisuels en Afrique. CÔTE OUEST, dispose de bureaux à Abidjan (Côte d'Ivoire), à Casablanca (Maroc) et à Ébène (Ile Maurice). CÔTÉ OUEST distribue annuellement à environ 150 chaînes de télévision, réparties sur 75 marchés une moyenne de 16 000 heures de programmes, principalement des feuilletons et *telenovelas*, des films, des séries et des animations » (voir le lien <http://www.coteouest.tv/blog/>).

⁷⁰ Ces entreprises de communication audiovisuelle ne sont pas citées, car elles préfèrent rester anonymes.

cas de violation de droits d'auteur, elle sera donc responsable tandis que pour les films, c'est la société de production qui sera remise en cause. Pour les entreprises de communication audiovisuelle malgaches ayant obtenu des accords avec des entreprises étrangères sur leurs programmes, aucun problème ne se pose pour ces opérations. Elles doivent juste faire l'objet de contrats détaillés pour chaque opération envisagée. Cependant, pour les entreprises malgaches n'ayant pas demandé cette autorisation, il s'agira d'une atteinte aux droits d'auteur et aux droits voisins de l'entreprise étrangère. Or, ce dernier cas est fréquent, car certaines stations de télévision malgaches ne demandent pas d'accord pour rediffuser les journaux télévisés produits par des entreprises de communication audiovisuelle étrangères⁷¹.

B.- Analyse des problèmes engendrés par les contrefaçons et les solutions y afférentes

Il y a des actes de contrefaçon évidents au sein des entreprises de communication audiovisuelle malgaches. Or, les autorités compétentes ferment les yeux sur ces actes, et les autorités spécialisées en la matière sont très souples en estimant qu'il n'y en a pas. Analysons, premièrement, à quoi cela est dû.

1/ Les facteurs incitatifs à la contrefaçon

Si la contrefaçon sévit au sein de l'audiovisuel malgache c'est parce qu'il existe de multiples facteurs qui y contribuent. En dehors de la carence en termes de lutte contre la contrefaçon, force est de constater que l'ère numérique et l'insularité du pays y contribuent largement.

a/ Les lacunes de la Commission spéciale à la communication audiovisuelle

La Commission spéciale à la communication audiovisuelle ou CSCA a été instituée en tant qu'organe transitoire de régulation du secteur de l'audiovisuel malgache. Rappelons qu'elle remplace le Haut conseil de l'audiovisuel, lequel n'a jamais existé du fait notamment des lacunes du texte qui l'a institué. Cette instabilité constitue au préalable une faiblesse pour cette commission. En effet, la CSCA – étant pourtant une autorité remplaçante – présente des lacunes.

D'une part, la CSCA est chargée de la régulation, du contrôle et des décisions de sanctions administratives du secteur audiovisuel. Elle joue un rôle important dans le respect de l'éthique et la déontologie, mais pour cela, elle a besoin d'être indépendante. Or, elle a perdu sa légitimité notamment depuis la crise de 2009, car elle semble être utilisée abusivement par le pouvoir exécutif. En

⁷¹ *Id.*

effet, celui-ci semble l'utiliser pour prendre des ordres de suspension et de fermeture de stations, mesures qui sont politiquement motivées⁷².

D'autre part, le texte qui a institué la CSCA ne répond pas aux réalités du secteur. La CSCA devrait être un organe indépendant alors que le fait que le texte ne lui attribue pas une autonomie financière rend son indépendance difficile. En effet, son budget est limité aux contributions de ses membres ainsi qu'aux subventions des institutions étrangères⁷³. De ce fait, ses compétences notamment matérielles sont parfois limitées. À titre d'exemple, ses techniciens et les services qu'elle rend sont réduits et trop centralisés à la ville d'Antananarivo. Du fait de ces faiblesses, la CSCA perd en légitimité et les artistes préfèrent directement contacter les entreprises de communication audiovisuelle afin de solliciter leur faveur pour la diffusion de leurs œuvres. D'ailleurs, en pratique, les entreprises de communication audiovisuelle deviennent réticentes au paiement des droits d'auteur.

b/ L'inexistence d'un Code de communication

Outre les lacunes du cadre structurel, le secteur audiovisuel souffre de l'absence d'un Code de communication pour encadrer la diffusion de ses programmes. Le Code de la communication a été rédigé depuis 1990 avec loi n° 90-031 du 21 décembre 1990 sur la communication, mais n'a jamais été appliqué. Depuis, le projet d'un nouveau Code n'a de cesse d'être retardé et d'être vain.

Concrètement, en 2009, les travaux de réactualisation du Code s'étaient activés. Dans le calendrier d'exécution de la réactualisation du Code, l'élaboration du projet de texte devait être effectuée au mois de septembre et suivie par des ateliers régionaux et nationaux en octobre et en février 2010. Les travaux auraient dû être finalisés en mars 2010. Aujourd'hui, le nouveau Code de la communication n'existe toujours pas et les patrons des médias regroupés au sein du Groupement des éditeurs de presse d'information et de multimédia de Madagascar (Gepimm) n'ont pas voulu assister au dernier atelier sur la réappropriation de la réactualisation du projet, qui s'est déroulé du 22 au 24 juillet 2014 à Antsirabe. De plus, l'attention a été détournée sur le placement de deux

⁷² En mai 2010, les autorités malgaches avaient ordonné à la CSCA de fermer la Radio *Fahazavana* et l'emprisonnement de dix membres de la radio, dont six journalistes, pour atteinte à la sûreté de l'État et incitation à la révolte. En septembre et octobre 2010, quatre-vingts stations audiovisuelles (majoritairement des radios) qui émettaient depuis 2009 ont été également fermées. Fin 2011, face à la pression électorale croissante, la CSCA a multiplié les avertissements et menaces de censure à l'encontre des médias qui avaient critiqué le pouvoir et traité de sujets sensibles. Enfin, le 7 juin 2013, la CSCA a suspendu les autorisations d'une station de télévision appartenant à un candidat présidentiel et ancien vice-premier ministre.

⁷³ En 1997, les tournées d'inspection et de formation effectuées par la CSCA étaient entre autres financées par les États-Unis. En 2000, elle fonctionnait au moyen de ressources propres.

journalistes du quotidien national « Madagascar Matin » sous mandat de dépôt pour diffamation.

c/ Le libre accès aux informations grâce à l'ère numérique et le problème d'insularité de Madagascar

L'ère numérique, particulièrement avec le développement des services Internet, est le premier facteur incitatif à la contrefaçon partout dans le monde. Des informations diverses peuvent y être consultées librement et il est extrêmement difficile d'empêcher quiconque de s'approprier ces informations ou de les exploiter illicitement. De plus, nous retrouvons sur la toile moult images, textes et sons, dont des livres, des chansons, des dessins ; soit des œuvres littéraires, artistiques, musicales et théâtrales, et même des logiciels. Le plus souvent, l'accès à ces œuvres est libre et gratuit, et le cas échéant, il existe toujours un moyen de contourner les barrières qui empêchent ou limitent leur accès⁷⁴.

Théoriquement, ces œuvres sont protégées par des droits d'auteur ou par le *copyright*⁷⁵ quand il y est apposé le symbole © et qu'il est fait mention expresse de l'existence de droits d'auteur sur ces œuvres. Cependant, ce formalisme ne peut empêcher matériellement une personne de ne pas respecter de tels droits. À titre d'illustration, une personne publie une image sur un site en précisant que l'utilisation de cette image par une autre personne doit faire l'objet d'une autorisation préalable. En principe, cette image est automatiquement protégée par le droit d'auteur (à condition néanmoins d'être originale) et la mention ne fait que renforcer sa protection. Mais cela ne pourrait empêcher une autre personne d'enregistrer l'image ou de la copier puis de la réutiliser sur son propre site en omettant sa source, en prétendant qu'elle est l'auteur de l'image, en exploitant l'image ou encore, en la modifiant à sa guise.

Certes, l'auteur peut demander à cette personne de retirer l'image et peut porter l'affaire devant la justice, mais souvent l'auteur n'est pas informé de cette utilisation ou exploitation illicite, et il devient donc difficile d'arrêter la contrefaçon. Ainsi, durant notre enquête il a été établi qu'une entreprise de communication audiovisuelle privée malgache a été mise en demeure plusieurs fois par diverses chaînes françaises pour avoir retransmis sur sa chaîne des journaux télévisés provenant de ces chaînes sans leur autorisation. Ces dernières en ont été informées en découvrant les journaux télévisés sur Internet. Mais le fait que les auteurs de l'œuvre originale ne soient pas souvent au courant de l'acte de contrefaçon est notamment exacerbé par l'insularité de certains pays.

⁷⁴ Leur accès peut être entravé par des mesures dites « mesures techniques de protection » (MTP) qui consistent à contrôler l'utilisation qui est faite des œuvres numériques. Ces dispositifs peuvent s'appliquer à tous types de supports numériques physiques (comme les disques ou les logiciels) ou de transmission (télédiffusion, services Internet, etc.) grâce à un système d'accès conditionnel. Ils visent à restreindre, selon le cas, la lecture du support.

⁷⁵ Voir *supra* Le *copyright*.

La contrefaçon est facilitée par l'insularité du pays. En effet, compte tenu de la situation géographique de Madagascar, il est difficile pour un auteur étranger de s'informer sur le fait que son œuvre ait été illicitement copiée. Toute personne résidant à Madagascar peut alors facilement copier illicitement une œuvre et prétendre en être l'auteur, sans que le véritable auteur ne le sache. Souvent, même si cette œuvre est communiquée librement au public, l'auteur reste non informé de la contrefaçon puisque les œuvres malgaches ne sont pas toujours internationalisées et les moyens employés pour la représentation de l'œuvre n'ont qu'une portée nationale. Ainsi, un chanteur malgache peut s'approprier aisément une chanson étrangère en la modifiant légèrement, et la diffuser sur les chaînes de radio ou de télévision malgaches sans problème.

2/ Les impacts de la contrefaçon au sein du secteur audiovisuel

a/ D'une manière générale

La contrefaçon présente des impacts positifs sur le profit des entreprises de communication audiovisuelle, mais comme tout acte de contrefaçon, il y a également le revers de la médaille. Cette section sera consacrée aux conséquences tant positives que négatives de la diffusion d'émissions en violation du droit d'auteur et des droits voisins.

b/ Les impacts positifs

D'une manière générale, les créations de l'esprit permettent un enrichissement culturel. En s'inspirant des œuvres audiovisuelles étrangères, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches font découvrir à l'audimat une part de la culture étrangère. D'autre part, même si à l'étranger il y a simple contrefaçon, ces émissions sont, sur le territoire malgache, une innovation. Pour les entreprises audiovisuelles, l'innovation est une source de profit en ce qu'elle accroît l'audimat. En effet, la recherche de nouveaux concepts d'émission de télévision est l'essence même de celles-ci.

Par ailleurs, face au succès de ces nouvelles émissions, les autres entreprises de communication audiovisuelle doivent s'efforcer pour concurrencer lesdites émissions. Il y a alors stimulation de la concurrence et de la créativité (à condition bien entendu de ne pas juste récupérer le concept⁷⁶). Les chaînes de télévision rivalisent notamment dans la création d'émissions de divertissement. Selon le directeur de publication d'une entreprise de communication audiovisuelle malgache, les émissions de télé-réalité sont les plus recherchées et elles sont

⁷⁶ Rappelons qu'en 2002, il y a eu une forte concurrence entre les stations de télévision malgaches. De ce fait, beaucoup se sont mis à copier les émissions à succès d'autres chaînes nationales, résultant sur des émissions très similaires sur toutes les chaînes. À titre d'exemple, il y a eu sur l'émission RTA *hit-parade malagasy* sur la chaîne RTA, en même temps que l'émission *Fanta hit des clips* sur la chaîne de télévision privée MaTV, et *Hit-parade malagasy* sur TV Plus.

d'ailleurs une référence pour déterminer le poids économique d'une station de télévision puisque leurs coûts de production et de réalisation sont très élevés. De plus, il y a nécessairement une évolution du secteur audiovisuel malgache. En effet, en copiant les émissions étrangères, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches se doivent d'améliorer leurs compétences techniques et d'avoir une meilleure maîtrise de la technologie afin de produire les mêmes émissions. D'une manière indirecte, l'utilisation de la contrefaçon devient ainsi alors un stimulus pour les entreprises de communication audiovisuelle malgaches.

Par ailleurs, malgré les critiques, les émissions qui semblent être la contrefaçon d'émissions étrangères ou même nationales, fidélisent l'audimat et attirent de nombreux téléspectateurs. L'existence continue de cette pratique démontre que ces émissions cartonnent et sont appréciées par l'audimat.

c/ Les impacts négatifs

D'une part, copier inlassablement les œuvres audiovisuelles étrangères résulte d'une mauvaise mentalité. En copiant les émissions qui ont du succès à l'étranger au lieu de trouver des concepts nouveaux (ou tout au moins, utiliser le même concept, mais en le réalisant avec des modules différents), les entreprises audiovisuelles malgaches trouvent la facilité, mais perdent en créativité. Or, la créativité est le moteur du développement. S'il suffisait de reproduire la même chose ailleurs, ou même juste de réinventer légèrement un produit, il n'y aurait pas eu d'évolution dans le secteur audiovisuel.

Par ailleurs, la contrefaçon fait des droits de propriété intellectuelle une coquille vide puisque ces droits existent pour encourager l'effort personnel et inciter au dépassement de soi. Lorsque les entreprises audiovisuelles diffusent des œuvres contrefaites, elles ne fournissent aucun effort. Les émissions qui naissent de cette contrefaçon ne donnent pas sur une production culturelle et ne revêtent aucune amélioration de la qualité, surtout si les mêmes émissions sont retrouvées sur toutes les chaînes nationales. De plus, il faut rappeler que la communication ou les médias sont considérés comme le quatrième pouvoir. En recourant à des œuvres audiovisuelles contrefaites, les stations de télévision véhiculent une mauvaise mentalité et une image détériorée des Malgaches. En outre, les émissions malgaches contrefaites démontrent un manque d'originalité, sont inadaptées au contexte malgache et ne surpassent même pas l'émission originale.

D'autre part, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches qui produisent des œuvres contrefaites perdent largement en crédibilité. En effet, elles ne sont considérées que comme de simples imitatrices et la valeur de leur travail est diminuée. Il faut rappeler le cas d'une station de télévision malgache qui, à l'heure actuelle, est interdite de diffusion de journaux télévisés provenant de plusieurs chaînes françaises, car elle n'en avait pas demandé l'autorisation. En somme, à force de plagier le monde extérieur ou de faire de la contrefaçon, ça en

devient une culture et les Malgaches ne sont plus plausibles dans ce qu'ils entreprennent.

Par ailleurs, il y a une perte d'identité culturelle des œuvres audiovisuelles malgaches. Victor Hugo disait : « *N'imites rien ni personne. Un lion qui copie un lion devient un singe*⁷⁷ ». Ainsi, être soi-même entretient la diversité qui singularise une œuvre artistique ou littéraire. Toute œuvre, en dehors des considérations esthétiques, véhicule une pensée, une conception représentative de cultures. Lorsqu'une émission malgache a quasiment toutes les caractéristiques spécifiques d'une émission étrangère, elle est dépossédée de sa valeur culturelle.

En effet, les Malgaches perdent de leur valeur culturelle en tentant de copier tout le temps ce qui se fait à l'étranger. Or, les entreprises audiovisuelles doivent concourir à la conservation de notre patrimoine culturel. Déjà, elles captent par satellite des programmes étrangers qu'elles retransmettent en grand nombre – parfois sans autorisation – au détriment des programmes nationaux ; mais en plus, ses propres programmes portent encore l'empreinte de programmes étrangers.

De plus, nous pouvons avancer qu'il existe beaucoup de sujets propres à la tradition et à la culture malgache qui pourraient être exploitées pour concevoir et réaliser une émission véritablement nouvelle. Ainsi, à titre d'exemple, la chaîne TV Plus diffuse hebdomadairement une émission qui s'intitule « *Ny any aminay* », qui traite de villages oubliés ou inconnus de la région autour d'Antananarivo. Cette émission est honorable en ce qu'elle permet de découvrir l'histoire et les paysages malgaches. Cependant, une émission très similaire existe sur TF1 : il s'agit de l'émission intitulée « *là où je t'emmènerai* », initiée quotidiennement depuis 2009 et destinée à faire découvrir des lieux exceptionnels dans le monde à travers les yeux d'une personnalité.

Enfin, lorsque les entreprises audiovisuelles malgaches diffusent des programmes étrangers sans leur autorisation, elles ne défavorisent pas seulement la culture malgache, mais elles nuisent aux créateurs en profitant illégitimement de l'utilisation continue des œuvres protégées. Or, si les créateurs voient d'autres personnes profiter des retombées financières de leurs œuvres, ils n'auront plus aucune raison de faire des recherches et d'innover, et ce sera un cercle vicieux. Ainsi, des impacts négatifs peuvent également se ressentir sur le profit des stations de télévision.

En effet, lors de leurs premières diffusions, les émissions attiraient par leur nouveauté pour les Malgaches, mais à la longue, les contrefaçons deviennent lassantes, ce qui fait que les entreprises de communication audiovisuelle malgaches perdent en audience. Les téléspectateurs attendent plus des émissions malgaches lorsqu'elles ont la prétention de copier les émissions étrangères.

⁷⁷ Cette citation extraite du recueil de poèmes intitulé « *Tas de pierres* », de l'écrivain et poète français Victor Hugo, en 1901.

L'audimat devient aujourd'hui plus exigeant et chute lorsqu'il ne décèle plus d'innovation dans les émissions ou les programmes.

D'un autre côté, la perte d'audience entraîne nécessairement une perte de rentabilité. Il faut à savoir à cet égard qu'un programme diffusé par une entreprise de communication audiovisuelle se destine à deux types de personnes : l'audimat d'une part, et les annonceurs d'autre part. Les annonceurs sont des entreprises ou des personnes physiques qui communiquent des messages payants, à caractère publicitaire ou non, dans le support d'un diffuseur. En outre, pour être vues, les publicités doivent passer durant une tranche horaire où il y aurait une forte audience, et être diffusées sur une chaîne de télévision très regardée. En perdant son audience à cause d'émissions contrefaites, l'entreprise audiovisuelle perd donc aussi ses annonceurs.

Enfin, le problème des œuvres contrefaites c'est qu'elles ne peuvent pas être internationalisées. Étant des contrefaçons, ces œuvres risquent de faire l'objet d'une plainte si elles sont diffusées à l'étranger. En effet, il serait impossible, par exemple, pour la station de télévision malgache VIVA de faire diffuser l'émission *Izy m'tsam* sur une chaîne française sans se heurter aux critiques de l'audimat et surtout, sans être poursuivie pour violation de droits d'auteur et de droits voisins. Les émissions ou programmes des entreprises audiovisuelles malgaches sont donc limités à une portée nationale.

3/ Les solutions et recommandations

Les violations des droits d'auteur et des droits voisins sont perpétuées par les entreprises audiovisuelles malgaches au cours de ces dernières années, et exacerbées par le manque d'encadrement juridique et structurel du secteur. Tel est le constat qui a été établi précédemment. Cette section en apportera les éventuelles solutions et recommandations portant notamment sur l'amélioration du cadre légal et structurel, et tiré du Droit comparé.

a/ Le renforcement des textes sur la propriété littéraire et artistique

Les textes juridiques encadrant les entreprises de communication audiovisuelle sont insuffisants. Il faut renforcer les textes sur la propriété littéraire et artistique. Certes, Madagascar a déjà exprimé sa volonté de protéger les créations de l'esprit en adhérant à la Convention de Berne de 1886, mais il faut renforcer cette démarche. Pour cela, l'adhésion aux traités de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle ou OMPI s'avère nécessaire. À cet égard, Madagascar a ratifié, en 2014, la Convention de Rome de 1961.

La Convention de Rome de 1961 est aux droits voisins ce que la Convention de Berne est à la propriété littéraire et artistique. Y adhérer est un élément de réponse aux problèmes de contrefaçons constatés au sein des entreprises de communication audiovisuelle, mais il convient également d'analyser les lacunes

de la convention qui pourraient freiner cette adhésion. Précisément, elle présente des avantages et des lacunes.

L'internationalisation de la protection a l'avantage de renforcer la législation nationale. Mais elle permettrait surtout de combattre la production, la distribution, l'importation et l'exportation des œuvres audiovisuelles pirates ou contrefaites. En effet, nous avons vu que les contrefaçons sont accrues par le manque de protection des œuvres étrangères sur le territoire malgache, et que les œuvres audiovisuelles malgaches perdent de leur identité culturelle à cause de ces contrefaçons. L'adhésion à la Convention de Rome va permettre de remédier à ces problèmes en offrant un moyen d'assurer la protection juridique des émissions sur les marchés étrangers et en garantissant que les profits reviennent au pays dans lequel elles trouvent leur origine. D'ailleurs, elle sera un moyen de dissuasion pour les entreprises de communication audiovisuelle malgaches qui seraient tentées de retransmettre une émission étrangère sur leurs chaînes sans le consentement de l'entreprise audiovisuelle étrangère titulaire du droit voisin sur celle-ci.

Enfin, de telles mesures exerceront nécessairement un effet attractif. L'étendue de la protection qu'un pays accorde en vertu de la propriété intellectuelle est de plus en plus indissociable de l'éventail de possibilités qui s'offrent à lui de participer au commerce international, en plein essor, des biens et services visés par cette protection. Ainsi, les pays n'offrant qu'une médiocre protection des droits de propriété intellectuelle ou n'ayant pas fait preuve d'un engagement suffisant dans ce domaine seront laissés à l'écart. Pour obtenir la reconnaissance des œuvres issues du secteur audiovisuel malgache, Madagascar doit non seulement produire des œuvres véritablement originales, mais aussi garantir réciproquement aux autres États la protection de leurs œuvres sur le territoire malgache. L'adhésion à la Convention constitue alors un début d'avenir pour l'audiovisuel malgache.

Quelques bémols existent en ce qui concerne les apports de la Convention. Déjà depuis 1991, le souhait de réviser la Convention de Rome de 1961 s'est fait ressentir et étudié par plusieurs auteurs⁷⁸. Plusieurs critiques à l'égard de la Convention ont été émises dont entre autres, la diffusion limitée de la Convention dans le monde, en raison du fait qu'elle ne concerne pas les pays de la *common law* puisqu'ils ne distinguent pas les droits voisins du droit d'auteur. De surcroît, ils reprochent également à la Convention de protéger uniquement les programmes et non les signaux porteurs des programmes. Signalons à cet effet qu'une telle question pourrait être réglée par l'adhésion à la Convention satellite de 1974⁷⁹. Celle-ci n'accorde aucun droit spécifique aux organismes de radiodiffusion et n'offre pas de protection pour le contenu du programme, mais l'adhésion à la

⁷⁸ Dont André Kerever, Victor Blanco Labra, André Françon, Rolfe Rembe et Ian D. Thomas dans leurs articles respectifs réunis dans le Bulletin du droit d'auteur n° 4 publié par l'UNESCO, volume XXV, 1991, p. 4.

⁷⁹ Voir *supra* La Convention satellite.

convention pourrait être opportune pour Madagascar si le pays souhaite lutter contre le piratage de signaux.

Pour notre part, nous avancerons que la liberté accordée aux États contractants de ne pas tenir compte de certaines modalités et dispositions de la Convention de Rome, dans leurs législations nationales, montre qu'elle est peu protectrice. D'abord, la Convention laisse souvent aux États la faculté d'émettre des réserves sur ses dispositions. C'est ainsi qu'elle institue la rémunération équitable pour les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs, mais laisse aux États contractants le soin d'en déterminer les conditions de sa répartition, et ne règle pas le calcul de son montant. Ensuite, elle n'offre qu'une protection minimale qui, au final, se retrouve déjà dans notre législation sur la propriété littéraire et artistique. De même, pour les artistes-interprètes ou exécutants, la Convention de Rome donne certes une liste des opérations nécessitant leur autorisation, toutefois elle n'accorde pas de protection du droit moral et ne mentionne pas le caractère exclusif des droits. Quant aux organismes de radiodiffusion, ils ont le droit d'autoriser certaines utilisations de leurs diffusions (rediffusion, fixation, reproduction et communication au public), mais non la distribution par câble des diffusions⁸⁰. Or, depuis 1961, une transformation de la technologie des médias s'est opérée. Il est ainsi important d'adapter la législation nationale à cette transformation.

S'agissant de la législation nationale, cette ratification constitue une solution pour lutter contre les œuvres audiovisuelles malgaches contrefaites, mais à condition pour le pays d'être prêt à protéger les trois catégories de personnes qu'elle vise. Cela nécessite en effet de la part des législateurs nationaux, un effort important dont la révision de la législation nationale. Ainsi, la loi n° 94-036 comporte des dispositions trop générales sur les droits voisins. Précisément, un seul article (en l'occurrence l'article 113) traite de manière spécifique des droits des entreprises de communication audiovisuelle. Il conviendrait donc de compléter les dispositions de la loi à cet égard, en détaillant mieux leurs droits et leurs prérogatives, mais aussi en consacrant une partie spécialement pour les œuvres audiovisuelles.

Prenons l'exemple de la loi roumaine n° 8 du 14 mars 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins qui contient des dispositions spéciales pour chaque type d'œuvre. En effet, elle consacre en son chapitre VIII des dispositions sur les œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles. En triant les dispositions comme telles, la loi roumaine est organisée et permet une lecture plus facile. Elle donne expressément la définition d'une œuvre audiovisuelle, du metteur en scène, du réalisateur et du producteur. Notre législation donne certes la définition de l'œuvre audiovisuelle, mais de manière indirecte⁸¹ ; quant aux

⁸⁰ Voir l'article 13 de la Convention de Rome.

⁸¹ Voir l'article 4 alinéa 6 de la loi n° 94-036 : « *Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant en une série d'images liées entre elles qui donnent une impression de mouvement,*

metteur en scène, réalisateur et producteur, notre loi établit clairement qu'ils sont les présumés coauteurs pour une œuvre audiovisuelle, mais elle ne définit pas qui peut avoir de telles qualités.

De plus, la loi roumaine consacre précisément les droits accordés aux entreprises de communication audiovisuelle⁸². Elle leur confère expressément un droit patrimonial exclusif pour une liste d'opérations bien définie et plus longue. À titre d'exemple, les opérations soumises à l'autorisation des entreprises de communication audiovisuelle comprennent en plus, l'adaptation des programmes de télévision fixés sur tout type de support matériel, et leur importation. D'ailleurs, eu égard à ces dernières, la loi roumaine opère clairement une distinction entre organismes de radiodiffusion et organismes de télévision⁸³, alors même que notre loi ne donne pas de définition de l'entreprise de communication audiovisuelle.

Enfin, la législation doit s'adapter à l'évolution technologique. Une modification de notre législation sur la propriété littéraire et artistique doit comprendre l'insertion de dispositions sur les divers procédés de retransmission existant actuellement. Ainsi, en Droit français, le Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)⁸⁴ a fait l'objet de multiples révisions dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon et de l'évolution de l'ère numérique. À titre d'exemple, le contrat d'édition a été adapté avec l'arrivée de l'ère numérique, par l'établissement des conditions de cession et d'exploitation des droits numériques dans le secteur du livre. Pour en revenir au sujet, la version consolidée du CPI en date du 22 décembre 2014 comprend des dispositions supplémentaires précises sur l'autorisation de télédiffusion par voie hertzienne, et un chapitre entier (chapitre VII) sur les dispositions applicables à la télédiffusion par satellite et à la retransmission par câble. De même, la loi roumaine comprend également, dans le chapitre dédié aux organismes de radiodiffusion et de télévision, des sections respectives sur la communication publique par satellite et la retransmission par câble. Définir les droits et obligations des entreprises de communication audiovisuelle pour chaque procédé est indubitablement nécessaire, car le défaut de textes peut inciter le piratage d'émissions de télévision par un procédé non prévu par la loi sans que ce ne soit réprimé.

accompagnée ou non de sons et, si elle est accompagnée de sons, susceptibles d'être audible, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ».

⁸² Voir le chapitre V du titre II, à la section 1 : les Droits des organismes de radiodiffusion et de télévision.

⁸³ Jusque-là, par organismes de radiodiffusion on entendait également entreprises de communication audiovisuelle.

⁸⁴ Consacré par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 et publié au JORF du 3 juillet 1992.

b/ La réactualisation du projet de loi portant sur le Code de la communication

Dans la perspective d'améliorer notre cadre législatif interne pour compléter le renforcement de la protection des œuvres audiovisuelles et la lutte contre la contrefaçon de ces dernières, un Code de la communication devrait être adopté définitivement. L'avant-projet de loi portant sur le Code de la communication, discuté depuis les années 2000, vise notamment la mise en place d'un organe de régulation pérenne, l'évolution et l'adaptation de la réglementation face au progrès technique, l'extension de la régulation au service cinématographique, et l'adoption d'une catégorisation des services audiovisuels selon leur exploitation ou suivant leur zone de couverture (locale, régionale ou nationale) afin de répondre à l'attente des entreprises audiovisuelles privées qui souhaitent diffuser à l'échelon national. En ce qui concerne l'extension de la régulation au service cinématographique, il s'agit d'un côté de lutter contre le piratage et de contribuer à la protection de l'enfance. D'un autre côté, il s'agit d'encourager la créativité et la production cinématographique malgache, par la mise en place de fonds de soutien⁸⁵ et de mesures incitatives comme l'accélération des demandes de tournage.

L'avant-projet, tel que réactualisé à Antsirabe du 22 au 24 juillet 2014, consacre la liberté de circulation de l'information et la responsabilité qui ensuit pour l'État ou les acteurs du secteur audiovisuel. Pour commencer, il faut noter que l'avant-projet a complété la définition de la communication audiovisuelle en remplaçant le terme « messages » par les notions de documents, de données statistiques et d'informations. Quant aux œuvres audiovisuelles, l'avant-projet propose la définition suivante : *« les émissions ne relevant pas d'un des genres suivants : œuvres cinématographiques de longue durée ; journaux et émissions d'information ; variétés ; jeux ; émissions autres que de fiction majoritairement réalisées en plateau ; retransmissions sportives ; messages publicitaires ; téléachat ; autopromotion ; services de télétexte. »*

À cet égard, le futur Code de la communication est en contradiction avec la loi n° 94-036 qui inclut les œuvres cinématographiques et toutes ces émissions citées, comme œuvres audiovisuelles. Il convient donc d'aligner le Code sur la loi n° 94-036 puisque ces émissions sont protégées comme œuvres audiovisuelles tant en vertu de la loi sur la propriété littéraire et artistique qu'en vertu de la jurisprudence. Toujours dans les définitions, l'avant-projet introduit dans la définition du « programme propre⁸⁶ », la protection des programmes, en interdisant

⁸⁵ Il s'agit du Fonds de Soutien au Développement de la Création et de la Production Cinématographique TIASARY qui favorise les productions cinématographiques d'initiative malgache, en particulier celles qui traitent de l'authenticité des valeurs culturelles malagasy. TIASARY a été remplacé par l'Office malgache du cinéma (OMACI) depuis le début de l'année 2014.

⁸⁶ Voir le point 35 de l'article 1 de l'avant-projet de loi portant sur le Code de la communication : *« Les programmes conçus par le personnel d'un service de radiodiffusion sonore, composés et réalisés par lui ou sous son contrôle. Ces programmes ne peuvent être constitués ni par la diffusion répétée ni par la retransmission simultanée ou différée de programmes d'une autre station ».*

les stations d'utiliser les programmes des autres lorsqu'elles conçoivent les leurs. Cependant, cette disposition ne s'applique que pour les stations de radio donc il convient d'étendre sa portée aux stations de télévision.

Selon l'avant-projet, les audiogrammes (phonogrammes) et vidéogrammes mis en vente, en distribution, en location ou cédés pour la reproduction doivent porter le nom ou la marque de l'auteur et du concessionnaire du droit de reproduction, ainsi que la mention de l'année de création. Les exemplaires déposés doivent être conformes aux exemplaires courants mis en vente, en location ou en distribution. Par ailleurs, l'avant-projet prévoit un dépôt légal pour les reproductions de dessin, les œuvres musicales, les pièces théâtrales, les documents sonores, audiovisuels (cassettes, compact disque, film, série, documentaire, clip, publicité, etc.) et multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion, dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public ou rendus publics. Les exemplaires de ces œuvres doivent comporter certaines mentions⁸⁷. Cependant, il ressort des discussions faites au cours des ateliers que les dispositions sur le dépôt légal devraient encore être révisées. L'obligation du dépôt légal devrait en outre s'appliquer à toute entreprise de communication médiatique. Celui incombant au producteur est effectué dès l'achèvement de la production et avant la mise en vente, en location, en distribution ou la cession du droit de reproduction. S'il s'agit d'une œuvre de collaboration, le dépôt légal est effectué par celui qui l'a eu en dernier en main avant la livraison au public. Les producteurs résidant à Madagascar, mais fabriquant ou éditant leurs ouvrages à l'étranger sont tenus d'effectuer le dépôt légal du producteur avec le numéro d'ordre du registre du producteur⁸⁸. À défaut, ce sera l'auteur ou le concessionnaire du droit de reproduction qui devra l'effectuer. La mention du numéro de dépôt légal des exemplaires légaux des documents, notamment les cassettes et les vidéogrammes, sur les copies – pirates, est sanctionnée par la saisie des copies incriminées et par le paiement d'une amende de 100 000 à 1 000 000 Ariary.

De plus, l'avant-projet dispose expressément, à l'instar de la loi n° 94-036, du droit des entreprises de communication audiovisuelle d'autoriser ou non certaines opérations sur leurs programmes⁸⁹. Il ajoute qu'un exemplaire du contrat portant autorisation de réémission ou de diffusion doit être déposé auprès de

⁸⁷ Dont par exemple : les nom et adresse de l'imprimeur ou du producteur ou de l'éditeur ; les mois et millésime de l'année de création ou d'édition ; ou encore les mots « dépôt légal de l'imprimeur » (DLI) ou « dépôt légal du producteur » (DLP) ou « dépôt légal de l'éditeur » (DLE), suivis de l'indication de l'année ou du trimestre au cours duquel le dépôt a été effectué.

⁸⁸ Tous travaux de production doivent être sur des registres spéciaux tenus par le producteur. Chaque inscription est affectée d'un numéro d'ordre suivant une série ininterrompue. Ces registres doivent être tenus à jour et être mis, sur place, à la disposition des autorités lorsque celles-ci estiment nécessaire de les consulter.

⁸⁹ Selon l'avant-projet du Code de la communication : « Sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle (secteur public de la communication audiovisuelle, télévisions privées, sociétés privées de distribution de bouquet satellitaire) la reproduction de ses programmes ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, la télédiffusion et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée. »

l'ANRCM⁹⁰. Pour répondre aux problèmes de piratages d'émissions, l'atelier effectué à Tuléar a résulté sur une proposition de mettre en place des dispositifs d'appui à la production d'émission dans les entreprises de télévision. Une autre proposition fut donnée au cours des ateliers, mais reste à réviser : il s'agit de la suggestion de punir les opérations effectuées sans autorisation par le retrait provisoire de la licence et par une amende de 1 000 000 à 10 000 000 Ariary, sans préjudice de l'application des textes sur la propriété intellectuelle en vigueur.

Pour renforcer la protection des œuvres audiovisuelles, nous pouvons relever de l'avant-projet, l'attribution à l'entreprise privée de communication audiovisuelle, de la mission d'assurer la promotion de la création artistique malgache, et de contribuer à la production et à la diffusion des œuvres de l'esprit. Quant aux entreprises audiovisuelles étrangères (des sociétés privées distributrices de bouquet satellitaire plus précisément), l'avant-projet prévoit qu'elles doivent au préalable obtenir une autorisation auprès de l'ANRCM ou Autorité nationale de régulation de la communication médiatisée, et payer annuellement une redevance dont le montant ne saurait être inférieur à 7 % de son chiffre d'affaires et dans tous les cas, à moins de 6 000 000 Ariary ou de l'équivalent en devises étrangères. En ce qui concerne les services de télévision accessibles sur Internet, l'avant-projet prévoit la responsabilité du fournisseur d'accès Internet et tout autre prestataire de service en ligne sur le contenu des sites qu'ils hébergent. En effet, il doit notifier l'ANRCM de toute activité ou contenu illicite sous peine d'une amende de 5 000 000 à 10 000 000 Ariary. Cette disposition nous intéresse en ce qu'elle permettra d'éviter qu'une station de télévision ne diffuse librement une œuvre en violation des droits d'auteur et droits voisins sans que les titulaires de ces droits n'en soient informés.

Quant aux entreprises publiques de communication audiovisuelle, l'avant-projet prévoit expressément qu'elles aient pour mission d'offrir au public un ensemble de programmes et de services qui se caractérisent par « *leur exigence de qualité et d'innovation* ». Il ajoute d'ailleurs qu'elles concourent à la diffusion de la création intellectuelle et artistique. À cet égard, le débat sur la Télévision Numérique Terrestre (TNT) a résulté sur une interpellation pour les opérateurs de ne pas cantonner la télévision à n'être qu'un support, dans une optique purement consumériste, mais à aborder son côté créatif. Aussi, le cahier des charges des entreprises de communication audiovisuelle est renforcé par l'avant-projet. Celui-ci doit contenir dans ses obligations générales l'obligation de passer un contrat avec l'OMDA, et d'en respecter les termes après obtention de l'agrément. Il spécifie également l'obligation de procéder au dépôt légal, ainsi que l'obligation de respecter les contrats d'acquisition des droits d'exploitation d'un film cinématographique passés avec les ayants droit ou leurs mandataires, concessionnaires, rétrocessionnaires.

⁹⁰ Voir *infra* La restructuration des institutions du secteur de l'audiovisuel.

Enfin, l'avant-projet prévoit un chapitre entier (chapitre 3) sur le respect du libre jeu de la concurrence et de l'exclusivité des droits. En outre, la diffusion d'une œuvre cinématographique est soumise à l'autorisation du titulaire des droits d'exploitation. Tout importateur et tout diffuseur d'œuvres cinématographiques enregistrées sur tous supports et par tous procédés, doivent acquérir, par voie de contrat, des droits d'exploitation auprès des fournisseurs directs. Le contrat doit être inscrit par l'acquéreur au Registre National de la Cinématographie et de l'Audiovisuel, tenu au niveau du Secrétariat de l'ANRCM pour veiller à l'exclusivité des droits. À ce titre, toute personne n'ayant pas acquis les droits d'exploitation sur un film ne peut procéder ni à sa distribution, ni à sa programmation, ni à sa reproduction. Le non-respect de ces dispositions entraînera des sanctions administratives dont la saisie du support comportant le film et la fermeture provisoire de l'établissement, ainsi que des sanctions prévues par le Droit national et le Droit international sur les droits d'auteur et les droits voisins. Par ailleurs, pour veiller à la non-prolifération de reproduction illicite, l'importateur et/ou le distributeur doivent communiquer au Secrétariat de l'ANRCM le nombre de copies d'un film cinématographique, par type de support, qu'ils auront importés ou distribués, et qui seront mis dans le circuit commercial pour exploitation. Il en va de même pour les copies des contrats de programmation qu'ils auront passés avec les exploitants de salles de cinéma et de salles vidéo, et les exploitants de télévision. En ce qui concerne la représentation des films cinématographiques par voie de télédiffusion, les exploitants de salle doivent obtenir une autorisation de projection de la part de l'OMDA. Pour les publicités, l'avant-projet prévoit l'interdiction « *d'imiter les slogans, les graphismes, les présentations, les dénominations commerciales, les emblèmes publicitaires et en général tous signes distinctifs comportant des droits antérieurs de manière à induire les consommateurs en erreur et à pirater la propriété intellectuelle d'autrui* ». En cas de non-respect de cette disposition, l'annonceur et le diffuseur sont passibles des peines sanctionnant la contrefaçon.

c/ La restructuration des institutions du secteur de l'audiovisuel

Le cadre institutionnel du secteur audiovisuel actuel est caractérisé par des organes provisoires qui se succèdent et un manque de clarté en ce qui concerne leurs missions respectives. De ce fait, aucun contrôle des œuvres audiovisuelles diffusées n'est palpable en ce qui a trait au respect des droits d'auteur et des droits voisins. La mise en place d'une autorité de régulation, de contrôle pérenne et stable pour le secteur de l'audiovisuel doit être pensée. De même, les missions de chaque autorité publique concernée par le secteur doivent être redéfinies et respectées. Ainsi, d'une part, en ce qui concerne le respect des missions, les participants à l'atelier effectué à Tuléar ont insisté pour clarifier les missions de régulation de l'Office des Médias culturels au niveau du Ministère de la Culture par rapport à celles du Ministère de la Communication et de l'OMDA. Une coordination est, en effet, nécessaire pour éviter « *l'empiétement dans les plates bandes* » comme ils l'ont avancé.

D'autre part, les attributions des missions pour chaque organisme public devraient être effectuées comme suit : le Ministère chargé de la Communication doit avoir pour mission de promouvoir le développement de la communication, de disséminer l'information, de veiller au respect du droit à l'information, et de fournir un cadre juridique de nature à garantir la liberté d'expression, la liberté de presse et la concurrence saine entre les médias. L'avant-projet de Code de la communication prévoit qu'il soit obligatoirement ampliatif de toute demande d'exploitation d'un service de communication audiovisuelle émanant des collectivités territoriales. Il a la charge des fonctions d'élaboration des lois et règlements, de coordination internationale dans les domaines de l'information et de la communication audiovisuelle. Quant à l'OMERT ou Office malagasy d'études et de régulation des Télécommunications, il est certes chargé de l'attribution des fréquences et, d'une manière générale, de tout ce qui est technique ; mais son rôle au sein de la CSCA lui donne une mission qui nous semble comparable à celle normalement dévolue au Ministère chargé de la communication. À cet égard, dans l'avant-projet du Code de la communication est évoquée l'ANRT ou Autorité Nationale de Régulation Technique. L'ANRT est notamment chargée par l'avant-projet de la mission d'octroyer l'autorisation technique nécessaire au fonctionnement des entreprises de communication audiovisuelle. Qu'il s'agisse de l'OMERT ou de l'ANRT, un organe de régulation des fréquences et des conditions techniques doit être clairement établi. Cet organe pourra certes contribuer à l'amélioration du secteur en établissant des comptes-rendus et des propositions au Ministère chargé de la Communication aux fins d'amélioration du secteur ; toutefois, il ne doit pas être chargé du contrôle des stations de télévision et de radio en dehors de toute question technique. À cet effet, une autre autorité doit être instituée.

La CSCA, instituée provisoirement pour remplacer le HCA, est actuellement l'organe chargé de veiller sur la création et le fonctionnement des stations de radio et de télévision. Mais en réalité, l'effectivité de sa compétence ainsi que sa composition sont des sujets de polémique en ce que les opérateurs du secteur audiovisuel souhaitent une dépolitisation de celle-ci. En effet, elle permet à l'État de détenir beaucoup de pouvoir sur le secteur de l'audiovisuel. L'une des solutions proposées serait alors de mettre en place une nouvelle autorité, permanente et indépendante. Cette indépendance suppose d'emblée une composition représentative du secteur audiovisuel (et non du pouvoir exécutif), et des ressources propres. L'avant-projet de Code de la communication prévoit ainsi la mise en place de l'ANRCM, une autorité administrative indépendante, pour remplacer la CSCA⁹¹. Il sera doté d'un budget autonome et sera « *chargé au nom de l'État de réguler l'exercice des activités de communication médiatisée, de contrôler le respect des obligations des cahiers de charge et d'arbitrer les litiges nés de l'exercice de ces activités, de veiller à la protection des droits de la femme*

⁹¹ Au plus tard deux ans après la promulgation du nouveau Code de communication.

*et des droits de l'homme*⁹² ». En outre, seules les missions ayant trait au respect des droits d'auteurs et des droits voisins nous intéressant, nous relèverons que l'ANRCM doit :

- Assurer l'égalité de traitement entre tous les opérateurs en matière de presse, de communication, de cinématographie et de publicité ;
- Veiller à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture malagasy ;
- Veiller à favoriser et à promouvoir la libre concurrence. À cet égard, il est habilité aussi à saisir les autorités administratives ou juridictionnelles pour connaître des pratiques restrictives de la concurrence ;
- Veiller à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelle, cinématographique et publicitaire nationales ;
- Veiller au respect des droits de diffusion en matière audiovisuelle.

Quant à sa composition, l'atelier d'Antsirabe a en outre arrêté ses organes à une chambre de médiation et onze membres délibérants de nationalité malgache, dont un représentant chacun pour le Ministère de la Communication, l'OMERT ou le Ministère des Télécommunications, l'OMDA ou le Ministère de la culture, les consommateurs (société civile), la radio, la télévision, la presse écrite, les fournisseurs d'accès Internet, les agences de communication, la plateforme des formateurs et le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM). Leur mandat est de six ans non renouvelables avec système de remplacement partiel après deux ans d'exercice, et leurs fonctions sont non cumulables. Enfin, durant chaque atelier, la suggestion de séparer la régulation de l'audiovisuel de celle de la presse écrite a été confirmée⁹³. Outre l'impératif d'être de nationalité malgache, les membres du Conseil de l'ANRCM doivent jouir de tous leurs droits civils et politiques ; être de bonne moralité et d'une grande droiture ; et justifier d'une expérience professionnelle d'au moins dix ans dans le domaine où sa qualification est requise en vue de sa désignation.

d/ Les autres solutions apportées par le Droit comparé

À l'étranger, le secteur audiovisuel souffre certes parfois de contrefaçons d'émissions ou de programmes, mais elles ne sont pas aussi importantes qu'à Madagascar. Outre le bon fonctionnement de leurs organes de régulation et de contrôle, ainsi qu'une législation adaptée aux évolutions technologiques

⁹² Voir l'article 257 de l'avant-projet de loi portant Code de la communication.

⁹³ À l'exception néanmoins de l'atelier effectué à Antsiranana durant lequel fut plutôt proposé la mise en place d'un organe de régulation unique ANRCM, mais bicaméral.

notamment, les autres pays procèdent à des campagnes de sensibilisation efficaces pour contribuer à la lutte contre les contrefaçons.

De prime abord, il faut noter que l'expression « sensibilisation sur les contrefaçons » est une expression que nous avons empruntée de la « sensibilisation sur le plagiat ». Néanmoins ayant admis qu'il y a contrefaçon dès qu'il y a plagiat⁹⁴, nous estimerons que les campagnes de sensibilisation sur le plagiat contribuent à la lutte contre la contrefaçon.

Lorsque les personnes – qu'il s'agisse de simples personnes aux autorités compétentes en matière de propriété littéraire et artistique – sont interrogées sur les émissions plagiées sur les émissions étrangères, certains avancent que c'est une pratique courante partout dans le monde donc non répréhensible. Or, ces pratiques ne sont pas toujours innocentes, leurs conséquences sont indéniables sur le long terme⁹⁵. En menant des campagnes pour informer la population sur les droits d'auteur et les droits voisins, les personnes de tout âge peuvent prendre conscience de leurs actes présents ou futurs. Ainsi, des brochures sur le plagiat, les contrefaçons et leurs conséquences peuvent être distribuées. C'est d'ailleurs une des missions de l'OMDA de « *publier dans les limites de sa compétence et conformément à la législation en vigueur, des introductions et des documents explicatifs concernant les droits d'auteur*⁹⁶ ».

Quant au cas spécifique des stations de télévision, des sensibilisations plus ciblées doivent en plus être menées. Il s'agit de mettre en place un comité interne, responsable du respect des droits d'auteur et des droits voisins au sein des stations de télévision, comme un comité de déontologie. La déontologie étant plus axée sur les impératifs d'exactitude des informations, la liberté de la presse, etc., un comité de déontologie ne saurait régler les problèmes de contrefaçons d'œuvres audiovisuelles, car la question de plagiat dans la déontologie se limite à la presse écrite. L'institution d'un comité consultatif et spécialisé dans la propriété intellectuelle (ou l'institution d'un comité de déontologie composé d'au moins un spécialiste en propriété intellectuelle) au sein de chaque station permettra de mieux vérifier les programmes ou les émissions conçus et diffusés. Le comité pourra établir régulièrement des rapports sur les programmes des entreprises de communication audiovisuelle, ce qui facilitera le travail de l'autorité de régulation et de contrôle du secteur audiovisuel.

Enfin, dans la presse écrite, les journalistes sont de plus en plus vigilants pour protéger leurs projets d'articles. En France, par exemple, ils peuvent effectuer un dépôt probatoire⁹⁷ de leurs projets afin d'en prouver la paternité le moment

⁹⁴ Voir *supra* Rapprochement de la contrefaçon avec le plagiat et le piratage.

⁹⁵ Voir *supra* Analyse des problèmes engendrés par la contrefaçon d'œuvres audiovisuelles.

⁹⁶ Voir l'article 4. h) du décret n° 84-389 du 13 novembre 1984 portant création de l'OMDA.

⁹⁷ Il consiste à placer une innovation sous pli scellé, conservé chez un tiers.

venu. Pour l'audiovisuel, le problème reste toujours l'impossibilité de protéger un concept d'émission de télévision. Le dépôt pourrait alors constituer une solution.

De prime abord, il faut que la personne ayant un concept d'émission établisse une bible ou format de télévision⁹⁸. En France, l'arrêt *Divertissimo c/ Sportissimo* de la Cour d'appel de Paris du 27 mars 1998 est l'une des premières décisions à avoir élevé un format d'émission au statut d'œuvre protégeable par le droit d'auteur : « *Un projet de jeu télévisé qui ne se limite pas à poser une règle de jeu abstraite, définie comme l'affrontement de deux équipes à travers les épreuves d'adresse et de mémoire, mais s'attache à décrire une règle précise décrivant l'atmosphère et la philosophie du jeu, ainsi que son déroulement, la comptabilisation des points, la teneur des questions et leur formulation et la nature des épreuves sportives, constituant un assemblage original d'éléments connus en eux-mêmes qui révèlent l'activité créatrice de ses auteurs, est protégeable sur le fondement du livre I du Code de la propriété intellectuelle*⁹⁹ ».

Il faut y définir les éléments de différenciation de l'émission, ce qui fait de l'émission une œuvre originale. En effet, le format doit contenir des règles suffisamment détaillées pour permettre de déterminer la forme de l'émission future. Dans cette optique, la Cour d'appel de Versailles, le 27 septembre 1995, a estimé dans l'affaire *TF1 c/ Plaisance Films*¹⁰⁰, que le format devrait contenir : « *l'idée, le titre, la configuration d'un programme de télévision, la structure et l'enchaînement de l'émission ou des émissions qui composeront alors une série télévisuelle, soit la composition précise de l'œuvre future, les idées ayant été organisées, agencées et les sujets précisément définis* ». En revanche, « *l'heure de diffusion, la durée ou la cible d'une émission de télévision, paramètres simplement révélateurs de sa capacité d'audience présumée, ne sont pas des critères d'appréciation de son contenu*¹⁰¹ ».

L'émission doit être parfaitement organisée, car si une personne élabore une version améliorée de cette émission, ce ne sera pas forcément une contrefaçon. C'est dans cette optique que dans ledit arrêt *TF1 c/ Plaisance Films*, la Cour d'appel a estimé que le format d'émission doit contenir les éléments précités, car « *la structure et l'enchaînement de l'émission, révélateurs de la composition précise de l'œuvre future, les idées étant précisément organisées, agencées et les sujets précisément définis* ». De plus, c'est l'organisation qui rend une émission

⁹⁸ Le format est entendu comme étant « *une sorte de mode d'emploi qui décrit le déroulement formel, toujours le même, consistant en une succession de séquences dont le découpage est préétabli, la création consistant, en dehors de la forme matérielle, dans l'enchaînement des situations et des scènes, c'est-à-dire dans la composition du plan, comprenant un point de départ, une action et un dénouement.* » (TGI de Paris, 3^e ch., 3 janvier 2006, SA Métropole Télévision M6 et Sté Eyeworks bv c/SA Sté nationale de télévision France 2 et SARL Way).

⁹⁹ CA de Paris, 4^e ch., 27 mars 1998, D. 1999, p. 417, note B. EDELMAN.

¹⁰⁰ CA de Versailles, 13^e ch., 11 mars 1993, *TF1 c/ Antenne 2*, JCP G 1993, n° 22271 ; Cass. com., 7 février 1995, pourvoi n° 93-14.569, inédit, in Légipresse, Janvier 1997, n° 138.

¹⁰¹ CA de Versailles, 27 septembre 1995, *TF1 c/ SA Plaisance Films*, D. 1997, somm., p. 83.

protégeable et non l'idée. Pour illustrer ce propos et comprendre en quoi un concept ne peut être protégé, voici un exemple concret : lorsque nous pensons à l'idée de faire le plus long mot possible avec des lettres, nous obtenons soit le Scrabble, soit l'émission « des chiffres et des lettres » de la chaîne France 3.

Une fois la bible parfaitement établie, il faut faire un dépôt afin de protéger le projet. En effectuant un dépôt, le créateur se constitue une preuve utile en cas de contestation quant à la propriété de l'œuvre ou à la nature juridique de son apport intellectuel à celle-ci. À cet effet, plusieurs solutions s'offrent au créateur. La première solution serait de faire un dépôt auprès d'une société d'auteurs, soit l'OMDA. La seconde consiste à faire un dépôt auprès d'un huissier. La troisième consiste à s'envoyer l'exemplaire du projet dans un courrier recommandé. C'est la solution la moins onéreuse. Cependant, l'enveloppe de l'accusé de réception devra être fermée par l'autocollant du rabat, afin d'éliminer toute possibilité de modification de son contenu.

La dernière possibilité est le dépôt en ligne. En ce sens, la création de sites de dépôt en ligne à Madagascar serait une solution. Il faut souligner que le dépôt diffère de l'adhésion, car seule l'adhésion permet à l'organisme de percevoir des droits pour le compte des auteurs et de les défendre. Suivant le site, le dépôt pourra être physique ou numérique. Le dépôt est numérique quand l'œuvre est envoyée par téléchargement sur un compte propre créé par l'auteur sur le site. Le dépôt est physique quand le support sur lequel l'œuvre a été fixée est envoyé à l'organisme dans une enveloppe obtenue de celui-ci. L'avantage du dépôt en ligne est sa rapidité, surtout s'il s'agit de dépôt numérique : il n'y a pas besoin de déplacement physique. De plus, c'est convivial et moins onéreux suivant le cas. Enfin, en parlant d'enveloppe, une dernière solution spécifique à la France est l'enveloppe Soleau. Une enveloppe Soleau est un produit de l'Institut National de la Propriété intellectuelle ou INPI¹⁰² qui, sans être un titre de propriété industrielle, permet de dater de façon certaine la création d'une œuvre et d'identifier son utilisateur comme auteur. Précisément, c'est une enveloppe double dans laquelle est inséré, pour chacun des volets, le document à protéger. Un numéro est perforé au laser sur l'enveloppe et l'un des volets est retourné à l'auteur. L'INPI conserve l'autre pendant une période de cinq ans renouvelable une fois, moyennant le paiement d'une nouvelle taxe. Au-delà de cette période, le second volet est renvoyé à l'auteur, mais sans perdre sa force probante s'il est conservé intact. L'enveloppe ne peut pas contenir de Compact Disk (CD), ou plus de sept pages.

¹⁰² L'INPI est « un établissement public, entièrement autofinancé, placé sous la tutelle du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique. Il délivre les brevets, marques, dessins et modèles et donne accès à toute l'information sur la propriété industrielle et les entreprises. Il participe activement à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques publiques dans le domaine de la propriété industrielle et de la lutte anti-contrefaçon. » (voir le lien <http://www.inpi.fr/fr/l-inpi.html>).

La question des droits voisins et du droit d'auteur est au cœur du développement de la production audiovisuelle et cinématographique. Par cette étude, nous avons pu répondre aux interrogations fréquemment posées en tant que juriste, mais également en tant que téléspectateur des chaînes de télévision malgaches. Un premier élément de réponse à cette étude est que les idées sont de libre parcours et que de ce fait, contrairement aux idées conçues, les entreprises de communication audiovisuelle malgaches qui produisent des émissions de télévision ayant le même concept que d'autres émissions existantes ne commettent pas de délit de contrefaçon. Les autorités compétentes vont dans ce sens en considérant que des titres différents et une structure différente font de ces émissions malgaches des œuvres audiovisuelles originales. Néanmoins, nous avons effectué une analyse de la structure de quelques émissions malgaches et avons déduit que les autorités malgaches faisaient preuve de beaucoup d'indulgence puisque ces émissions ne sont en rien originales ; elles portent juste des titres différents des émissions qu'elles « plagient ».

Un deuxième élément de réponse est qu'il existe bel et bien des partenariats entre les stations de télévisions malgaches et étrangères ou du moins certains liens contractuels. Cependant, nos enquêtes ont révélé que certaines stations de télévision malgaches ne respectent pas les droits voisins et retransmettent des programmes étrangers sans autorisation. Les conséquences en sont que les stations de télévision perdent en audimat et donc en profit. De plus, elles deviennent automatiquement inaptes à faire concurrence sur le plan international.

Quant aux conséquences sur la culture malgache, une malhonnêteté intellectuelle s'installe au sein des stations de télévision. Cependant, il faut admettre que des impacts positifs ressortent également de cette pratique en ce que ces émissions rapportent de l'argent et ouvrent à l'évolution de notre secteur audiovisuel. Par ailleurs, ne dit-on pas chez les Malgaches que « *Ataovy toy ny voankazo an'ala izay mamy atelina ary izay mangidy ariana* » ? Autrement dit, il faudrait savoir prendre modèle de ce que l'on trouve en gardant les bons côtés et en laissant les inconvénients.

En considération à cela, l'adoption d'un Code de la communication effectif est une des solutions qui ont été étudiées. L'avant-projet de loi portant sur le Code de la communication étant discuté dans un esprit d'adaptation à l'ère numérique, des dispositions concernant les services de télévision accessibles sur Internet y sont d'actualité. Des questionnements supplémentaires pourraient ainsi survenir en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles accessibles sur Internet. Le cas des cybercafés a déjà été étudié par l'OMDA à cet égard, mais le législateur ne devrait-il pas continuer dans cette voie et étudier plus amplement les enjeux de la diffusion d'œuvres sur la toile ?

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Radioscopie critique de la Commission de l'océan Indien

La spécificité de la France au sein d'une organisation régionale de proximité

André ORAISON

Professeur des Universités

Enseignant en droit public à l'Université de La Réunion de 1967 à 2008

Résumé :

Trois décennies après sa création, la Commission de l'océan Indien (COI) qui regroupe cinq États membres – Comores, France, Madagascar, Maurice, Seychelles – demeure encore pour le grand public un concept flou. Comme beaucoup d'organisations internationales à vocation régionale, elle engendre l'indifférence, quand ce n'est pas le scepticisme. Cette institution du bassin sud-ouest de l'océan Indien – l'Indianocéanie – est loin d'avoir comblé tous les espoirs que ses créateurs avaient placés en elle en signant à Victoria, le 10 janvier 1984, l'Accord général de coopération. Créée pour contribuer à la prospérité des États membres, la COI reste empêtrée dans des difficultés qui sont davantage d'ordre politique, diplomatique et juridique qu'économique, technique et culturel. Elle manque souvent de visibilité au niveau de ses programmes qui sont trop dispersés et, pour la plupart, éphémères. Ses résultats sont encore rares et modestes. Les échanges commerciaux intra-COI restent faibles. Faut-il alors douter de l'avenir de la solidarité régionale dans l'Indianocéanie ? Existe-t-il une réelle volonté d'agir en commun chez les dirigeants des États membres ? La COI est-elle, par ailleurs, un cadre de référence approprié ? Mais sur un autre versant, peut-on vraiment faire le bilan de la COI alors même que d'importants travaux de soubassement sont en cours depuis 2012 ? Une réponse négative est donnée par la plupart des experts qui insistent sur la nécessité d'un développement de la coopération régionale dans la zone sud-ouest de l'océan Indien. Les responsables des pays de cette région sont condamnés à poursuivre leur coopération au service d'une Indianocéanie toujours plus intégrée, solidaire et prospère. Dès lors, ne serait-il pas judicieux d'envisager, avec Reynolds Michel, « la création d'une citoyenneté indianocéanique, une citoyenneté commune aux ressortissants de nos États insulaires, comme premier pas dans ce processus d'intégration communautaire ? ». Faut-il enfin souligner que la disparition de la COI irait à contre-courant d'un phénomène caractérisé par l'ouverture des frontières et la mondialisation des échanges ? Cette disparition serait préjudiciable à l'ensemble des pays membres de l'institution régionale et d'abord à La Réunion, région monodépartementale française des Mascareignes et région ultrapériphérique de l'Union européenne.

Some thirty years after its creation, the Indian Ocean Commission (IOC) is still widely unknown to the public at large. This organization (the IOC is made up of 5 member States : Comoros, France, Madagascar, Mauritius and the Seychelles), like many other regional organizations, generates indifference, when it's not skepticism. This south-western Indian Ocean institution has not yet fulfilled the hopes of its creators when they signed the general cooperation agreement in Victoria on January 10, 1984. Created to contribute to the wealth of its member States, the IOC is stuck in difficulties that are more political, diplomatic and legal than economic, technical and cultural. The organization's ephemeral programs are too scattered and often lack visibility. The results are still too rare and modest, and commerce in the area remains weak.

Is there any reason to doubt the future of regional solidarity in the Indian Ocean area? Do the heads of State really want to work hand in hand? Is the IOC the rightful structure?

Yet, can we really make an assessment of the IOC when important reconstruction has been going on since 2012?

Most experts consider now is not the time for such assessment, for there is still lots to do. These countries have no choice but to keep working together to reach prosperity. Then, wouldn't it be wise to contemplate, as Reynolds Michel says, "the creation of an Indian-oceanic citizenship, a citizenship common to the nationals of our island States, as a first step towards process of community integration?"

Should we also stress that the disappearance of the IOC would go against the global tendency towards the opening of frontiers and the globalization of exchanges? This would be prejudicial to the territories of the organization and especially to La Réunion, as the French monodepartmental region of the Mascarenes and European outermost region.

Plus de 30 ans après la naissance de la Commission de l'océan Indien (COI), une organisation internationale à vocation économique, technique et culturelle créée par l'Accord général de coopération signé à Victoria (Seychelles), le 10 janvier 1984, et regroupant les Comores, la France, Madagascar, Maurice et les Seychelles, on peut s'interroger¹. Est-il possible de mettre en œuvre une politique de coopération durable entre ces différents États? Pour quoi faire et comment? Quels sont alors les obstacles à surmonter? Faut-il déjà parler d'échec rédhibitoire de cette tentative de solidarité entre pays insulaires de la région sud-ouest de l'océan Indien, comme le laissent entendre certains observateurs?

C'est le cas à La Réunion du journaliste Florent Corée qui exprime – dès 1999 – sa complète déception en ces termes : « *Fonctionnement bureaucratique, dépendance financière vis-à-vis de l'Union européenne, absence de projets stratégiques : en quinze ans, la Commission de l'océan Indien (COI) s'est révélée incapable de s'imposer sur la scène internationale. L'émergence de nouveaux blocs régionaux complique un peu plus aujourd'hui la tâche d'une institution en*

¹ L. BIEDINGER, « Séminaire à l'Université de La Réunion sur les 30 ans de la Commission de l'océan Indien. Vive l'Indianocéanie pour un développement durable! », *Témoignages*, lundi 25 novembre 2013, p. 7.

quête d'une nouvelle légitimité »². Une appréciation aussi négative sur la COI est-elle toujours valable en 2016 ?

En tenant compte des bouleversements politiques, économiques et technologiques qui se sont produits dans le monde au cours des trois dernières décennies, il importe de répondre à la question posée dans une étude critique qui permettra, à l'occasion, de mettre en évidence les principales entraves au développement des échanges économiques Sud-Sud et de préciser au passage les éléments de spécificité – positifs ou négatifs – de la France au sein de la COI. Mais auparavant, une question préalable mérite d'être abordée : dans quelles circonstances est née cette organisation régionale de proximité ?

La création de la COI est le résultat d'une initiative mauricienne formulée le 10 juillet 1982 peu après l'arrivée au pouvoir à Port-Louis (Maurice) du Mouvement Militant Mauricien (MMM) et du Parti Socialiste Mauricien (PSM), deux partis de tendance marxiste-léniniste au moment où des régimes progressistes sont déjà en place à Antananarivo (Madagascar) depuis 1972 et à Victoria (Seychelles) depuis 1977³. Par la suite, la Conférence préparatoire des ministres des Affaires étrangères de Madagascar, de Maurice et des Seychelles réunis à Port-Louis du 18 au 22 décembre 1982 sous la présidence de Jean Claude de l'Estrac, alors ministre mauricien des Relations extérieures, décide d'institutionnaliser la coopération inter-îles dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien : le 20 décembre 1982, les représentants de ces trois États adoptent « *l'Accord général de coopération entre les États membres de la Commission de l'océan Indien* » et s'engagent aussitôt à le recommander à la signature de leurs États respectifs.

Certes, le rapprochement entre Madagascar, Maurice et les Seychelles est compréhensible en 1982. Jadis colonisés par des puissances européennes⁴, ces États défendent les mêmes principes et poursuivent des objectifs identiques dans la Communauté internationale, notamment au sein des Nations unies. Mais par la suite, la situation politique ayant évolué à Maurice à partir de mars 1983 en raison de dissensions entre le MMM et le PSM, puis du retour aux affaires de la droite locale, en août de la même année, cette solidarité s'est quelque peu affaiblie et la création de la COI en a été d'autant retardée. L'Accord général de coopération entre les États membres de la COI sera néanmoins signé à Victoria le 10 janvier

² F. COREE, « La COI : une institution menacée de marginalisation », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 2 décembre 1999, p. 12.

³ P. LIVET et A. ORAISON, « Le Mouvement Militant Mauricien », *APOI*, 1977, volume IV, p. 43-94.

⁴ Les pays de la COI ont été colonisés par les Français et les Britanniques avant d'accéder à la souveraineté dans la seconde moitié du XXe siècle : Madagascar est indépendante depuis le 26 juin 1960, Maurice depuis le 12 mars 1968, les Comores depuis le 6 juillet 1975 et les Seychelles depuis le 29 juin 1976. Quant à l'île de La Réunion, elle a été décolonisée – en droit sinon en fait – par la loi de départementalisation du 19 mars 1946. A. ORAISON, « À propos de la décolonisation de l'île de La Réunion (L'attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996 : qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ?) », *RDISDP*, 1998, n° 1, p. 1-34.

1984 par les ministres des Affaires étrangères de Madagascar, de Maurice et des Seychelles.

Dans un court préambule, l'accord trilatéral fondateur de la COI indique qu'il a pour objectif d'établir, « *dans le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque État..., les fondements et le cadre d'une coopération rénovée, fructueuse et durable qui s'inspire de la nécessité particulière d'assurer en toute sécurité le développement économique et social à l'intérieur de la région des États du sud-ouest de l'océan Indien* ». Dès à présent, une remarque préalable s'impose : la COI n'est certainement pas une organisation internationale d'intégration, mais plus modestement une organisation intergouvernementale de coopération, de type classique, soucieuse, dans l'exercice de ses activités, de respecter scrupuleusement les prérogatives régaliennes traditionnelles de chaque État membre ainsi que les principes de complémentarité et de subsidiarité. Dans son article 1^{er}, l'Accord général de coopération précise que la COI a pour mission d'encourager « *la coopération diplomatique, la coopération économique et commerciale, la coopération dans le domaine de l'agriculture, de la pêche maritime et de la conservation des ressources et des écosystèmes* » ainsi que « *la coopération dans le domaine culturel, scientifique, technique, de l'éducation et en matière de justice* »⁵.

Dès à présent, il convient de saluer la naissance de la COI qui permet de franchir une nouvelle étape, si modeste soit-elle, dans le passage d'une société interétatique close à une société internationale ouverte fondée sur la solidarité entre les peuples. En ce début de XXI^e siècle et face au phénomène de la mondialisation des échanges, aucune question importante ne se résout plus à l'intérieur des frontières nationales. Manifestation de l'interdépendance entre les États du sud-ouest de l'océan Indien, la COI a déjà, dans cette optique, le mérite d'exister. Préfet de La Réunion, Michel Blangy souligne pour sa part, dès 1985, que la fondation de la COI est un processus inévitable pour le renforcement de la coopération entre des îles « *que la géographie, l'histoire et la culture rapprochaient, mais qui n'avaient pas, dans un passé récent, utilisé pleinement ces atouts pour la recherche d'un progrès commun* »⁶.

Certes, les pays insulaires de l'océan Indien n'ont pas attendu la création de la COI en 1984 pour nouer des liens entre eux dans les domaines les plus variés. Mais des écueils nombreux et plus ou moins importants avaient jusqu'ici freiné, sinon empêché, les échanges commerciaux inter-îles. C'est dire que l'une des missions principales de l'institution régionale consiste, autant que faire se peut, à

⁵ Rédigé « *en langue française* » et signé à Victoria le 10 janvier 1984, l'Accord général de coopération entre les États membres de la Commission de l'océan Indien peut être consulté in « *Documents* », RGDIP, 1987, n° 4, p. 1490-1491.

⁶ M. BLANGY, « La coopération régionale : une chance pour La Réunion, une reconnaissance pour la France », Coopération régionale dans l'océan Indien, Les Dossiers de l'Outre-Mer, *Bulletin d'information du CENADDOM*, 1986, n° 84, p. 3.

les contourner ou à les surmonter. Pour y parvenir, la COI a pu d'abord compter, au double plan technique et financier, sur une série de dispositions conventionnelles qui visent à encourager la « *coopération économique horizontale* » entre les États d'Afrique, de la Caraïbe et du Pacifique – les États ACP – ainsi que la coopération entre les États ACP et les collectivités territoriales françaises ultramarines. Ces dispositions ont été prévues par les conventions ACP-CEE ou conventions de Lomé (Togo), conclues dans le cadre du dialogue Nord-Sud, avant d'être reprises et complétées par l'Accord de partenariat signé pour 20 ans à Cotonou (Bénin), le 23 juin 2000, par les États ACP et l'Union européenne.

Pourtant, la COI n'a pas encore trouvé – à notre humble avis – un rythme de croisière pleinement satisfaisant dans la mesure où le commerce intra-zonal se caractérise toujours par un très faible volume. Dès lors, une coopération régionale à vocation économique dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien est-elle condamnée à rester plus proche de l'incantation que de la réalité ? Faut-il déjà s'interroger sur la raison d'être de la COI et parler de marginalisation ou, à la limite, d'échec ?

En vérité, la COI qui regroupe aujourd'hui presque tous les pays de l'Indianocéanie – néologisme forgé en 1961 par l'écrivain mauricien francophone Camille de Rauville pour désigner les îles et les archipels de l'océan Indien occidental et leurs populations unies par la proximité géographique, l'insularité, une « *histoire entremêlée* », le « *français en partage* », la culture et les traditions⁷ – est confrontée à des difficultés non négligeables, mais à terme surmontables. Concrètement, les actions engagées par l'institution régionale depuis sa création en 1984 sont, à l'évidence, beaucoup trop dispersées et, pour la plupart, éphémères (II), tandis que sa structuration interne a été progressive et même accélérée depuis 2012, sans être pour autant complètement achevée (I).

⁷ Disponible en 2014 sur le site Internet de la COI avec une préface de son Secrétaire général, Jean Claude de l'Estrac, la publication intitulée « *Les mille visages de l'Indianocéanie* » rassemble les communications d'une douzaine de spécialistes des pays de la zone sud-ouest de l'océan Indien présents au colloque scientifique organisé par la COI à Mahébourg (Maurice), les 6 et 7 juin 2013, sous le titre : « *L'Indianocéanie, socle et tremplin de notre devenir* ». Au sujet du concept d'Indianocéanie, consulter notamment C. DE RAUVILLE, *Indianocéanisme. Humanisme et négritude*, Port-Louis, Le Livre Mauricien, 1967, 25 pages et R. LUCAS, « Retour sur une expérience : le Centre de recherche indianocéanique », in « *Les mille visages de l'Indianocéanie* », Actes du colloque de la COI, 6 et 7 juin 2013, p. 30-39 et notamment p. 34. Précisons enfin que c'est volontairement que seront employées avec la même signification, dans la présente étude, les expressions suivantes : COI (Commission de l'océan Indien), Indianocéanie, institution indianocéanique et institution régionale.

I.- La structuration progressive de la Commission de l’océan Indien

Au niveau institutionnel, l’accent doit notamment être mis sur l’existence de plusieurs éléments de particularisme de la France depuis son admission au sein de la COI en 1986, en qualité d’État membre, dans la mesure où ces éléments ne sont pas toujours de nature à faciliter la solidarité inter-îles. De fait, la présence d’un pays très industrialisé comme la France, de surcroît membre influent de l’Union européenne et ancienne puissance coloniale, au sein d’une institution régionale destinée à ne regrouper, au départ, que des pays en développement – ayant tous par ailleurs, à un moment ou à un autre, été colonisés par la France – a engendré des difficultés dont certaines ne sont pas encore aplanies.

Mais s’il est utile de mettre en exergue les spécificités les plus notables de la France au sein de la COI, notre étude vise principalement à démontrer que l’institution indianocéanique se singularise par un cadre juridique figé depuis 1986 – dès lors qu’elle est confrontée à un élargissement problématique (A) – et par une incomplétude au plan structurel qui est toutefois en voie de comblement depuis 2012 (B).

A.- L’élargissement problématique de la COI

C’est une réalité : la COI est une organisation régionale de proximité. Outre ses trois membres originaires (Madagascar, Maurice et les Seychelles), elle ne comporte, à ce jour, que deux membres admis : les Comores et la France. Approuvée à l’unanimité par les États fondateurs, lors de la 3^e session ministérielle de la COI réunie à Antananarivo du 16 au 18 janvier 1985, cette double admission est conforme à l’article 13 de l’Accord général de Victoria, ainsi rédigé : « *La Commission examinera toute demande d’adhésion faite par tout État ou Entité de la Région et statuera à l’unanimité de ses Membres* ». De fait, le mot « *Entité* » entendait ménager une place pour La Réunion au sein de la COI.

Non sans arrière-pensées, les dirigeants seychellois avaient en effet souhaité que La Réunion siège directement à la COI. Certes, parce qu’il émerge dans la zone sud-ouest de l’océan Indien, ce département d’outre-mer (DOM) ne doit pas s’enfermer dans le cadre de relations économiques Nord-Sud, notamment avec la France à laquelle il est juridiquement rattaché depuis plus de 350 ans. Sa position géographique doit le conduire à s’ouvrir sur son environnement immédiat. Cette opinion a été exprimée le 23 juin 1986 par Michel Aurillac, ministre de la Coopération, en réponse à une question posée par le député Michel Debré : « *De par sa situation géographique dans l’océan Indien et en raison de son éloignement de la France métropolitaine, l’avenir de La Réunion passe par un développement*

des relations économiques, culturelles et scientifiques avec les pays indépendants de la zone »⁸.

Toutefois, le Gouvernement de Paris a refusé de s'engager sur une voie jugée hasardeuse et qui aurait pu être interprétée comme le signe précurseur d'un abandon progressif de la souveraineté française sur La Réunion. C'est donc essentiellement pour des raisons autant juridiques que politiques et stratégiques qu'a été posé le problème de l'adhésion de la France à la COI pour le compte de cette île.

Lors de la 3^e session ministérielle de la COI, réunie dans la capitale malgache du 16 au 18 janvier 1985, Michel Blangy – préfet de La Réunion et responsable de la délégation française – a présenté une argumentation qui, à l'époque, a le mérite de clarifier le statut des DOM : « *Au regard du droit international et du droit constitutionnel interne, seule la République française adhère à un accord international* »⁹. Cette explication ayant convaincu les autres États membres, la signature des Protocoles d'adhésion à l'Accord de Victoria par la France et les Comores a eu lieu le 10 janvier 1986 à Port-Louis, lors de la 4^e session ministérielle de la COI, et les instruments de ratification remis à la République des Seychelles en sa qualité d'État dépositaire de l'Accord de Victoria¹⁰. Depuis 1986, la COI présente ainsi un premier élément de particularisme au niveau de sa composition : elle regroupe quatre États ACP de l'océan Indien et la France, l'une des sept ou huit plus grandes puissances économiques de la planète.

L'admission de la France au sein de la COI est d'abord une victoire diplomatique pour ses dirigeants, dès lors que cet État – principalement européen – est accepté par l'ensemble des États ancrés au voisinage de La Réunion comme « *un pays authentique de l'océan Indien* », selon la formule de Jean Houbert¹¹. En droit, la qualité de département français attribuée à l'île de La Réunion par la loi de décolonisation du 19 mars 1946 est ainsi reconnue par tous les États de cette partie du monde. Encore faut-il préciser qu'en raison de sa présence multiséculaire dans un espace francophone incontesté et de l'ampleur de son aide aux États insulaires

⁸ *JORF, Déb. Parl., Ass. Nat.*, lundi 26 janvier 1987, p. 364.

⁹ *Le Monde*, mardi 22 janvier 1985, p. 6. Au sujet de la capacité pour les collectivités territoriales françaises ultramarines de conclure des traités, consulter notamment P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 142-144.

¹⁰ Décret n° 2007-1030 du 15 juin 2007 *portant publication du Protocole d'adhésion de la République française à l'accord général de coopération entre les États membres de la Commission de l'océan Indien du 10 janvier 1984, fait à Port-Louis le 10 janvier 1986*, *JORF*, 19 juin 2007, p. 10519. Il convient toutefois de noter, à titre anecdotique, que le Protocole d'adhésion de la France à l'Accord général de coopération entre les États membres de la COI, « *entré en vigueur le 22 février 2006* », avait déjà été publié dans son intégralité vingt ans auparavant in « *Documents* », *RGDIP*, 1987, n° 4, p. 1491. De fait, la France est bien un État membre de la COI depuis le 10 janvier 1986.

¹¹ J. HOUBERT, « *Décolonisation et dépendance : Maurice et La Réunion* », *APOI*, 1981, volume VIII, p. 116.

du bassin sud-ouest de l’océan Indien, la France joue un rôle déterminant qui justifie son entrée dans la COI.

Dans la mesure où le département français des Mascareignes bénéficie, en outre, du statut privilégié de région ultrapériphérique (RUP) de l’Union européenne, la coopération inter-îles ne peut que s’épanouir. Parce qu’ils sont souvent confrontés à de graves problèmes politiques, économiques et sociaux, les États voisins ne peuvent en effet manquer de voir dans la région monodépartementale de La Réunion une aire de stabilité politique et de prospérité économique et, par suite, une pièce maîtresse de la coopération régionale dans l’Indianocéanie.

Néanmoins, la position de la France n’est pas dépourvue d’ambiguïtés. Certes, cet État a adhéré en 1986 à l’Accord général de coopération de Victoria pour « *permettre à son département et sa région de La Réunion de participer à la coopération régionale* », réalisée dans le cadre de la COI. Cependant, l’île de La Réunion est la seule dépendance française du bassin sud-ouest de l’océan Indien dont le statut n’est pas remis en cause par les autres États membres de l’institution régionale. Pour ces États, la France ne saurait représenter au sein de l’Indianocéanie des territoires dont la souveraineté est officiellement contestée, au plan juridique, depuis plusieurs décennies : il existe en effet un conflit franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique – nommément les Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India – qui remonte à 1972¹², un différend franco-comorien sur l’île de Mayotte qui a éclaté en 1975¹³ et un litige franco-mauricien sur le récif de Tromelin qui perdure depuis 1976¹⁴.

Le ministre français des Relations extérieures – à l’époque Roland Dumas – a toutefois cherché à minimiser la portée des revendications des Comores, de Madagascar et de Maurice. Il a ainsi déclaré : « *C’est l’admission de la République française qui a fait l’objet d’une décision favorable de la part des ministres des Affaires étrangères représentant les États membres de la Commission de l’océan Indien réunis à Antananarivo du 16 au 18 janvier 1985. C’est donc l’ensemble du territoire de la République qui est, sans aucune ambiguïté possible, concerné par cette décision de nos partenaires* »¹⁵.

¹² A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-malgache sur les îles Éparses du canal de Mozambique (La succession d’États sur l’archipel des Glorieuses et sur les îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India) », *RJOI*, 2010, n° 11, p. 147-233.

¹³ A. ORAISON, « Radioscopie critique de l’inextricable et regrettable querelle franco-comorienne sur l’île de Mayotte (La "nouvelle approche" du Président comorien Ikililou Dhoinine : le dialogue direct entre Comoriens et Mahorais. Une étape sur la voie d’une confédération bilatérale comoro-mahoraise ?) », *RJOI*, 2013, n° 16, p. 153-176.

¹⁴ A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-mauricienne sur le récif de Tromelin (La succession d’États sur l’ancienne Isle de Sable) », *RJOI*, 2012, n° 14, p. 5-118.

¹⁵ Consulter sa réponse à une question posée par le sénateur Pierre Salvi in *JORF, Déb. Parl., Sénat*, 11 avril 1985, p. 667.

Mais cette déclaration – bien qu’émanant d’un membre éminent du Gouvernement français – n’efface en rien les contentieux territoriaux qui ne pourront être réglés qu’à l’extérieur de la COI, par la voie de négociations diplomatiques bilatérales et, éventuellement, par des juridictions arbitrales internationales ou par la Cour internationale de Justice de La Haye. De surcroît, c’est un fait : l’île de Mayotte a été une nouvelle fois revendiquée par l’Union des Comores le 23 août 2014, lors du IV^e Sommet des Chefs d’État et de Gouvernement des pays membres de la COI qui a siégé à Moroni¹⁶.

Ainsi, la COI ne réunit pas tous les territoires insulaires du sud-ouest de l’océan Indien, dès lors qu’elle exclut l’île de Mayotte, peuplée en 2016 par quelque 250 000 personnes¹⁷. Cette singularité ne manque pas, au premier abord, de surprendre si l’on veut bien admettre que le marché intérieur de 26 millions de personnes que représente aujourd’hui l’organisation internationale à vocation régionale est insuffisant. Comme le souligne Frédérique Cadet, dès 1996, « *l’étroitesse du marché COI condamne les États membres à se comporter en rivaux économiques* »¹⁸. Le développement commercial et industriel ayant besoin d’un champ d’expansion que l’insularité ne fournit pas spontanément dans l’espace indianocéanique, ne serait-il pas alors rationnel d’envisager l’élargissement de la COI à certains États de l’Afrique de l’Est comme le Mozambique, à des États insulaires de l’océan Indien occidental comme les Maldives ou encore à des États de l’Asie du Sud comme Sri Lanka ? Au demeurant ancienne et lancinante, cette problématique de l’élargissement de la COI demeure toujours une question d’actualité.

En sa qualité de partenaire principal au plan financier, l’Union européenne a un statut privilégié au sein de la COI. Sans pour autant se substituer aux États membres, elle participe aux débats du Conseil des ministres de la COI et au suivi des programmes en cours. Ce statut tranche avec celui des États observateurs qui ne participent aux travaux des instances de la COI que sur des points précis. C’est aujourd’hui le cas de la Chine depuis le 26 février 2016¹⁹. Sur un autre plan, la COI se trouve en compétition avec d’autres organisations internationales à vocation régionale créées dans l’océan Indien.

¹⁶ R. ROZIE, « Sommet de la COI à Moroni. France-Comores : traditionnelle passe d’armes sur la question de Mayotte », *Le Journal de l’île de La Réunion*, dimanche 24 août 2014, p. 6.

¹⁷ P. ROGER, « Mayotte, un archipel à la dérive », *Le Monde*, jeudi 21 avril 2016, p. 11.

¹⁸ F. CADET, *La Commission de l’océan Indien. 12 ans après (1984-1996)*, 1996 p. 24. Bien documenté, ce mémoire dactylographié de 79 pages a été réalisé sous la direction du professeur André Oraison en vue de l’obtention du DEA « *Relations économiques et juridiques internationales* » (option juridique) de la Faculté de Droit et d’Économie de l’Université de La Réunion.

¹⁹ Convoqué à Saint-Denis de La Réunion le 26 février 2016, le 31^e Conseil des ministres de la COI a en effet accordé à la République populaire de Chine le statut d’État observateur au sein de l’Indianocéanie. L’Australie et l’Inde seraient également intéressées par ce statut.

Parmi ces blocs économiques régionaux, le plus ancien est la *southern african development Community* (SADC)²⁰. Créée en 1992 et regroupant une quinzaine d'États d'Afrique australe et de l'océan Indien, dont trois États ACP, membres de la COI, la SADC a pour objectif l'établissement d'une zone économique intégrée. On peut également citer le *Common market for eastern and southern Africa* (COMESA)²¹. Institué en 1994, le COMESA est une autre tentative de constitution d'une zone de libre-échange qui comprend une vingtaine d'États d'Afrique orientale et australe dont les quatre États ACP, membres de la COI. Créée en 1997, il faut enfin citer l'*Indian ocean Rim-Association for regional cooperation* (IOR-ARC), désormais connue – depuis 2013 – sous sa nouvelle dénomination simplifiée : *Indian ocean rim Association* (IORA)²². Cette organisation régionale qui rassemble actuellement une vingtaine d'États – dont les quatre États ACP, membres de l'Indianocéanie – a pour objectif ambitieux de regrouper, à terme, tous les pays indépendants de l'océan Indien situés dans un « *triangle de coopération* » ayant pour extrémités l'Afrique du Sud, l'Australie et l'Inde. La grande hétérogénéité des États riverains de l'océan Indien – membres du COMESA, de l'IORA ou de la SADC – est un atout non négligeable dans la mesure où les économies de ces pays sont, pour la plupart, complémentaires.

Certes, par comparaison avec ces grands ensembles régionaux, la COI fait, sans conteste, figure d'organisation internationale de second rang. Mais ce n'est certainement pas une raison pour « *jeter l'éponge* » comme le suggère certains observateurs et notamment le journaliste Philippe Le Claire qui considère, dès le 1^{er} décembre 1999, la COI comme « *une institution dépassée par l'histoire* »²³. À ce sujet, on peut rallier un point de vue plus réaliste et plus nuancé formulé par Caabi Elyachroutu Mohamed lorsqu'il déclare le même jour – en sa qualité de Secrétaire général de la structure indianocéanique – que « *la COI avec ses PNB différents et ses 16 millions d'habitants, ne peut pas peser lourd face à des grands blocs régionaux comme la SADC, l'Indian Ocean Rim Association et le COMESA* », avant de préciser toutefois sa pensée sur une note optimiste, ainsi formulée : « *Mais cela ne doit pas nous empêcher d'affirmer nos spécificités* »²⁴. Voici, en vérité, un objectif qui doit plus que jamais être une ardente obligation pour les responsables des cinq États membres de la COI.

Sur un autre plan, il convient de mettre l'accent sur une autre singularité concernant l'île de La Réunion : cette collectivité territoriale française ultramarine ne saurait demander son admission au COMESA, à l'IORA ou à la SADC, dès

²⁰ Le sigle SADC signifie Communauté de développement de l'Afrique australe.

²¹ Le sigle COMESA signifie Marché commun de l'Afrique orientale et australe.

²² L'acronyme IOR-ARC signifie Association des pays riverains de l'océan Indien pour la coopération régionale et l'acronyme IORA peut être traduit, plus simplement, par l'expression : Association des pays riverains de l'océan Indien.

²³ PH. LE CLAIRE, « Commentaire. Les temps changent », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 2 décembre 1999, p. 12.

²⁴ Consulter l'*interview* du Secrétaire général de la COI in *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 2 décembre 1999, p. 12-13.

lors que ces organisations intergouvernementales ne regroupent que des États souverains. Seule, la France pourrait adhérer à ces organisations ou demander le statut d'observateur privilégié afin que le département français de Mascareignes y soit représenté²⁵.

Le statut particulier de La Réunion et la situation ambivalente de la France au sein de la COI rendent ainsi complexes les liens à établir entre cette organisation régionale de proximité et les autres grandes organisations internationales de la zone océan Indien. Sur un autre versant, l'adhésion de la France à la COI en 1986 a eu certaines répercussions au niveau structurel.

B.- La consolidation et la modernisation de la structure interne de la COI

Organisation internationale est une expression qui désigne, *lato sensu*, une association d'États souverains créée par un traité multilatéral, possédant une personnalité juridique internationale distincte de celle des États membres et dotée à la fois d'organes communs et de l'autonomie financière. La COI répond bien à cette définition. Établie par l'Accord général de coopération signé à Victoria par les trois États fondateurs de la COI, le 10 janvier 1984, sa structure a été actualisée par un Protocole additionnel également signé dans la capitale seychelloise par les cinq États membres, le 14 avril 1989²⁶.

Cependant, des complications notables – imputables à la France ou à d'autres États membres – ont tour à tour surgi au sein du Conseil des ministres (1) et dans d'autres rouages essentiels de l'institution régionale (2).

1/ Le Conseil des ministres

Le Conseil des ministres de la COI est un organe dans lequel les délégués des États membres confrontent leurs points de vue et coordonnent leurs actions. Il se réunit une fois par an en session ordinaire – chaque fois dans un pays différent – pour délibérer sur les dossiers préparés par le Comité des officiers permanents de liaison avec le concours actif du Secrétariat général. Mais en cas de nécessité, il peut aussi siéger en session extraordinaire dans les conditions fixées par son règlement intérieur. Le Conseil des ministres est normalement compétent pour voter le budget annuel de la COI et déterminer les « *grandes orientations des activités à entreprendre* » dans le cadre de l'institution régionale.

²⁵ La France a déjà un statut d'« *observateur* » au sein du COMESA. Elle souhaiterait également obtenir celui d'« *observateur* » au sein de l'IORA afin d'y représenter son département et sa région de La Réunion.

²⁶ Décret n° 2007-1259 du 21 août 2007 *portant publication du Protocole additionnel à l'accord général de coopération entre les États membres de la Commission de l'océan Indien du 10 janvier 1984, signé à Victoria le 14 avril 1989*, JORF, 24 août 2007, p. 14124. Il convient une nouvelle fois de noter, toujours à titre anecdotique, que ce Protocole, « *entré en vigueur le 2 juin 2006* », avait déjà été publié 17 ans auparavant in « *Documents* », RGDIP, 1990, n° 2, p. 569-574. De fait, ce Protocole est bien appliqué depuis le 14 avril 1989.

Dans la mesure où la COI reconnaît le principe de l'égalité souveraine entre les États membres, chaque État dispose d'une voix au sein du Conseil des ministres ainsi que dans les « *comités d'experts* » qu'il est amené à créer²⁷. En outre, ses résolutions – recommandations ou décisions – sont adoptées par consensus en vertu de l'article 7 de l'Accord général de coopération de 1984. Les États qui ne sont pas d'accord avec les projets adoptés par la COI peuvent rester à l'écart de ces projets, quitte à les rejoindre, par la suite, si leur intérêt l'exige : dès lors qu'elle est à « *géométrie variable* », la participation à la réalisation d'un programme de la COI se caractérise ainsi par une très grande souplesse. L'article 9 de l'Accord général de coopération de Victoria souligne enfin que la mise en œuvre des résolutions du Conseil des ministres relève toujours de la responsabilité de chaque État membre.

Le Président du Conseil des ministres de la COI a un rôle particulier à jouer qu'il importe de connaître. En premier lieu, il anime et dirige les travaux de l'institution indianocéanique. Il la représente également auprès des autres organisations internationales. Il peut enfin jouer un rôle de médiateur en cas de différend entre les États membres. Mais ce cas est rarissime. Dans son article 4, l'Accord général de coopération du 10 janvier 1984 précise, en outre, que la présidence du Conseil des ministres est « *exercée à tour de rôle suivant l'ordre alphabétique des États signataires et pour une durée d'un an par le Ministre des Affaires étrangères ou un autre membre du Gouvernement de l'une des Parties contractantes* »²⁸.

L'application de ce texte a néanmoins provoqué une difficulté due, une nouvelle fois, à la présence de la France au sein de la COI. Alors que tous les autres membres de l'Indianocéanie sont représentés au Conseil des ministres par des personnalités ayant rang de ministre et, le plus souvent, celui de ministre des Relations extérieures, c'est le préfet de La Réunion et non un membre du Gouvernement de Paris qui – à l'origine – s'exprime au nom de la France dans cet important organe décisionnel. Par ailleurs, lors de la 4^e session du Conseil des ministres qui a siégé à Port-Louis le 10 janvier 1986, la possibilité selon laquelle un membre du Gouvernement français pourrait assumer la Présidence du Conseil des ministres de la COI au nom de La Réunion avait été, au départ, écartée pour des raisons politiques, Michel Blangy – préfet de La Réunion – ayant déclaré que

²⁷ Le Conseil des ministres de la COI a été plutôt prolifique dans le passé dans la mesure où il a créé de nombreux « *comités d'experts* » pour traiter « *de questions techniques sectorielles ou spécifiques* », notamment dans les domaines de l'artisanat, du commerce ou de la pêche. Après avoir constaté « *une prolifération des institutions aux rôles et responsabilités mal définis et aux capacités limitées* », le Livre blanc sur « *l'avenir de la COI* » publié en 1998 a formulé, à la page 29, une critique négative à l'égard de ce bourgeonnement institutionnel.

²⁸ Pour l'exercice 2014-2015 qui a été prolongé à titre exceptionnel jusqu'au vendredi 26 février 2016, date de la réunion à Saint-Denis du 31^e Conseil des ministres de la COI, la présidence de cet organe majeur a été exercée par Jacques Ulrich Andriantiana et Béatrice Atallah, tour à tour ministres des Affaires étrangères de la République malgache. Pour l'exercice 2016-2017, cette présidence annuelle et tournante est assurée par André Vallini, Secrétaire d'État français au Développement et à la Francophonie.

son pays « *ne voudrait nullement donner l'impression de jouer au grand frère dans cette partie de l'océan Indien* »²⁹.

Cependant, ce nouvel élément de particularisme imputable à la France a été aussitôt contesté : il contredit en effet la thèse du Gouvernement de Paris selon laquelle seul le pouvoir central de la République française peut adhérer à une organisation internationale. Après réflexions, le Conseil des ministres de la COI a adopté à Port-Louis, dès 1986, un *gentleman's agreement* aux termes duquel La Réunion peut accueillir cet organe tout en spécifiant que celui-ci ne pourra jamais être présidé par le préfet. De fait, la délégation française au Conseil des ministres de la COI a, par la suite, été conduite à Saint-Denis par un ministre qui n'a jamais été, à ce jour, le ministre des Affaires étrangères. Ainsi, la 31^e session ordinaire du Conseil des ministres qui a siégé à Saint-Denis le 26 février 2016 était présidée par André Vallini, Secrétaire d'État chargé du Développement et de la Francophonie³⁰.

Une autre spécificité de la France au sein du Conseil des ministres de la COI mérite d'être mentionnée. Certes, cet État y est représenté, à l'origine, par le préfet de La Réunion. Mais celui-ci est assisté par le Président du conseil régional depuis le renforcement de la décentralisation décidée par la loi du 2 août 1984, relative aux compétences des régions d'outre-mer (ROM), et par le Président du conseil général depuis le vote de la loi d'orientation du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République. La France n'a pas pour autant une représentation tricéphale, impliquant une cohabitation égalitaire de ces trois personnes morales au sein du Conseil des ministres.

Après avoir indiqué que « *la décentralisation ne met pas sur un pied d'égalité l'État, la région et le département* » et rappelé que « *l'État conserve tous ses pouvoirs dans le domaine des relations internationales* », le préfet de La Réunion – Jean Anciaux – a tenu à préciser le 8 septembre 1986 que, dans le cadre de la COI, « la France ne parle que d'une seule voix, celle de son chef de délégation : en l'occurrence le préfet de La Réunion »³¹. Ainsi, le représentant de l'État en poste à Saint-Denis de La Réunion a en charge la responsabilité de la coopération régionale dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien et, à travers lui, c'est le Gouvernement de Paris qui a toujours, au nom de la France, le dernier mot au sein de la COI.

Ce constat mérite toutefois une série d'observations complémentaires, accompagnées de suggestions. Certes, les préfets des DOM ont été incités à jouer un rôle accru en matière de coopération régionale. Après avoir constaté « *l'importance croissante des actions de coopération* », une circulaire en date du

²⁹ Consulter l'*interview* du préfet Michel Blangy in *l'express* (quotidien mauricien francophone), vendredi 10 janvier 1986, p. 6.

³⁰ F. BANC, « La Réunion, Commission de l'océan Indien. La France prend le gouvernail », *Le Quotidien de La Réunion*, samedi 27 février 2016, p. 48.

³¹ Consulter l'*interview* du préfet Jean Anciaux in *Le Journal de l'île de La Réunion*, lundi 8 septembre 1986, p. 5.

12 mai 1987 – signée par le Premier ministre Jacques Chirac – insiste sur la nécessité pour les représentants de l'État d'assurer « *la cohérence entre les actions extérieures menées par l'État et les initiatives que les collectivités territoriales d'outre-mer peuvent prendre vis-à-vis de partenaires étrangers* »³².

Mais si la voix de la France au sein du Conseil des ministres est en principe, au départ, celle du préfet de La Réunion, on peut observer que c'est Margie Sudre – alors Secrétaire d'État à la Francophonie et Présidente de la région de La Réunion – qui a été chef de la délégation française à Port-Louis les 17 et 18 avril 1996. Dès lors, une évolution n'est plus à écarter : de nouveaux progrès dans le domaine de la décentralisation ne devraient-ils pas aboutir à conférer au Président du conseil régional de La Réunion le *leadership* de la délégation française au sein du Conseil des ministres de la COI ?

Faut-il ici rappeler qu'en faisant voter les grandes lois de décentralisation dans la décennie « 80 », le pouvoir central – alors incarné par le Président François Mitterrand – a élargi les compétences des collectivités territoriales françaises ultramarines dans le domaine de l'action internationale ? On peut en donner des exemples probants.

Portant organisation des ROM, la loi du 31 décembre 1982 indique ainsi dans son article 9 : « *Les conseils régionaux de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique peuvent être saisis pour avis de tous projets d'accords concernant la coopération régionale en matière économique, sociale, technique, scientifique, culturelle, de sécurité civile ou d'environnement entre la République française et les États de la mer Caraïbe ou les États voisins de la Guyane. Le conseil régional de La Réunion peut être saisi dans les mêmes conditions des projets d'accords entre la République française et les États de l'océan Indien* »³³. Relative aux compétences des ROM, la loi du 2 août 1984 prévoit pour sa part, dans son article 13, la consultation pour avis du conseil régional de chacune de ces entités périphériques sur « *tout projet d'accord international portant sur l'exploration, l'exploitation, la conservation ou la gestion des ressources naturelles, biologiques et non biologiques, dans la zone économique exclusive de la République au large des côtes de la région concernée* »³⁴.

Par la suite, dans ses articles 42 et 43, la loi d'orientation pour l'outre-mer (LOOM) du 13 décembre 2000 indique que les présidents du conseil général et du conseil régional de La Réunion peuvent être habilités – dans les divers domaines de compétence de l'État – « *pour négocier et signer des accords avec un ou plusieurs États... situés... dans la zone de l'océan Indien* ». L'article 43 de la

³² Circulaire du 12 mai 1987 relative aux relations internationales de la France et à l'action extérieure des régions et départements d'outre-mer, JORF, 16 mai 1987, p. 5393.

³³ Loi n° 82-1171 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion, JORF, 1^{er} janvier 1983, p. 14.

³⁴ Loi n° 84-747 du 2 août 1984 relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de La Réunion, JORF, 3 août 1984, p. 2560.

LOOM contient, en outre, une autre avancée majeure qu'il convient de mentionner : « *Dans les domaines de compétence de la région, les conseils régionaux de Guadeloupe, de Martinique, de Guyane et de La Réunion peuvent, par délibération, demander aux autorités de la République d'autoriser leur président à négocier, dans le respect des engagements internationaux de la République, des accords avec un ou plusieurs États, territoires ou organismes régionaux* » situés, selon le cas, dans le bassin géographique de la Caraïbe, au voisinage immédiat de la Guyane ou dans la zone de l'océan Indien³⁵.

Plus récemment encore, il faut connaître la proposition de loi du député martiniquais Serge Letchimy relative à l'action extérieure des collectivités territoriales et à la coopération des outre-mer dans leur environnement régional. Adoptée le 24 mars 2016 en première lecture et à l'unanimité par l'Assemblée nationale, cette proposition de loi vise à étendre le champ géographique de la notion de voisinage servant à définir la coopération régionale pour les collectivités territoriales ultramarines régies par l'article 73 de la Constitution : nommément la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte et La Réunion. La proposition de loi permet également à ces collectivités territoriales de négocier et de signer plus facilement des engagements internationaux avec un ou plusieurs États étrangers dans les matières relevant de leur compétence, dès lors que l'assemblée délibérante de chacune de ces collectivités a adopté un programme-cadre de coopération régionale validé par les autorités de la République. Enfin, la proposition de loi prévoit que les agents publics que ces collectivités peuvent désigner pour les représenter au sein des missions diplomatiques de la France pourront bénéficier des privilèges et immunités reconnus par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques³⁶.

Faut-il par ailleurs souligner, au plan concret, que la France n'était pas représentée par le préfet de La Réunion lors de la 29^e session du Conseil des ministres de la COI qui a siégé à Moroni les 10 et 11 avril 2014 pour préparer le IV^e Sommet des chefs d'État et de Gouvernement des États membres de l'Indianocéanie? La voix de la France a été celle de Claudine Ledoux, ambassadrice déléguée à la coopération régionale dans la zone de l'océan Indien, représentant le ministre des Affaires étrangères³⁷. Claudine Ledoux était, à l'occasion, accompagnée par Philippe Jean-Pierre, représentant du Président du conseil régional de La Réunion, et par Nassimah Dindar, Présidente du conseil départemental de ce DOM. Claudine Ledoux a encore représenté la France à la 30^e session du Conseil des ministres de la COI qui a siégé à Antananarivo le 20 mai

³⁵ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d'orientation pour l'outre-mer*, JORF, 14 décembre 2000, p. 19768-19769.

³⁶ J. SARTRE, « Unanimité sur la future diplomatie ultramarine », *Le Journal de l'île de La Réunion*, vendredi 25 mars 2016, p. 11.

³⁷ Décret du 12 septembre 2013 *portant nomination d'une ambassadrice déléguée à la coopération régionale dans la zone de l'océan Indien - Mme LEDOUX (Claudine)*, JORF, 13 septembre 2013, p. 15397.

2015. Voici des avancées qu'il convient de saluer. Mais on ne saurait pour autant en rester là.

À la suite de l'attribution de compétences toujours plus grandes aux collectivités territoriales ultramarines départementalisées par la loi de décolonisation du 19 mars 1946 dans le domaine des relations internationales, il serait hautement souhaitable que la responsabilité de la délégation française au sein du Conseil des ministres de la COI revienne, en droit, au Président du conseil régional de La Réunion et non plus à un ministre du Gouvernement ou à l'un de ses représentants – si éminent soit-il – ou, *a fortiori*, au préfet de La Réunion. De fait, un précédent existe : lors de la 28^e session du Conseil des ministres, réunis à Victoria le 17 janvier 2013, la France était représentée par Didier Robert, Président du Conseil régional de La Réunion, conformément à l'article 43 de la LOOM précitée qui reconnaît au Président d'un conseil régional ultramarin la possibilité d'être habilité à représenter « *les autorités de la République* » au sein des organismes régionaux de coopération.

Dès lors, ne serait-il pas judicieux de pérenniser une telle solution dans la mesure où la région de La Réunion – déjà reconnue comme « *chef de file* » incontesté en matière de développement économique – entretient des relations privilégiées avec tous les États insulaires de la zone sud-ouest de l'océan Indien³⁸, après avoir été désignée en 2015 comme autorité exclusive pour la gestion du Fonds européen de développement régional (FEDER), un fonds qui dote La Réunion d'une enveloppe globale de 1,13 milliard d'euros pour la période 2015-2020³⁹ ?

Lors de la 31^e session ministérielle de la COI réunie à Saint-Denis le 26 février 2016, le Président du conseil régional de La Réunion a lui-même tiré les conséquences de cette évidente et salutaire évolution. « *Dans le cadre d'une décentralisation renforcée* », il a plaidé pour « *une réelle liberté de décider et d'agir au nom de la région Réunion* » et la reconnaissance d'un droit d'intervention directe dans les relations internationales à des fins économiques, incluant notamment la possibilité pour la région de signer des accords internationaux avec les États membres de la COI. Didier Robert devait ainsi conclure : « *Nous sommes clairement passés en 30 ans, en matière de coopération au sein de la Commission de l'océan Indien, de l'impératif diplomatique de la France à l'impératif économique de La Réunion* »⁴⁰. C'est aussi notre sentiment.

³⁸ S. FONTAINE, « Bilan 2010-2014 de la région. Priorité à la coopération économique », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 13 avril 2015, p. 9.

³⁹ E. M., « La Région prend la tête du Feder à La Réunion », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 2 mai 2015, p. 13.

⁴⁰ Y. GUILLOUX, « La COI fait tout pour accueillir la Chine », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 27 février 2016, p. 10.

2/ Les autres organes principaux de la COI

Instituée par l'Accord général de coopération du 10 janvier 1984, la COI n'a pas été, d'emblée, une organisation crédible. En vérité, elle ne fonctionne normalement que depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel du 14 avril 1989. Par ailleurs, certaines questions demeurent encore en suspens, au plan institutionnel. Sont notamment concernés les pouvoirs attribués au Comité des officiers permanents de liaison (a), l'extension éventuelle des compétences du Secrétaire général (b) ainsi que le problème de la régularité de la Conférence au sommet des chefs d'État et de Gouvernement des États membres (c).

a/ Le Comité des officiers permanents de liaison

Pour assurer l'indispensable continuité de la COI, l'Accord général de coopération de 1984 a prévu la création par chaque pays membre d'«*un organisme permanent de liaison... chargé de l'exécution de la coopération régionale et de la correspondance avec les autres organismes permanents de liaison*» (article 5). Dans le Protocole additionnel de 1989, cet organisme est, en fait, une personnalité appelée «*officier permanent de liaison*» ou OPL (article 2). Co-désigné par les ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur parmi les hauts fonctionnaires de l'État, celui de la France est en 2016 le conseiller diplomatique du préfet de La Réunion⁴¹. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole de 1989 qui énumère les organes de la COI, les OPL siègent dans une structure appelée Comité des OPL (article 1^{er}).

Interface obligée entre le Secrétariat général et les pays membres de la COI, le Comité des OPL est un rouage essentiel de l'institution indianocéanique. Présidé par l'OPL de l'État qui assure la présidence du Conseil des ministres de la COI, il se réunit trois fois par an pour préparer les travaux du Conseil des ministres et assurer le suivi de ses décisions. Le Protocole additionnel de 1989 précise que le Comité des OPL assure «*la coordination des travaux des experts*» qui siègent dans les comités techniques créés par le Conseil des ministres. Mais son rôle principal est d'animer «*la prospection et la réflexion relatives à de nouvelles activités*» (article 2). Lors de sa session tenue à Moroni (Comores) les 27 et 28 août 2013, le Comité des OPL a ainsi formulé des suggestions dans les domaines les plus variés : il a notamment encouragé le Secrétaire général à agir «*en vue d'aider à une sortie de crise à Madagascar*» et à «*examiner les implications de la demande d'adhésion du Sri Lanka*» à la COI.

⁴¹ L'OPL désigné par la France doit agir de conserve avec les élus de la région et du département de La Réunion. Avec le concours d'un ambassadeur français délégué à la coopération régionale dans l'océan Indien dont le poste a été créé en 2013, l'OPL exerce par ailleurs sa mission dans le cadre de conférences de coopération régionale pour la zone de l'océan Indien qui sont, en principe, annuelles et dont la première a siégé à Saint-Denis les 16 et 17 octobre 2013 en présence de Victorin Lurel, ministre français des Outre-mer.

Très tôt, des observations critiques ont toutefois été formulées à l'égard des OPL. Publié en 1998, le Livre blanc sur « *L'avenir de la COI* » souligne ainsi, en page 8, que le poids des OPL est parfois jugé « *excessif dans la préparation des décisions sur des dossiers techniques qu'ils ne peuvent tous maîtriser, d'où la nécessité d'une meilleure préparation et d'un appui plus efficace en amont, au niveau national* ». À la suite de ces remontrances, des progrès ont été récemment réalisés.

La COI a notamment suggéré et obtenu en 2013 le recrutement d'un responsable technique national (RTN) pour chacun des quatre États ACP, membres de la COI. Le RTN est une personnalité chargée d'éclairer l'OPL afin d'assurer une bonne coordination des actions prioritaires à entreprendre entre le Secrétariat général de la COI et l'État membre. Pour une plus grande efficacité de la COI, d'autres propositions sont à l'étude ou même en voie de réalisation, notamment le rattachement de l'OPL et du RTN au bureau permanent de liaison (BPL) qui est un organisme collégial capable d'établir une interaction pérenne entre la population de chaque État membre et la COI. Pour être exhaustif, il convient enfin de mentionner le rôle traditionnel joué auprès des OPL par les points focaux nationaux (PFN). Les PFN sont des experts désignés en principe par les OPL, selon un profil établi par la COI et après consultation des ministères concernés. Dans le cadre d'un comité de pilotage dont il est membre de droit, le PFN a pour mission de suivre l'état d'avancement d'un ou de plusieurs projets portés par la COI dans chaque État membre et de rendre compte à l'OPL des conclusions du comité de pilotage.

b/ Le Secrétariat général

Toute organisation internationale digne de ce nom comporte un secrétariat administratif. Or, paradoxalement, rien n'avait été prévu à ce sujet par l'Accord général de coopération de 1984. Ayant fonctionné sans secrétariat jusqu'en 1989, la COI a souffert, à l'évidence, d'une fâcheuse incomplétude de nature à soulever une légitime interrogation : comment réaliser une politique de coopération régionale efficiente et durable dans l'Indianocéanie avec une institution inachevée ? Ce n'est que deux ans après la naissance de la COI que s'est, en fait, posée la question de la nécessité d'un tel organe.

À Port-Louis, lors de la 4^e session ministérielle de la COI réunie du 7 au 10 janvier 1986, les Mauriciens ont suggéré la création d'un secrétariat général, pour préparer et suivre les résolutions du Conseil des ministres. Ils ont également souhaité que le siège du nouvel organe soit fixé sur leur territoire. Mais ces propositions n'ont pas, d'emblée, fait l'unanimité. Certains délégués ont en effet redouté l'avènement d'un appareil bureaucratique paralysant. D'autres ont mis l'accent sur le coût élevé de la réforme. Mais après un an de réflexion, la 5^e session du Conseil des ministres de la COI qui a siégé à Moroni, en février 1987, a entériné le principe de la création d'un secrétariat établi à Maurice.

Responsable de la délégation française, le préfet de La Réunion a alors révélé que le ministère français de la Coopération acceptait de prendre à sa charge 40 % des frais de fonctionnement du nouvel organe. Voici, à l'occasion, un nouvel élément de particularisme imputable à la France au sein de l'Indianocéanie. Mais celui-ci est – à tous égards – positif. Aussi mérite-t-il d'être salué, car il permet de donner un nouvel élan à la coopération régionale entre les îles de la zone sud-ouest de l'océan Indien. Quant à l'État mauricien, il s'est engagé à mettre dans la ville du siège de la COI un immeuble approprié à la disposition du Secrétariat général⁴². Par la suite, un accord de siège signé à Victoria, le 14 avril 1989, entre Maurice et la COI décide que « *le Gouvernement mauricien met à titre gratuit à la disposition de la Commission de l'océan Indien les locaux nécessaires à l'exercice des activités appelées à se dérouler à son siège* » (article 1^{er}). Après avoir été installé dans la ville de Quatre Bornes le 1^{er} juillet 1989, le siège du Secrétariat général est désormais fixé à Ebène depuis le 1^{er} juillet 2012.

Signé à Victoria le 14 avril 1989, le Protocole additionnel à l'Accord général de coopération souligne que le Secrétaire général de la COI est désigné par le Conseil des ministres pour exercer un mandat qui « *s'accomplit sur une période de quatre ans, non renouvelable* ». Il apporte par ailleurs une précision non négligeable : la cheville ouvrière de la structure indianocéanique doit toujours être recrutée parmi des personnes ayant la nationalité des États membres en observant, « *dans la mesure du possible, le principe de la rotation et de l'équilibre entre les États* » (article 2, alinéa 6).

Ainsi, le Malgache Henri Rosolondraibe a été le premier Secrétaire général de la COI pour la période 1989/1993. Ancien ministre seychellois de l'Agriculture et de la Pêche, Jérémie Bonnelame, lui a succédé de 1993 à 1997. En poste de 1997 à 2001, Caabi Elyachroutu Mohamed, ancien Premier ministre des Comores, est le troisième Secrétaire général. Désigné en 2001 par le Conseil des ministres de la COI réuni à Antananarivo et en poste jusqu'en 2004, le quatrième Secrétaire général est un Français natif de La Réunion : l'universitaire et ancien député PS Wilfrid Bertile. Lui a succédé une femme politique malgache de 2004 à 2008 : Monique Andreas Esoavelomandroso. Le sixième Secrétaire général est le diplomate seychellois Callixte d'Offay pour la période 2008/2012. Depuis le 16 juillet 2012, l'actuel et septième Secrétaire général de la COI est un Mauricien : Jean Claude de l'Estrac, la clairvoyante personnalité à l'origine de la fondation de l'organisation régionale en 1982⁴³.

⁴² Il convient de mentionner les diverses coordonnées paramétriques du Secrétariat général de la COI disponibles en 2016. Adresse postale : Blue Tower, 3^{ème} étage, Rue de l'Institut, Ebène, Maurice ; Courriel : secretariat@coi-ioc.org ; Fax : (+ 230) 465 67 98 ; Site internet : www.commissionoceanindien.org et Téléphone : (+ 230) 402 61 00.

⁴³ La nomination de Jean Claude de l'Estrac au poste de Secrétaire général de la COI a été interprétée comme une remise en cause d'une règle non écrite – établie dès la création de cet organe – selon laquelle l'État membre qui abrite le siège de l'institution régionale, en l'espèce l'État mauricien, n'est pas éligible au poste de Secrétaire général. F. BANC, « Maurice. 27^e Conseil des ministres de la COI. De l'Estrac prend le pouvoir », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 7 octobre 2011, p. 24. Convoqué à Saint-Denis de La

Adopté en même temps que le Protocole additionnel de Victoria du 14 avril 1989, le nouveau règlement intérieur du Conseil de la COI apporte, dans son article 11, des précisions sur le rôle du Secrétaire général qui a pour mission essentielle de coordonner les activités des divers organes de l'institution régionale : il doit notamment assister le Conseil des ministres pour la préparation, le déroulement et la concrétisation des sessions ministérielles. Le Secrétaire général participe également aux travaux du Comité des OPL et il est responsable de la préparation et de l'exécution du budget. Tout en restant placé sous l'autorité du Conseil des ministres, le Secrétaire général exerce enfin une fonction d'impulsion et de prise d'initiatives qui n'est pas négligeable et qui mériterait même d'être amplifiée.

De fait, un important processus a été amorcé, dès 2009, puis repris et même intensifié, à partir de 2012, sous l'impulsion de Jean Claude de l'Estrac, afin de restructurer, moderniser et professionnaliser le Secrétariat général en le dotant d'outils performants et d'un personnel administratif plus étoffé et plus qualifié. Le 28^e Conseil des ministres de la COI qui a siégé à Victoria le 17 janvier 2013 a ainsi décidé de renforcer les capacités opérationnelles du Secrétariat général par la création de deux nouveaux postes stratégiques : un poste de directeur placé auprès du Secrétaire général, afin d'aider l'organe exécutif à préparer et gérer de manière plus rigoureuse que par le passé les projets de l'institution régionale financés par l'Union européenne, et un poste de responsable des ressources humaines pour diriger un personnel qui comprend en 2016 plus d'une centaine d'agents. Lors de sa session tenue à Moroni les 27 et 28 août 2013, le Comité des OPL a, par ailleurs, incité les États membres de la COI « à poursuivre la réflexion sur la pérennisation des postes » affectés au Secrétariat général, tandis que Jean Claude de l'Estrac a, pour sa part, souhaité – dès 2012 – une contribution plus prononcée de la région de La Réunion au sein des diverses instances de la COI ainsi que la désignation d'un chargé de mission réunionnais. Or, ces diverses requêtes ont été, pour la plupart, satisfaites en 2013 et 2014⁴⁴.

Parmi les agents de la COI, il faut compter une quarantaine de membres permanents encadrés par des directeurs de service spécialisés, auxquels il convient d'ajouter cinq chargés de mission désignés par leurs pays respectifs pour assurer l'instruction et le suivi des programmes en cours sur la base des axes prioritaires et des domaines d'intervention définis par le Plan de développement stratégique (PDS), adopté en 2013 par le Conseil des ministres. Dès à présent, il faut saluer le

Réunion, le 31^e Conseil des ministres de la COI a désigné à l'unanimité le nouveau et huitième Secrétaire général de la COI en la personne du Comorien Hamada Madi Boléro. Son mandat de quatre ans ne commencera toutefois officiellement que le 16 juillet 2016. Y. GUILLOUX, « "Boléro", nouveau Secrétaire général de la COI », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 27 février 2016, p. 10.

⁴⁴ La région de La Réunion finance le poste d'un chargé de mission mis à la disposition de la COI dès le 22 juillet 2013 pour une période de trois ans, renouvelable. Engagée dans la coopération régionale depuis 2010, la région de La Réunion finance également deux postes de volontaires de solidarité internationale (le premier nommé en 2013 et le second en 2014) en qualité d'assistants chargés de mission.

renouveau du Secrétariat général qui doit permettre à l'Indianocéanie d'être mieux armée pour affronter de nouveaux défis.

c/ La Conférence au sommet des chefs d'État et de Gouvernement des États membres

Cet organe avait été envisagé par la Conférence des ministres des Affaires étrangères des États fondateurs de la COI, réunis à Port-Louis du 18 au 22 décembre 1982. La Conférence avait prévu « *des réunions périodiques de chefs d'État et de Gouvernement* » pour trois raisons : déterminer les orientations nécessaires au développement de la coopération régionale, établir le bilan périodique des actions entreprises et trancher, en cas de nécessité, des questions sensibles au plan politique. Dans un souci d'efficacité, les travaux de cet organe – un organe non énuméré parmi les rouages de la COI dans le Protocole additionnel du 14 avril 1989 – sont préparés par le Conseil des ministres, mis en œuvre par le Secrétariat général et suivis par le Comité des OPL. Depuis 1998, une décision salubre a été prise de convoquer tous les quatre ans un sommet de la COI placé sous l'autorité du chef d'État ou du chef de Gouvernement du pays qui préside l'institution indianocéanique. Mais depuis sa création en 1984, seulement quatre sommets ont pu, à ce jour, siéger : en 1991⁴⁵, en 1999⁴⁶, en 2005⁴⁷ et en 2014⁴⁸.

Siégeant pour la première fois à Moroni le 23 août 2014, neuf ans après celui d'Antananarivo, le IV^e Sommet de la COI peut être considéré comme majeur. Avec la plupart des observateurs présents dans la capitale de l'Union des Comores, on peut même dire qu'il correspond à « *l'âge de maturité* » de l'institution régionale après une trop longue « *période d'hibernation politique* » imputable, cette fois-ci, à Madagascar et non à la France⁴⁹.

Après avoir salué le retour de la République malgache sur la scène internationale à la suite de l'élection démocratique du Président Hery Rajaonarimampianina et constaté, de surcroît, que « *les pays du sud-ouest de l'océan Indien* » avaient désormais « *dépassé la seule relation de coopération*

⁴⁵ Sous l'autorité du Président malgache Didier Ratsiraka, le I^{er} Sommet de la COI a siégé à Antananarivo le 16 mars 1991, la France étant représentée par le Président François Mitterrand. Ce sommet s'est prononcé pour la création d'une Université de l'océan Indien (UOI).

⁴⁶ A. ORAISON, « La Commission de l'océan Indien revisitée (à l'issue du II^e Sommet des chefs d'État et de Gouvernement des pays membres réunis à Saint-Denis de La Réunion le 3 décembre 1999) », *APOI*, 1999-2000, volume XVI, p. 275-324.

⁴⁷ Le III^e Sommet de la COI a siégé une nouvelle fois à Antananarivo, le 22 juillet 2005, sous l'autorité du Président malgache Marc Ravalomanana et en présence du Président français Jacques Chirac. Ce sommet s'est notamment prononcé pour le renforcement de la sécurité dans l'espace indianocéanique. J.-M. POCHE, « Sommet de la COI à Madagascar. Ramgoolam insiste sur la nécessité d'une meilleure protection face au terrorisme », *Le Mauricien* (journal francophone mauricien), samedi 23 juillet 2005, p. 3.

⁴⁸ R. ROZIE, « Le premier Sommet de la COI depuis 9 ans », *Le Journal de l'île de La Réunion*, dimanche 24 août 2014, p. 7.

⁴⁹ A. LEBRUMAN, « L'âge de maturité de la COI », *Le Quotidien de La Réunion*, dimanche 24 août 2014, p. 7.

technique pour créer un espace de solidarité et d'action authentiques», le Sommet de Moroni indique dans sa Déclaration finale que ces pays, liés par la géographie, l'histoire, la langue, la culture et les traditions, ont maintenant pour mission principale de « *construire l'avenir de l'Indianocéanie* » en respectant toutefois – preuve de réalisme – « *les singularités et les souverainetés* » de chacun des États membres⁵⁰. Promouvoir l'idée d'une Indianocéanie à la fois humaniste et solidaire au triple plan économique, environnementaliste et culturel ? Voici, à l'évidence, un objectif ambitieux et incitatif qui devrait mobiliser toutes les énergies, bien au-delà du prochain sommet de la COI programmé en 2018.

Chacun des sommets de la COI a apporté sa pierre à l'édifice. Il convient toutefois de faire une allusion appuyée à celui qui a siégé à Saint-Denis de La Réunion, le 3 décembre 1999, sous l'autorité du Président Jacques Chirac – la France ayant alors la Présidence de la COI – en raison des résultats auxquels il a abouti. Se définissant comme un « *outil de prévention et de gestion des crises politiques* », le II^e Sommet a permis de mettre en relief l'habileté des responsables des États membres et, une nouvelle fois, la spécificité de la France au sein de l'institution indianocéanique en abordant de manière originale la question des îles Éparses dispersées autour de Madagascar, dans l'océan Indien occidental.

Rattachées aux Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) en 2007⁵¹, les îles Éparses sont traditionnellement revendiquées par deux États membres de la COI : il existe en effet un différend franco-malgache sur l'archipel des Glorieuses et sur les îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India qui remonte au 18 mai 1972 et un litige franco-mauricien sur le récif de Tromelin qui a éclaté le 2 avril 1976. Certes, la question de savoir à qui appartiennent, en droit, ces îlots est du ressort des juridictions internationales et non de la COI. Dans un souci d'apaisement, le II^e Sommet a toutefois adopté, en l'espèce, une solution ingénieuse et consensuelle. Dans sa Déclaration finale, il se prononce en faveur d'une cogestion des zones économiques exclusives (ZEE) des îles Éparses par la France – la puissance occupante – et les deux États revendicateurs. En voici au demeurant la teneur :

« En l'absence d'un consensus entre certains États membres concernant la souveraineté sur certaines îles de l'océan Indien ainsi que la délimitation et le contrôle des ZEE, le Sommet a décidé qu'en attendant l'aboutissement des consultations en cours, ces zones de contrôle seront cogérées par les pays qui les

⁵⁰ ANONYME, « Après le Sommet de la COI. Le printemps indianocéanique ? », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 25 août 2014, p. 60.

⁵¹ A. ORAISON, « Le nouveau statut des îles Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India à la lumière de la loi ordinaire du 21 février 2007, "portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer" (La métamorphose des îles Éparses sur le plan juridique : du statut de "territoires résiduels de la République" à celui de partie intégrante des Terres australes et antarctiques françaises) », *RJOI*, 2008, n° 8, p. 133-187.

revendiquent. Les modalités de cette cogestion seront définies par les États membres concernés dans les plus brefs délais »⁵².

Cette décision peut surprendre dans la mesure où les îles Éparses ont été classées en « réserve naturelle » par un arrêté du 18 novembre 1975, édicté par le préfet de La Réunion. À ce titre, des décisions énergiques ont été prises. Ainsi, un arrêté préfectoral du 15 février 1994 décide que la « pêche est interdite à l'intérieur des eaux territoriales des îles Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India ». Dans la mer territoriale des îles Éparses est désormais instituée une protection intégrale de la faune et de la flore marines, de nature à compléter le statut de « réserve naturelle » qui existe déjà sur le territoire terrestre des îlots, depuis le 18 novembre 1975. Dans ce contexte « conservationniste », la cogestion des îles Éparses ne concerne véritablement que l'exploitation des ressources halieutiques de la ZEE entourant chacun des îlots. En outre, la question essentielle de la protection de l'environnement des îles Éparses ne peut plus être efficacement abordée de manière isolée.

À quoi sert en effet d'assurer la protection des îlots et de leurs mers côtières si l'océan Indien est, dans son ensemble, pollué par les rejets volontaires ou involontaires d'hydrocarbures et autres substances dangereuses ? C'est dire que la coopération régionale en matière de sauvegarde de la faune et de la flore, tant terrestre que marine, est une question vitale qui doit désormais être abordée au sein de la COI, dès lors que cette organisation internationale regroupe la plupart des pays de l'Indianocéanie. Dans le cadre d'une politique écologique bien comprise, l'idée de cogestion des ZEE entourant les îles Éparses, décidée par le II^e Sommet de la COI, pourrait alors prendre tout son sens.

De fait, cette idée de gestion commune a été concrétisée avec la signature à Port-Louis, le 7 juin 2010, d'un accord-cadre établissant une cogestion franco-mauricienne du récif de Tromelin dans trois domaines : l'exploitation des ressources halieutiques, la protection de l'environnement et la recherche archéologique⁵³. Faut-il enfin ajouter que cette idée de cogestion est maintenant évoquée par Madagascar, depuis le 19 mars 2014, sur les îlots du canal de Mozambique : Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India⁵⁴ ?

À l'issue de ces développements, une dernière remarque concerne, une nouvelle fois, la spécificité de la France au sein de la COI. Pour des raisons

⁵² F. CELLIER, « "Cyclone diplomatique" dans les coulisses du Sommet de la COI. "Ils" ont touché aux îles Éparses », *Le Quotidien de La Réunion*, mardi 7 décembre 1999, p. 20.

⁵³ Cependant, à notre connaissance, ce traité n'est toujours pas entré en vigueur, faute de ratification par le Parlement français. A. ORAISON, « Réflexions critiques sur l'accord-cadre franco-mauricien du 7 juin 2010 relatif à la cogestion économique, scientifique et environnementale du récif de Tromelin et de ses espaces maritimes environnants », *RJOI*, 2015, n° 20, p. 129-168 ; F. AUMOND, « Un coimperium soumis à un régime de cogestion : l'île de Tromelin », *RDP*, 2015, n° 4, p. 1069-1105.

⁵⁴ F. BANC, « Le Président malgache veut discuter avec la France du statut des îles Éparses. Éparses espaces à partager », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 20 mars 2014, p. 15.

multiples, il est évident que le statut d'ancienne puissance coloniale de la France n'est pas toujours de nature à faciliter la coopération régionale dans la zone sud-ouest de l'océan Indien. C'est notamment pour cette raison que les participants au IIe Sommet de la COI ont mis l'accent, dans leur Déclaration finale du 3 décembre 1999, sur la nécessité pour l'institution indianocéanique de conduire une action politique et diplomatique durable et cohérente.

Ancien Secrétaire général de la COI, Wilfrid Bertile a, pour sa part, fait observer que « *l'intégration institutionnelle et politique reste embryonnaire, à l'image de l'intégration économique* », en raison autant « *d'une grande disparité des États membres* » que d'un manque « *de volonté politique de certains États* »⁵⁵. Établi en 2013, ce diagnostic ne saurait être démenti. En vérité, nombreuses sont les observations critiques ou réserves qui peuvent être formulées à l'encontre des programmes de la COI qui sont trop éparpillés, le plus souvent limités dans le temps et, pour la plupart, non financés par les États membres (II).

II.- La programmation perfectible de la Commission de l'océan Indien

Certes, les États du bassin sud-ouest de l'océan Indien ont pris conscience, dès 1982, de l'intérêt pour chacun d'eux de promouvoir les échanges commerciaux et de collaborer plus étroitement. Cependant, les résultats acquis dans le cadre de la COI sont encore modestes. Encore convient-il d'aller plus loin en mettant l'accent sur une objection majeure : faute d'une impulsion politique vigoureuse au plus haut niveau, la mise en place d'une véritable coopération économique régionale semble même peu probable.

Après plus de trois décennies d'existence, l'action effective de la COI peut en effet faire l'objet d'une double appréciation critique. Depuis sa création en 1984, l'institution régionale poursuit en règle générale des objectifs hétérogènes et éphémères (A) avec des moyens financiers étrangers aux États membres de l'Indianocéanie et, dans les faits, fort peu diversifiés (B).

A.- Les objectifs hétéroclites et fugaces de la COI

La coopération régionale a pour finalité le développement harmonieux des États membres de la COI. Tout doit être mis en œuvre afin que ces pays luttent contre le chômage endémique par une politique concertée d'industrialisation et de diversification des activités et gagnent ensemble la bataille de l'emploi. Cependant, force est de constater que, pour une institution à vocation économique, les décisions concrètes de la COI se caractérisent le plus souvent par leur

⁵⁵ W. BERTILE, « La construction politique de la COI », *Témoignages*, lundi 25 novembre 2013, p. 7.

émiettement et leur modestie : la solidarité entre les États membres de l'Indianocéanie relève encore davantage de relations de bons voisinages que d'une réelle coopération se traduisant par des échanges commerciaux substantiels.

Faut-il, par suite, se résigner à évoquer avec Hélène Mazeran – à propos des « *pays de la mer* » – les notions de « *trappe insulaire* » et « *d'île piège* » qui impliquent, pour leurs responsables gouvernementaux, « *une propension naturelle à l'immobilisme et ne favorisent guère l'intérêt pour les affaires extérieures* »⁵⁶ ? En vérité, il convient de se montrer plutôt indulgent à l'égard de l'actuel bilan de la COI dans la mesure où la pusillanimité du commerce intra-zonal dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien est imputable à d'importants handicaps, au demeurant répertoriés depuis longtemps⁵⁷.

Il y a d'abord des obstacles naturels qui sont, pour la plupart, exogènes à la COI comme la dispersion des États membres dans la partie occidentale de l'océan Indien, leur insularité, leur grand éloignement des principaux marchés internationaux, leur fragilité accrue face aux aléas naturels – intensification des cyclones et élévation du niveau des mers dues aux dérèglements climatiques⁵⁸ – et, à l'exception de la grande île de Madagascar, leur exiguïté géographique, leur faiblesse démographique et leur capacité restreinte de production. Professeur d'économie, Pierre Maurice a également mis l'accent, dès 1986, sur « *la grande similitude des structures économiques, fondamentalement agricoles et peu industrialisées, qui restreint les possibilités d'échanges entre elles* »⁵⁹. Comment alors s'étonner de l'insuffisance des moyens de communication inter-îles, notamment des liaisons aériennes dans l'espace indianocéanique, et du coût généralement élevé du transport maritime des marchandises pour des tonnages relativement modestes ?

Pour être exhaustif, d'autres obstacles non négligeables doivent encore être mentionnés : ainsi, les expériences coloniales d'autrefois qui se traduisent aujourd'hui encore par un cloisonnement tenace des relations commerciales, souvent orientées à titre principal dans un sens Nord-Sud⁶⁰. Il ne faut pas davantage minimiser l'instabilité politique chronique qui affecte les Comores et Madagascar depuis leur accession à l'indépendance, une instabilité qui décourage les investissements étrangers et freine le développement du tourisme. Pour Wilfrid Bertile, une autre entrave à l'épanouissement des échanges inter-îles résulte des

⁵⁶ H. MAZERAN, *L'océan Indien : un enjeu pour l'Occident*, Paris, PUF, 1987, p. 173.

⁵⁷ P. MAURICE, « Le cloisonnement des échanges extérieurs des pays de l'océan Indien », *APOI*, 1974, volume I, p. 79-109.

⁵⁸ S. HERVIEU, « Madagascar, terminus des cyclones », *Le Monde*, dimanche 11-lundi 12 octobre 2015, p. 8-9 ; S. FOUCART, « 2015, année de tous les records climatiques », *Le Monde*, mercredi 11 novembre 2015, p. 6.

⁵⁹ P. MAURICE, « Ressources insulaires, échanges inter-îles, coopération régionale », *Publications du CHEAM*, 1986, p. 87.

⁶⁰ C'est sans conteste le cas de La Réunion qui entretient des liens très étroits et même privilégiés avec la France et l'Union européenne.

disparités croissantes entre les États membres de la COI : à côté de la France – une puissance économique au niveau mondial – coexistent en effet deux États résolument engagés sur la voie du progrès – Maurice, « *nouveau pays industrialisé* » (NPI) de l’Indianocéanie et les Seychelles, « *pays à revenu intermédiaire* » (PRI) – et enfin deux États fragiles qui appartiennent toujours à la catégorie des pays les moins avancés (PMA) de la planète : les Comores et Madagascar.

Wilfrid Bertile considère que tous les handicaps cumulés, ainsi recensés, peuvent expliquer que les rares actions menées à terme jusqu’ici dans le cadre de l’institution régionale l’aient été de manière cloisonnée, partielle et sporadique, sans véritable plan d’ensemble. Pour l’ancien Secrétaire général de la COI qui s’est exprimé à ce sujet en 2013, c’est un procès-verbal sévère qu’il convient d’établir. Le voici exposé en deux phrases, au demeurant complémentaires : « *La COI se disperse dans un trop grand nombre de domaines de coopération. Le projet d’origine a disparu derrière les projets* »⁶¹.

De fait, les programmes réalisés ou en chantier au sein de la COI sont légion. À l’origine, deux grands projets ont toutefois émergé : réuni à Port-Louis les 17 et 18 avril 1996, le Conseil des ministres a ainsi examiné le Programme régional intégré de développement des échanges (PRIDE) et la création d’une Université de l’océan Indien (UOI). Par la suite, la COI est intervenue dans de nombreux domaines qui ont été recensés en 1998 dans le Livre blanc sur « *L’avenir de la COI* », puis répertoriés dans quatre orientations prioritaires lors du III^e Sommet de la COI, celui d’Antananarivo en 2005. Dans la même optique, le Conseil des ministres a adopté, le 17 janvier 2013, le Plan de développement stratégique (PDS) qui dresse la feuille de route de la COI pour la période 2013-2016. L’architecture du PDS se décline actuellement en quatre axes stratégiques, cinq domaines d’interventions et vingt et un champs d’action. De surcroît, un axe transversal porte sur l’affermisssement des capacités du Secrétariat général. La nouvelle architecture vise à donner aux interventions de la COI plus de crédibilité et de visibilité et à sensibiliser, de manière plus cohérente que par le passé, ses partenaires financiers.

L’Axe I est un axe politique qui permet à la COI d’agir pour consolider la démocratie et l’État de droit dans les pays de l’Indianocéanie : l’institution régionale a ainsi contribué à la « *sortie de crise* » institutionnelle et politique qui a gravement affecté la République malgache entre 2009 et 2013. L’Axe II est un axe économique : en exploitant dans le cadre de cet axe les potentiels et les complémentarités des États membres, la COI vise à bâtir un espace sécurisé, compétitif et créateur d’emplois stables, à réduire la dépendance alimentaire dans la zone sud-ouest de l’océan Indien et à répondre aux nombreux défis posés aux Petits États insulaires en développement (PEID) dans leurs efforts d’intégration au

⁶¹ W. BERTILE, « La construction politique de la COI », *Témoignages*, lundi 25 novembre 2013, p. 7.

marché international et au marché mondial. L’Axe III est un axe écologique qui doit inciter les autorités gouvernementales des pays membres à accroître le niveau de vie des populations indianocéaniques par une valorisation de l’ensemble de leurs ressources terrestres et marines et un développement socio-économique toujours plus respectueux de l’environnement régional. Enfin, l’Axe IV est un axe à vocation éducative et scientifique dont l’objectif est de permettre l’épanouissement de la culture, de l’éducation, de la recherche et de la santé, tout en donnant vie au concept fédérateur d’« *indianocéanisme* ».

Ainsi, les missions qui incombent à la COI sont éclectiques. Mais faut-il s’en étonner quand on sait que l’Accord général de coopération signé à Victoria en 1984 a prévu une coopération tous azimuts entre ses membres ? Parfois excessive dans la poursuite d’objectifs souvent complexes et portant sur des périodes plus ou moins brèves, la diversification des programmes de la COI peut aller à l’encontre de l’efficacité recherchée. La critique peut notamment être formulée dans des secteurs perfectibles où existent des intérêts communs privilégiés pour les cinq États membres. Dans cette optique, il convient d’analyser tour à tour le développement des échanges économiques et commerciaux (1), la gestion pérenne des ressources halieutiques (2), l’affermissement de l’industrie du tourisme (3) ainsi que la promotion de la culture, de l’éducation et de la santé dans l’Indianocéanie (4).

1/ Le développement des échanges économiques et commerciaux

En ce domaine, la COI n’a pas attendu le PDS, élaboré en 2013, pour aborder l’une des questions essentielles qui correspond à l’Axe II. De fait, l’un des premiers dossiers examinés par la COI a été celui des échanges commerciaux, au départ quasi inexistant. Frédérique Cadet souligne que la première action menée a consisté à dresser « *l’inventaire des produits susceptibles de faire l’objet d’échanges entre les îles* »⁶². À cette fin, un Comité régional des échanges commerciaux (CREC) a été créé pour parvenir à une meilleure connaissance de la situation économique de l’Indianocéanie et présenter des suggestions. Sur proposition du CREC, le Conseil des ministres de la COI s’est ainsi prononcé, en priorité, pour la publication d’un guide régional de l’import-export, capable de donner des informations sur les produits disponibles dans la région et les procédures applicables, tant à l’importation qu’à l’exportation. Il s’est également montré favorable à l’organisation de foires régionales avec le label « *COI* » dont la première a eu lieu à Saint-Denis de La Réunion, du 29 septembre au 8 octobre 1989. En vertu d’une convention de partenariat conclue en 2007, la COI a décidé, par la suite, de travailler de conserve avec l’Union des chambres de commerce et d’industrie des îles de l’océan Indien (UCCIOI) pour la formation et le perfectionnement des cadres en matière commerciale.

⁶² F. CADET, préc., p. 44.

Entre temps, le Conseil des ministres de la COI, réuni à Victoria en avril 1989, a adopté le « *Plan d'action pour la coopération entre les îles de l'océan Indien* ». Pour concrétiser un projet de nature à promouvoir les échanges inter-îles, il a, par la suite, créé le Comité régional de coopération industrielle (CRCI) qui a siégé à Antananarivo, en novembre 1989, afin d'aborder la question de l'abaissement des barrières douanières. Après avoir entériné la décision du Conseil des ministres en faveur de la mise en place dans l'espace indianocéanique d'« *une zone de libre échange à laquelle pourrait s'associer La Réunion* », le IIe Sommet de la COI qui a siégé à Saint-Denis en 1999 a, pour sa part, souhaité le concours du secteur privé au Programme régional intégré de développement des échanges (PRIDE). Mis en œuvre dès le 1^{er} juin 1996, ce programme est, d'emblée, présenté comme la clé de voûte du développement économique intra-zonal. Le PRIDE a eu pour mission de renforcer le processus d'intégration régionale en facilitant la circulation des capitaux, des marchandises, des personnes et des services entre les États membres de la COI par l'élimination progressive des barrières tarifaires qui entravent les flux commerciaux entre États ACP, membres de l'institution régionale.

Mais voici à l'occasion un nouvel élément important de particularisme de la France au sein de l'Indianocéanie. En facilitant la libéralisation des échanges inter-îles, le PRIDE vise à instaurer une zone de libre-échange entre les seuls États ACP, membres de la COI. C'est dire que La Réunion ne participe pas aux échanges commerciaux préférentiels applicables dans les autres États membres. Les conventions de Lomé ont toutefois laissé la possibilité de négociations directes entre la France et ces États ACP.

En dépit des ingéniosités déployées par la COI, la progression des échanges inter-îles dans le cadre du PRIDE a été modeste. Pour expliquer ce constat décevant, il convient de mettre une nouvelle fois l'accent sur les disparités qui existent entre les économies des États ACP, membres de la COI. Force est également de reconnaître que le renforcement des échanges inter-îles n'est pas perçu comme une priorité par les responsables de certains États. On peut néanmoins regretter que ce programme multifonctionnel ait été, comme beaucoup d'autres, limité dans le temps : il a en effet pris fin en 2005.

En 2008, un colloque organisé aux Seychelles – sur le thème « *Mondialisation et intégration régionale : l'avenir de la COI* » – révèle toutefois un regain d'intérêt de la part des États pour l'économie et le commerce afin de redonner à ces deux pôles toute leur place dans le cadre d'une coopération régionale efficiente. Plus récemment, le PDS – adopté le 17 janvier 2013 par le Conseil des ministres de la COI – se prononce, dans son Axe II, pour la création d'un espace économique et commercial d'échanges sur la base d'une approche progressive et « *à géométrie variable* ». L'idée prédominante est que l'institution régionale doit servir d'aiguillon à l'intégration des États membres. Dans cette optique, la COI vise à encourager la modernisation des infrastructures de désenclavement de ses membres au triple plan aéroportuaire, portuaire et

numérique⁶³, la gestion durable de l'eau pour assurer la sécurité alimentaire et nutritionnelle des populations indianocéaniques ainsi que le traitement ou recyclage des déchets pour protéger l'environnement régional, sans oublier une aide au secteur privé afin d'intensifier les échanges entre les pays du bassin sud-ouest de l'océan Indien. En vue de contribuer à ces objectifs, le Programme d'appui au Comité interrégional de coordination (CIRC) a été décidé pour la période 2010/2016 : il est mis en œuvre par la COI en partenariat avec les autres organisations régionales d'Afrique orientale, australe et de l'océan Indien (AFOA-OI), dans le respect des finalités de l'Union africaine et avec le concours de l'Union européenne à hauteur de 11,5 millions d'euros.

De même, pour rendre plus compétitifs les produits agricoles et industriels de ses membres qui sont très éloignés des principaux marchés internationaux européens et asiatiques et tributaires de sources d'énergies fossiles (charbon, gaz et hydrocarbures), la COI est décidée à agir dans le domaine des énergies renouvelables – biomasse, énergies éolienne, marine et solaire, géothermie et hydroélectricité – qui sont, pour la plupart, abondantes, mais encore sous-exploitées dans l'océan Indien. Dans le but de conduire l'Indianocéanie vers l'indépendance énergétique, la COI a la responsabilité d'un Programme énergies renouvelables et efficacité énergétique (PEREE), financé par l'Union européenne à hauteur de 15 millions d'euros pour la période 2014/2017. Ce programme vise notamment à améliorer l'accès de ces États à des sources d'énergie non polluantes et à des prix compétitifs dans l'intérêt bien compris des populations indianocéaniques et des entreprises privées qui, par définition, sont créatrices d'emplois.

La libre circulation des personnes et des travailleurs dans la zone sud-ouest de l'océan Indien apparaît également nécessaire pour assurer son développement. Mais cette libre circulation est encore loin d'être effective, notamment entre La Réunion et les quatre États ACP, membres de la COI. Aussi, l'institution régionale est-elle désormais résolue à s'impliquer dans la gestion des flux migratoires, une gestion qui – comme le souligne, avec lucidité, Jean Claude de l'Estrac – pose « *de nombreux défis économiques et sociaux* » tout en générant « *aussi des opportunités* »⁶⁴. À cette fin, une réunion des dirigeants de la COI et de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) a siégé les 25 et 26 novembre 2013 à Port-Louis sur le thème : « *Intégration des migrations dans la planification du développement* ». Signé le 25 novembre 2013 par la COI et l'OIM en présence d'un représentant de l'Union européenne, un protocole de coopération entérine l'établissement par des experts régionaux d'une liste de recommandations aux instances compétentes de la COI dans le but de faciliter la mobilité des personnes et des travailleurs entre les pays de l'Indianocéanie tout en prenant en

⁶³ La triple connectivité – aérienne, maritime et numérique – des États de la zone sud-ouest de l'océan Indien sera abordée dans le cadre des objectifs poursuivis par la COI en matière touristique. Voir *infra*.

⁶⁴ ANONYME, « Atelier "Migration et développement". Les données migratoires au service de la COI », *Témoignages*, jeudi 28 novembre 2013, p. 9.

considération des problèmes connexes importants comme la sécurité des frontières étatiques et l'immigration clandestine.

Mais la COI ne s'implique pas uniquement au niveau de l'économie et du commerce en général. Elle entend aussi promouvoir la coopération inter-îles dans un secteur économique prometteur : celui de l'économie marine ou « *économie bleue* » qui implique une exploitation responsable et durable des ressources naturelles vivantes de la partie occidentale de l'océan Indien. Encore convient-il d'observer, en ce domaine pourtant ciblé, une diversification parfois excessive des interventions de la COI.

2/ La gestion pérenne des ressources halieutiques

La mer suscite des convoitises grandissantes depuis le surgissement du concept de zone économique exclusive (ZEE) large de 200 milles nautiques (370, 400 kilomètres), une largeur calculée à partir de la laisse de basse mer lorsque la côte est rectiligne. Engendré de manière coutumière à l'initiative des pays en développement, dans le cadre d'un Nouvel ordre économique international (NOEI), le concept de ZEE a été codifié par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay (Jamaïque) le 10 décembre 1982. En vertu de l'article 56 de cette Convention, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, l'État côtier exerce dans la ZEE « *des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol* »⁶⁵.

Suite à la consécration relativement vélocité du concept de ZEE qui est, sans conteste, un des aspects majeurs de la restructuration du système juridique international des espaces océaniques, les États membres de la COI exercent désormais des droits souverains sur de véritables empires maritimes et, par ricochet, sur des ressources biologiques substantielles, encore sous-exploitées, mais déjà menacées.

Mais là encore, la COI n'a pas attendu le PDS, élaboré en 2013, pour aborder une question qui figure dans l'Axe II, relatif à l'économie. Afin de maîtriser la pêche au thon, les Comores, la France, Madagascar et Maurice ont décidé – dès 1986 – de créer l'Association pour l'exploitation des ressources thonières de l'océan Indien. Cette initiative a permis à la COI d'obtenir l'aide financière de l'Union européenne et l'assistance technique de la France⁶⁶. Le

⁶⁵ Consulter la Convention des Nations unies sur le droit de la mer in P.-M. DUPUT et Y. KERBRAT, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, 2012, p. 653-801 et notamment p. 689. Concernant le concept de ZEE, consulter également P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2014, p. 833-837.

⁶⁶ Afin de collecter et d'analyser les données sur les ressources en thon dans la partie occidentale de l'océan Indien, un comité scientifique a été créé. Cette création s'est aussitôt traduite par un nouvel et louable élément de particularisme de la France au sein de la COI : ce pays a en effet mis au service de l'institution

programme de pêche pélagique a eu pour but d'optimiser la gestion de la ressource thonière en faisant évoluer les techniques de pêche au thon du stade artisanal à celui de la production industrielle. Pour réaliser le Programme thonier régional (PTR1) pour la période 1987/1996, un thonier polyvalent a été affrété pour évaluer les ressources thonières dans la partie occidentale de l'océan Indien et tester de nouvelles techniques de pêche. Son entrée en service a été l'une des premières concrétisations de la coopération au sein de la COI. L'expérience ayant été jugée positive, un deuxième Programme thonier régional (PTR2) a été décidé pour la période 1996/2005.

Par la suite, la COI est intervenue pour assurer une gestion pérenne de l'ensemble des ressources halieutiques qui sont vitales pour les économies de l'Indianocéanie, dès lors qu'elles sont génératrices de revenus et contribuent à réduire la dépendance alimentaire des populations toujours plus nombreuses du bassin sud-ouest de l'océan Indien. C'est en ce sens que s'est prononcé le III^e Sommet de la COI qui a siégé à Antananarivo, le 22 juillet 2005. Tout en confirmant cet objectif dans sa Déclaration finale de Moroni, le 23 août 2014, le IV^e Sommet a tenu à le compléter pour tenir compte des nouvelles menaces qui pèsent depuis quelques années sur l'océan Afro-asiatique. Après avoir rappelé l'impérieuse nécessité d'une action commune pour la « *conservation et la gestion durable des ressources marines et halieutiques* » de l'Indianocéanie, le Sommet a déclaré que les États devaient également assurer « *la promotion d'une économie bleue et océanique créatrice d'emplois et de croissance, qui nécessite également un environnement maritime sécurisé* ». Ainsi est officiellement donnée compétence à la COI pour intensifier la lutte contre la pêche clandestine et combattre le fléau de la piraterie maritime.

Concernant, en tout premier lieu, les actions à mener contre la pêche illégale, celles-ci devraient monter en puissance, dès lors que cette activité économique irrégulière – une activité non déclarée et non réglementée (ANN) – est de plus en plus préjudiciable aux populations indianocéaniques. Avant même la tenue du IV^e Sommet de la COI, un projet de coopération inter-îles a été adopté afin de combattre la pêche illicite et promouvoir une gestion responsable et équitable des ressources halieutiques : il s'agit du Programme régional de surveillance des pêches (PRSP), financé par l'Union européenne à hauteur de 12 millions d'euros pour la période 2007/2011. Dans le prolongement du PRSP, il faut mentionner le programme régional pêche *SmartFish* mis en œuvre par la COI en partenariat avec les autres organisations régionales d'Afrique orientale, australe et de l'océan Indien (AFOA-OI) et toujours avec le soutien de l'Union européenne : à hauteur de 21 millions d'euros pour la première phase (2011/2014) et de 16 millions pour la seconde (2014/2017). Le dispositif *SmartFish* a pour but

indianocéanique les ingénieurs et techniciens de l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER). Au départ du Port de la Pointe des Galets à La Réunion, cet organisme – reconnu au plan international – a pu ainsi contribuer à promouvoir l'exportation des technologies de pointe françaises vers les autres États membres de la COI.

principal d'élever le niveau de développement économique dans la région élargie de l'AFOA-OI par une exploitation durable des ressources halieutiques. Mais comme par passé, il permet également aux patrouilleurs maritimes des États membres de la COI, à des avions de patrouille maritime et à un satellite radar d'intervenir dans des campagnes de surveillance afin de faire respecter les législations nationales et régionales de gestion des pêches. Il est toutefois permis de douter de sa pleine efficacité : comme dans le cadre du PRSP, cette action qui se veut essentiellement dissuasive n'est pas permanente et ne peut, de surcroît, mobiliser que quatre ou cinq patrouilleurs maritimes dans les ZEE des cinq États membres qui s'étendent – faut-il le souligner ? – sur quelque cinq millions et demi de kilomètres carrés, soit deux fois la superficie de la Méditerranée.

La surveillance des pêches est primordiale pour le développement d'une branche importante de l'économie de l'Indianocéanie. Mais la COI a également pour mission d'assurer un « *environnement maritime sécurisé* » : elle doit intervenir pour préserver les eaux environnantes des États membres du risque majeur de la piraterie qui prospère depuis plusieurs années à la Corne de l'Afrique, au large des côtes somaliennes et yéménites, et, aujourd'hui, dans toute la zone occidentale de l'océan Indien. Pour faire face à ce danger bien réel et de plus en plus diversifié qui menace l'industrie de la pêche hauturière et la navigation maritime⁶⁷, la COI a réagi en prenant part au Programme régional pour la promotion de la sécurité maritime, connu sous l'acronyme MASE (*Maritime Security*) et financé à hauteur de 37,5 millions d'euros par l'Union européenne pour la période 2013/2018. Comme le programme *SmartFish*, le programme MASE est mis en œuvre par la COI en partenariat avec les autres organisations intergouvernementales de l'AFOA-OI et le soutien des instances internationales traditionnelles de la lutte anti-piraterie comme l'Organisation maritime internationale (OMI) et le bureau Interpol. Grâce à la mobilisation des crédits communautaires, la COI a pu ainsi anticiper en constituant une unité anti-piraterie (UAP) qui est basée aux Seychelles pour des raisons d'efficacité et regroupe à Victoria des experts en piraterie maritime mis à disposition par les États membres. Cette unité anti-piraterie est opérationnelle depuis le 1^{er} juin 2012. Mais elle est encore peu étoffée et, de surcroît, sporadique. Il est donc permis, de nouveau, de s'interroger sur sa crédibilité ou son caractère dissuasif.

Il faut néanmoins souhaiter que les espoirs mis dans les programmes de gestion responsable des ressources marines et de lutte contre la pêche clandestine et la piraterie maritime portent leurs fruits. Mais est-il approprié pour la COI

⁶⁷ Il s'agit de faire face à la « *criminalité transnationale* » – entendue *lato sensu* – qui englobe les menaces et actions terroristes, le trafic international de stupéfiants, le tourisme sexuel, la pêche illégale et les agressions commises en haute mer qui se sont multipliées au cours des quinze dernières années dans l'océan Indien occidental. Il s'agit en conséquence d'intercepter les « *flibustes de la mer* » afin de les juger et d'agir, en parallèle, contre les flux financiers internationaux irréguliers générés par la piraterie maritime. ANONYME, « Mer. La COI mutualise la surveillance des pêches par satellite », *Le Journal de l'île de La Réunion*, mercredi 19 février 2014, p. 10.

d'élargir encore davantage le champ de ses activités en intervenant dans les secteurs voisins de la pêche côtière, de l'aquaculture, de l'écologie littorale ou encore dans le domaine concernant la sécurité alimentaire et nutritionnelle des États membres de l'Indianocéanie – un domaine majeur qui implique le renforcement de la résilience de l'agriculture⁶⁸ – sans oublier celui de la prévention et de la répression des pollutions accidentelles ou volontaires du milieu océanique par les hydrocarbures⁶⁹ ? Toujours est-il qu'en adoptant en 2013, dans le PDS, l'Axe III qui a une vocation écologique, le Conseil des ministres de la COI a répondu de manière positive à cette interrogation.

Les responsables de la COI sont en effet convaincus que la promotion d'activités économiques bénéfiques aux populations des États membres implique un respect de plus en plus rigoureux de l'environnement terrestre et marin de l'espace indianocéanique. À cette fin, le Programme *Islands*, financé à titre principal par l'Union européenne à hauteur de 10 millions d'euros pour la première phase (2011/2014) et de 7,5 millions d'euros pour la deuxième (2014/2017), a pour objet d'aborder des sujets d'une brûlante actualité : ceux concernant les risques naturels grandissants à la suite des perturbations climatiques et la protection des écosystèmes littoraux, des récifs coralliens et des zones côtières dans la région de l'AFOA-OI⁷⁰, sans oublier la question connexe et non moins urgente de la mise en œuvre de stratégies politiques et économiques spécifiques dans les Petits États insulaires en développement (PEID) de plus en plus vulnérables et qui, par suite, sont en droit de revendiquer un statut *sui generis* au sein de la Communauté internationale et un traitement différencié, conformément aux recommandations de la troisième Conférence internationale des Nations unies sur les PEID tenue à Apia (capitale des îles Samoa) du 1^{er} au 4

⁶⁸ Le renforcement de la sécurité alimentaire dans le sud-ouest de l'océan Indien implique que Madagascar – un pays qui détient plus de 90 % des terres arables de cette région – devienne le « Grenier de l'Indianocéanie ». Mais en ce domaine, tout reste à faire pour permettre à ce souhait de devenir réalité. R. MBOG, « À Madagascar, la lutte des paysans contre la faim », *Le Monde*, mardi 7 avril 2015, p. 5.

⁶⁹ Financé par la Banque mondiale et le Fonds mondial pour l'environnement (FME), un plan destiné à prévenir les risques de pollution marine et côtière dans l'océan Indien occidental et le canal de Mozambique – « la route des cyclones et des grands pétroliers » – a été mis en place au cours de la période 2008-2012. Il implique un système de contrôle des bateaux-citernes au niveau portuaire. Mais voici une nouvelle spécificité positive concernant la France au sein de la COI : à la suite d'une initiative de ce pays, la coopération régionale en matière de lutte contre la pollution marine peut compter sur les outils de télédétection par satellite, désormais disponibles à La Réunion.

⁷⁰ Un comité de pilotage du projet Réseau des aires marines protégées (RAMP) des États membres de la COI a été mis sur pied pour la période 2006/2010. La préservation des écosystèmes côtiers, marins et insulaires et la conservation à un stade optimal des ressources biologiques apparaissent comme les objectifs prioritaires d'une stratégie régionale aujourd'hui concrétisée par une liste d'une trentaine de sites prioritaires pour la sauvegarde de la biodiversité dans l'espace indianocéanique, dont le parc marin de Mohéli aux Comores et celui Balaclava à Maurice. Dans le prolongement du projet RAMP, le Programme biodiversité financé par l'Union européenne à hauteur de 15 millions d'euros pour la période 2014/2017 est mis en œuvre par la COI en partenariat avec les organisations internationales de l'AFOA-OI afin de promouvoir des modes de gestion adaptés et coordonnés de la biodiversité marine dans les États côtiers, membres de l'AFOA-OI. ANONYME, « Comores. La COI renforce la surveillance des coraux », *Le Quotidien de La Réunion*, mardi 29 septembre 2015, p. 48.

septembre 2014⁷¹, elles-mêmes confirmées par « *l'Accord de Paris* » adopté le 12 décembre 2015 par la 21^e Conférence des Nations unies sur les changements climatiques (COP 21)⁷².

Une politique environnementaliste drastique dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien apparaît aujourd'hui d'autant plus nécessaire – voire incontournable – aux autorités gouvernementales des États membres de la COI qu'elle peut avoir des conséquences positives directes et non négligeables dans un autre secteur également riche de promesses au plan économique : celui du tourisme.

3/ L'affermissement de l'industrie du tourisme

Le tourisme représente une carte maîtresse pour l'avenir des États membres de la COI dont les économies sont essentiellement agricoles et tendent souvent à la monoculture, quand elles ne reposent pas sur des produits difficiles à exploiter ou à écouler. Dans ces pays, un afflux important et régulier de touristes peut contribuer à l'amélioration de la balance des paiements par un apport de devises étrangères et à la création de nombreux emplois. Faut-il néanmoins préciser que la COI prend, dans ce secteur fragile, la suite de l'Alliance touristique de l'océan Indien (ATOI) dont étaient déjà membres les Comores, La Réunion, Madagascar, Maurice et les Seychelles⁷³ ? Créée à Port-Louis en 1966 à l'initiative de la France, l'ATOI avait en effet été dissoute, dès 1977, faute de résultats probants⁷⁴.

Malgré cet échec, la promotion du tourisme – une industrie « *sans cheminée et sans fumée* » – apparaît inéluctable dans le cadre d'une structure régionale homogène. Les circuits touristiques inter-îles sont d'autant plus concevables que les États de la COI disposent de patrimoines naturels singuliers. Maurice peut ainsi procurer aux touristes les plaisirs de ses plages et de ses vastes lagons, La Réunion les émotions de ses hautes montagnes, de ses cirques et de son volcan en activité tandis que Madagascar peut offrir les joies de la pêche, de la chasse et de son folklore, lui-même très éclectique. Les Comores volcaniques et musulmanes s'opposent aux Seychelles coralliennes et christianisées. Dès lors, ne serait-il pas judicieux d'envisager des parcours environnementalistes et culturels indianocéaniques permettant de visiter des sites classés par l'UNESCO ou déjà reconnus au plan international comme le volcan Karthala à la Grande Comore, les Tsingy du Bemaraha à Madagascar, le Morne Brabant à Maurice, le Parc National au cœur de La Réunion et la Vallée de Mai dans l'île de Praslin aux Seychelles ?

⁷¹ F. AUMOND, « Les petits États insulaires en développement », *RGDIP*, 2015, n° 3, p. 605-631.

⁷² Consulter à ce sujet S. ROGER, « États-Unis et Chine entretiennent la dynamique sur le climat. À l'ONU, 175 pays ont signé l'accord de Paris contre le réchauffement », *Le Monde*, dimanche 24-lundi 25 avril 2016, p. 6 ; E. BOURDONCLE, « Convention-cadre sur les changements climatiques. 21^e Conférence à Paris, le renouveau du multilatéralisme ? », *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 2016, n° 1, p. 76-78.

⁷³ A. ORAISON, « La rénovation de l'Alliance touristique de l'océan Indien », *APOI*, 1974, volume I, p. 265-287.

⁷⁴ A. ORAISON, « La disparition de l'ATOI », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 22 septembre 1977, p. 14.

Pour rendre toujours plus attractifs les États membres au plan touristique, la COI doit déjà utiliser tous les supports d'information existants : affiches, brochures, livres, annuaires touristiques, plans itinéraires ainsi que les articles inspirés. Encore convient-il d'ajouter les conférences, les festivals et les salons internationaux du tourisme, les émissions de radio et de télévision qui évoquent un climat ainsi que la photographie, le disque, le film et le site Internet⁷⁵. Ces supports sont irremplaçables pour assurer l'essor touristique de n'importe quel État. Mais ils sont coûteux et parfois même très onéreux pour certains d'entre eux. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'États exigus et peu peuplés, comme c'est le cas pour la plupart des États membres de l'Indianocéanie. Autant dire que la solidarité inter-îles en matière touristique apparaît inévitable dans le cadre de la COI. La solidarité indianocéanienne peut notamment être bénéfique à La Réunion qui a un grand retard à combler sur Maurice et les Seychelles⁷⁶.

Dès 1986, la COI décide la publication d'un livre tiré à 10 000 exemplaires et la réalisation d'un film de 20 minutes sur les atouts touristiques de l'Indianocéanie. Par la suite, le Conseil des ministres, réuni à Port-Louis les 17 et 18 avril 1996, adopte le Programme régional de soutien au tourisme (PRST) qui donne aux États membres la possibilité de participer aux salons internationaux du tourisme. Sous la direction du professeur Jean-Michel Jauze de l'Université de La Réunion, la COI a publié en 2016 un nouvel ouvrage collectif intitulé « *Patrimoines partagés : traits communs en Indianocéanie* »⁷⁷, après avoir réalisé en 2014 une vidéo avec le concours de l'UNESCO. Intitulé « *IndianOcéanie : nous, vous, îles, elles...* », ce court-métrage vise à faire connaître l'originalité et la grande diversité du patrimoine culturel immatériel des pays membres, à travers cinq événements significatifs : le Grand Mariage aux Comores, le Famadihana ou Fête du Retournement des Morts à Madagascar, le Dipavali ou Fête de la Lumière à Maurice, la Fêt Kaf du 20 Décembre à La Réunion et le Festival Kreol aux Seychelles.

Mais en dépit des efforts de promotion à ce jour prodigués, la vente en commun de l'espace indianocéanique n'est pas encore une réalité tangible. Les résultats obtenus en ce domaine par la COI sont variables d'un pays à l'autre. Le tourisme se porte bien à Maurice et aux Seychelles en raison de leurs patrimoines balnéaires incomparables et il est en expansion à La Réunion qui a fait un effort pour la formation du personnel hôtelier, au cours des deux dernières décennies. Mais tout reste à faire aux Comores et à Madagascar qui sont dépourvus des infrastructures de base et n'attirent pas les touristes en raison d'une instabilité

⁷⁵ Le site de la COI www.commissionoceanindien.org vise à améliorer les informations économiques et commerciales dont peuvent disposer les opérateurs économiques dans la zone sud-ouest de l'océan Indien.

⁷⁶ J. SARTRE, « Paris. Rapport annuel de la Cour des Comptes. Le tourisme réunionnais cloué au pilori », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 12 février 2014, p. 11.

⁷⁷ La version numérique de cet ouvrage peut être consultée sur le site précité de la COI : www.commissionoceanindien.org. Consulter également J.-M. JAUZE, « *Patrimoines partagés : traits communs en Indianocéanie* », La Réunion, Épica éditions, 2016, 224 pages.

politique chronique, déjà évoquée. Pour créer une destination attractive et commune dans l'Indianocéanie, il serait souhaitable que la COI concrétise le projet de création d'une Association du tourisme des îles de l'océan Indien (ATIOI), cogérée par les États membres et le secteur privé : pour y parvenir, un Programme régional pour le développement du tourisme (PRDT) financé par l'Union européenne et la France à hauteur de 7,4 millions d'euros a bien été réalisé entre 1994 et 2001. Mais comme les tentatives précédentes, ce programme n'a pas donné les résultats escomptés.

Dès sa prise de fonction en 2012, le Secrétaire général de la COI s'est, à son tour, penché sur la question du développement du tourisme en direction des « *Îles Vanille* » et celle de l'essor du tourisme inter-îles. De fait, ces questions sont interdépendantes et liées à la connectivité aérienne, considérée comme un des principaux facteurs d'intégration économique dans le sud-ouest de l'océan Indien. Après avoir soutenu en 2013 et 2014 un projet visant à la création d'une compagnie aérienne commune aux États membres de la COI, née de la fusion des compagnies existantes, Jean Claude de l'Estrac a été contraint en 2015 de faire preuve de réalisme, face aux oppositions de certains États. Dans le cadre d'une « *stratégie aérienne régionale* », le Secrétaire général entend désormais améliorer la desserte inter-îles par la mise en place de vols réguliers entre les pays indianocéaniques, la simplification des formalités pour les voyages inter-îles et une baisse sensible du prix des billets d'avion pour le transport des passagers ayant la nationalité des États membres⁷⁸. Pour atteindre ces objectifs, les représentants des cinq compagnies aériennes de l'Indianocéanie – Air Austral, Air Madagascar, Air Mauritius, Air Seychelles et Air Inter-Îles de l'Union des Comores – ont conclu à Antananarivo, le 21 septembre 2015, un accord portant création de « *l'Alliance Vanille* ». La création d'une compagnie aérienne *low cost* pour le transport régional a aussi été envisagée⁷⁹. Le renforcement de la connectivité aérienne régionale apparaît ainsi comme un des moyens permettant à l'Indianocéanie de devenir toujours plus intégrée, solidaire et prospère. De même, le Secrétaire général de la COI est-il favorable à une « *stratégie maritime régionale* » qui implique la mise en place d'un système de cabotage régulier inter-îles dans le cadre d'un partenariat entre secteur public et secteur privé après modernisation et extension des infrastructures portuaires de la région, notamment celles des Comores, de Madagascar et des Seychelles.

Certes, la valorisation des liaisons aériennes et maritimes inter-îles est de nature à favoriser les échanges au sein de l'espace indianocéanique et à promouvoir le tourisme intra-zonal. Cette conviction a été exprimée par le IV^e Sommet de la COI qui a siégé à Moroni le 23 août 2014. Toutefois, dans leur Déclaration finale, les chefs d'État et de Gouvernement ont voulu aller plus loin en

⁷⁸ A. DUPUIS, « Selon Jean Claude de l'Estrac : "La coopération entre compagnies aériennes de la zone est en marche" », *Le Journal de l'île de La Réunion*, samedi 7 février 2015, p. 14.

⁷⁹ S. F., « Régionales 2015. Compagnie *low cost* indianocéanique », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 14 octobre 2015, p. 10.

reconnaissant non seulement « *l'importance pour l'Indianocéanie d'améliorer la connectivité globale de la région, qu'il s'agisse de desserte maritime, déterminante pour le commerce* » et « *de desserte aérienne, déterminante pour le tourisme et les affaires* », mais aussi la « *connectivité numérique, déterminante pour les entreprises, l'investissement et le transfert de technologies* ».

Dès lors qu'elle veut contribuer à accroître les flux touristiques à destination des États membres, la COI doit encourager la promotion des techniques les plus modernes dans le domaine des télécommunications. C'est dans ce contexte que le PDS a été adopté par la COI en 2013 et complété, en 2015, par un programme régional de connectivité numérique, baptisé « *e-COI 2020* ». Pour justifier un ambitieux programme d'infrastructures visant à connecter l'Indianocéanie par l'installation d'un nouveau câble sous-marin à fibre optique, le Conseil des ministres de la COI, réuni à Antananarivo le 20 mai 2015, a mis l'accent sur le rôle grandissant du secteur des télécommunications comme facteur de progrès économique pour chacun de ses membres. De fait, une connexion numérique accessible et compétitive des îles du sud-ouest de l'océan Indien est de nature à faciliter leur intégration au sein de marchés régionaux et internationaux plus vastes.

Mais au risque de s'impliquer encore davantage dans de nouveaux objectifs fluctuants, les responsables des États membres de la COI considèrent que l'institution régionale doit aussi intervenir dans la gestion des risques naturels qui menacent l'Indianocéanie⁸⁰, prendre en compte ses traditions, son artisanat⁸¹ – un secteur de nature à intéresser, il est vrai, les touristes – et son histoire, sans oublier son folklore, ses festivals créoles et sa littérature. Sur un plan plus général, la COI entend agir – ainsi que le recommande, en 2013, le PDS dans l'Axe IV – pour la promotion de la culture, de l'éducation et de la santé des populations qui vivent souvent avec de grandes difficultés dans le sud-ouest de l'océan Indien.

4/ La promotion de la culture, de l'éducation et de la santé

Pour donner corps et vie au concept d'Indianocéanie et permettre l'émergence d'une véritable conscience régionale encore diffuse dans l'opinion publique des États membres, la COI est décidée à prendre en compte la dimension historique du développement de ces pays par des programmes relatifs à la sauvegarde et à la valorisation des cultures et des langues des peuples de cette partie du monde. Mais une nouvelle fois, il convient de mettre l'accent sur un

⁸⁰ Afin de lutter contre la vulnérabilité des îles indianocéaniques due à des changements climatiques récents et de plus en plus manifestes, la COI a ainsi organisé le 12 juin 2012 à Port-Louis une réunion de mobilisation de ses partenaires techniques et financiers pour conforter le Programme de prévention et de gestion des risques naturels et des catastrophes (PGRNC), conçu pour la période 2011-2017.

⁸¹ Un Programme régional d'appui à l'artisanat (PRAA) dans les pays membres de la COI a déjà été financé par l'Union européenne à hauteur de 3,5 millions d'euros au cours de la période 1990/1996. Ce programme a ainsi permis de mettre en place une série de formations des artisans dans divers secteurs jugés porteurs : agro-alimentaire, boiserie, céramique et vannerie.

nouvel élément de particularisme positif de la France au sein de l'institution régionale. Ce pays a en effet un rôle moteur à jouer au sein de la COI dans la mesure où il est présent dans l'océan Indien occidental et d'abord à La Réunion, depuis plus de trois siècles et demi. Sous son égide, l'histoire a tissé entre les territoires insulaires de cette région du monde des liens très étroits que symbolisent la pérennité et la vitalité de la langue et de la culture françaises.

Comme l'histoire et l'insularité, la langue est un puissant facteur d'unité dans l'Indianocéanie. Totalemment ou partiellement de langue française, ses États membres adhèrent tous à l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) et ce n'est pas un hasard si l'Accord général de coopération entre les États membres de la COI conclu en 1984, les Protocoles d'adhésion de la France et des Comores à la COI signés en 1986, le Protocole additionnel de 1989, l'Accord de siège entre la COI et Maurice ainsi que le règlement intérieur de la COI sont rédigés en français. Outil de dialogue au sein de l'espace indianocéanique, la langue de Molière est de nature à faciliter les échanges inter-îles.

Dans ce contexte, la COI n'aurait-elle pas alors vocation à rester une organisation régionale de proximité ? Cette question quelque peu insolite – sinon incongrue – mérite d'être posée dans la mesure où l'adhésion d'États anglophones à la COI ainsi que l'attribution du statut d'État observateur à d'autres pays non francophones comme la Chine, l'Inde, les Maldives ou l'Australie, pourraient altérer le cadre géographique bien délimité par l'Accord général de coopération de Victoria aux pays du sud-ouest de l'océan Indien et remettre en cause la grande homogénéité linguistique de la COI qui se manifeste, depuis 1984, par le choix du français comme unique langue officielle et seule langue de travail.

Mais si la force du français est indéniable dans l'ensemble du bassin sud-ouest de l'océan Indien, les « *industries* » liées à cette langue ont encore, à ce jour, été peu exploitées par la COI. Pour y remédier, une étude de faisabilité technique et financière a été envisagée en 2013, au plan de la communication audiovisuelle, avec pour finalité la création d'une plateforme numérique régionale multimédia commune aux cinq États membres et à vocation essentiellement culturelle. Les programmes de cette plateforme numérique – déjà baptisée « *Océane TV* » – pourraient ainsi sensibiliser un grand nombre de personnes et, par suite, favoriser – selon l'expression pertinente et maintes fois répétée de Jean Claude de l'Estrac – « *l'émergence d'une authentique conscience régionale dans l'Indianocéanie* ».

Dans un autre domaine, une coopération universitaire existe depuis longtemps entre les États francophones de l'océan Indien. Mais comme beaucoup d'autres, cette solidarité inter-îles a d'abord prospéré à l'extérieur de la COI. Avec la création de l'institution régionale, il a été jugé utile de placer les cas dispersés de coopération universitaire sous l'autorité d'un organisme fédérateur.

Le I^{er} Sommet de la COI s'est ainsi prononcé à Antananarivo, le 16 mars 1991, sur le principe de la création d'une Université de l'océan Indien (UOI) et

cette création a été entérinée cinq ans plus tard par le Conseil des ministres de la COI, réunis à Port-Louis les 17 et 18 avril 1996. Opérationnelle depuis le 1^{er} janvier 1998, l'UOI apparaît, après le PRIDE, comme le second programme d'envergure de la COI. Financée essentiellement par l'Union européenne, cette structure souple installée à La Réunion – une installation qui permet, au passage, de mettre l'accent sur un nouvel élément positif de particularisme de la France⁸² – a eu pour objectif principal la promotion de la recherche scientifique. L'UOI a eu aussi pour mission de faciliter la mobilité des étudiants de l'Indianocéanie par l'établissement d'équivalences dans les diplômes (« *diplômes passeports* ») et l'allocation de bourses (« *bourses de mobilité régionale* ») pour des formations ciblées intéressant la zone océan Indien. Le 3 décembre 1999, le II^e Sommet de la COI a souhaité une articulation plus étroite « *des activités et des moyens de l'Agence universitaire de la francophonie avec ceux de l'Université de l'océan Indien* ». À l'évidence, une dynamique avait été créée pour encourager la formation et la plénitude intellectuelles des populations indianocéaniques.

Mais comme la plupart des programmes déjà évoqués qui présentent la particularité fort contestable d'être conçus pour des périodes plus ou moins brèves, on doit tout particulièrement regretter que le programme visant à créer une « *université sans mur* » commune aux cinq États membres de la COI ait pris fin en 2005. Certes, d'autres actions ont été prévues au plan scientifique par l'institution régionale. Mais ces actions sont plus modestes dans leurs objectifs. Ainsi, le Conseil des ministres de la COI a-t-il décidé, le 11 avril 2014, la création d'un pôle régional « *Recherche-Éducation* » en vue de renforcer la compétitivité de l'Indianocéanie. Pour donner corps à ce projet, un accord de partenariat scientifique a été signé à Ébène le 19 septembre 2014 entre la COI et l'Institut de recherche pour le développement ((IRD). Ce partenariat complète celui qui a été conclu en juin de la même année avec le Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD). Certes, il y a bien également des assises, des rencontres, des séminaires et des colloques réunissant, sous l'égide de la COI, des scientifiques de la zone sud-ouest de l'océan Indien comme celui qui s'est tenu à Mahébourg (Maurice), les 6 et 7 juin 2013, sous le titre : « *L'Indianocéanie, socle et tremplin de notre devenir* ». Mais ces rassemblements de chercheurs sont sporadiques et portent sur des points ciblés.

Nous restons convaincus que la recherche scientifique axée sur la zone océan Indien doit être réalisée dans le cadre d'une structure pérenne et complétée par la formation permanente d'étudiants des États membres de la COI sur les problèmes spécifiques à l'océan Indien occidental. C'est dire que la renaissance de l'Université de l'océan Indien et sa pérennisation nous apparaissent comme des leviers aptes à donner toujours plus de visibilité à la notion d'Indianocéanie et à

⁸² Entre 1998 et 2005, la Direction régionale de l'UOI a été installée à Saint-Denis dans les locaux de la Faculté des Lettres et des Sciences Humaines de l'Université de La Réunion. Ses frais d'installation et de fonctionnement ont été entièrement pris en charge par la France. Mais c'est une ressortissante de l'Union des Comores – Masseur Allaoui – qui a occupé le poste de Directrice régionale de l'UOI.

renforcer, par suite, le sentiment d'appartenance à une même communauté parmi les populations de cette région du monde.

La coopération régionale doit favoriser l'accès des peuples indianocéaniens à l'information, la culture et l'éducation. À l'évidence, un de ses objectifs prioritaires est de contribuer à leur épanouissement intellectuel. Mais au risque une nouvelle fois de se disperser, les problèmes de l'hygiène et du bien-être physique des individus – des problèmes au demeurant préoccupants – n'ont pas été occultés. La COI est résolue à agir pour promouvoir l'accès des femmes aux postes décisionnels dans le monde du travail, dès lors qu'elles sont des forces vives incontournables pour la concrétisation du concept d'indianocéanisme. Elle entend également lutter contre toutes les formes de discrimination basées sur le genre, notamment les maltraitances domestiques à l'égard des femmes et des jeunes filles.

De même, dans le domaine de la santé, plusieurs projets ont déjà été concrétisés. Après avoir ainsi réalisé le Programme plantes aromatiques et médicinales (PLARM) subventionné par l'Union européenne à hauteur de 2,2 millions d'euros pour la période 1988/1995 et destiné à recenser les plantes aromatiques et médicinales du sud-ouest de l'océan Indien, le Conseil des ministres de la COI, réuni à Port-Louis les 17 et 18 avril 1996, a adopté le Programme régional de santé (PRS) afin de combattre la malaria ou paludisme, une maladie encore endémique aux Comores et à Madagascar. Avec le concours financier de la Banque africaine de développement à hauteur de 7 millions d'euros, le Plan appui à l'initiative régionale de prévention du VIH/SIDA/IST – conçu pour la période 2006/2011 – a, pour sa part, été créé afin d'accroître la prévention contre le sida et améliorer les soins apportés aux malades.

Par la suite, un Réseau de surveillance et d'investigation épidémiologique (RSIE), financé par la France à hauteur de 5,6 millions d'euros, a été établi pour la période 2009-2013 avec une double finalité : détecter le plus tôt possible les épidémies afin de réduire leur impact sur les populations de la région indianocéanique par une mise en réseau des services publics de surveillance des maladies transmissibles – comme le chikungunya, la dengue, la leptospirose ou la malaria – et instaurer une unité de « *Veille sanitaire* » impliquant le renforcement des capacités d'action des ministères de la Santé des États membres de la COI par la formation d'épidémiologistes de terrain et de vétérinaires en nombre suffisant, en raison des liens très étroits entre épidémies et épizooties. Toujours financée par la France à hauteur de 6 millions d'euros afin de concrétiser le concept « *One health* » (« *Une seule santé* ») prôné par l'OMS, une deuxième phase du programme « *Veille sanitaire* » concerne la période 2013/2017⁸³.

⁸³ ANONYME, « Santé publique. Lancement de la 2^e phase du programme "Veille sanitaire" de la COI », *Témoignages*, mercredi 5 février 2014, p. 4.

Une remarque globale suffit à caractériser les programmes de la COI relatifs à la santé des populations des États membres. Les résultats obtenus à ce jour dans des domaines complexes et portant sur des périodes relativement courtes sont, dans l'ensemble, modestes. Le bilan de la COI au plan sanitaire reste donc mitigé. Quant à la coopération culturelle inter-îles proprement dite, elle se manifeste trop souvent encore sous le signe du folklore, quand elle ne se heurte pas à un certain scepticisme dans l'opinion publique indianocéanienne. Cependant, si le bilan ainsi présenté laisse à désirer, c'est peut-être autant en raison d'une absence de hardiesse de la part des responsables des États membres de la COI que d'un manque de diversification des moyens financiers mis à la disposition de l'institution régionale.

B.- Les moyens financiers insuffisants et peu diversifiés de la COI

Les États membres veulent-ils faire de la COI un outil performant au service de la coopération régionale ? Trois décennies après sa naissance, cette question prégnante est toujours d'actualité. Dans l'hypothèse où la volonté politique existe, reste à trouver le « *nerf de la guerre* » qu'est l'argent pour concrétiser les projets de la COI. Or, l'existence d'une organisation internationale dynamique entraîne des charges toujours plus importantes et diversifiées. Pour les couvrir, celle-ci doit donc impérativement se procurer les ressources correspondantes⁸⁴. En ce domaine, la COI n'échappe pas à la règle.

D'emblée, il est utile de savoir que son budget se décompose en deux branches : la branche fonctionnement et la branche investissement. La distinction s'impose dans la mesure où le modeste budget de fonctionnement de la COI est, en principe, financé par les États membres (1) tandis que son budget d'investissement est, pour l'essentiel, pris en charge par les aides financières en provenance des organisations internationales à vocation universelle comme les Nations unies ou à vocation régionale comme l'Union européenne qui est en fait – depuis l'origine – le principal bailleur de fonds de la COI (2).

1/ Le financement du budget de fonctionnement de la COI

Dans toute organisation intergouvernementale de type classique, la recette publique de droit commun est la contribution annuelle obligatoire versée par les États membres. Mais en ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, l'Accord général de coopération entre les États membres de la COI, signé à Victoria en 1984, est peu explicite. Dans son article 12, il se borne à poser le principe selon lequel « *les États signataires prennent en charge les dépenses occasionnées par leur participation à la présidence et aux sessions de la Commission* » (alinéa 1^{er}).

⁸⁴ Au sujet des modes de financement des organisations internationales à vocation universelle et à vocation régionale, consulter notamment P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 662-665.

Concrètement, les frais de déplacement des délégations nationales sont à la charge des États membres de l'institution régionale tandis que les dépenses liées à l'accueil de ces délégations et « à l'organisation matérielle des réunions » du Conseil des ministres sont supportées par l'État sur le territoire duquel se déroulent les réunions (alinéa 2).

Également signé à Victoria en 1989, le Protocole additionnel met, pour sa part, l'accent sur les principes d'unité, d'équilibre et d'annualité budgétaire. Dans son article 8, il indique que « toutes les recettes et dépenses » de la COI « figurent à son budget dans les conditions fixées par le Règlement financier prévu à l'article 10 ». Il précise que « le budget doit être équilibré en recettes et dépenses » et que « l'exercice budgétaire est de douze mois ».

Les contributions annuelles obligatoires incombant aux États membres sont fixées en fonction d'une clé de répartition. Établie par l'article 11 du Protocole additionnel, cette clé peut être modifiée, « à la demande d'un État membre », par décision du Conseil des ministres de la COI. Ainsi, après avoir revu à la baisse la quote-part de Madagascar – fixée à l'origine à 40 % – à l'initiative de ses dirigeants qui ont invoqué, en l'espèce, des difficultés d'ordre économique, le Conseil des ministres de la COI a remanié la clé de répartition. En 2016, celle-ci s'établit ainsi : Comores : 6 %, France : 40 %, Madagascar : 29 %, Maurice : 20 %, Seychelles : 5 %.

Les contributions obligatoires qui visent à financer le budget de fonctionnement de la COI peuvent déjà faire l'objet d'une double critique. D'abord, ces contributions sont plutôt modiques, pour ne pas dire dérisoires⁸⁵. En outre, les contributions de certains États sont parfois payées avec retard. En 1998, le Livre blanc sur « l'avenir de la COI » souligne ainsi, en page 9, que cette pratique courante a des répercussions fâcheuses : elle entrave l'action du Secrétariat général et accrédite l'idée dans l'opinion publique indianocéanienne que la COI est seulement un moyen de mettre en œuvre des projets financés par l'Union européenne et non « une émanation de la volonté de coopération des États membres ». Pourtant, bien que dénoncée, la pratique n'a pas disparu : aussi, lors de sa session tenue à Moroni les 27 et 28 août 2013, le Comité des OPL a donc insisté auprès des États membres de la COI pour que « les arriérés de contributions soient versés dans les meilleurs délais au Secrétariat général ».

Pour avoir un ordre de grandeur, les dépenses de fonctionnement de la COI se sont chiffrées en 2015 à 1,713 million d'euros, alors même que ses recettes ont été deux fois moins élevées. Le budget a servi à payer les salaires du Secrétaire général et de son personnel et à entretenir les locaux et le matériel du Secrétariat.

⁸⁵ Pour le budget 2015 de la COI, les recettes statutaires s'élèvent à 806 800 euros. Elles correspondent aux contributions annuelles obligatoires ainsi ventilées par État membre, soit : 48 408 euros pour les Comores (6 %), 322 720 euros pour la France/Réunion (40 %), 233 972 euros pour Madagascar (29 %), 161 360 euros pour Maurice (20 %) et 40 340 euros pour les Seychelles (5 %).

Dès lors, une nouvelle et légitime interrogation surgit : les contributions statutaires mises à la charge des États membres de la COI sont-elles suffisantes pour permettre un fonctionnement régulier et efficient d'une organisation de coopération aux objectifs de plus en plus diversifiés ? Dans sa Déclaration finale faite à Moroni le 23 août 2014, le IV^e Sommet de l'Indianocéanie a franchement répondu par la négative, avant de formuler une suggestion : « *Conscients des ressources limitées du Secrétariat général de la COI, les chefs d'État et de Gouvernement encouragent l'organisation et les États membres à rechercher activement des solutions équitables de financements innovants* ».

2/ Le financement du budget d'investissement de la COI

Pour mener à bien ses projets, au nombre d'une dizaine en 2015, la COI a pu obtenir le concours financier de la part de certains États riverains de l'océan Indien comme l'Australie en 2013, un concours accordé en l'espèce pour faciliter la « *sortie de crise* » à Antananarivo et assurer la gestion des risques naturels aux Comores et à Madagascar. L'institution régionale a aussi obtenu le soutien de pays étrangers à l'océan Indien : depuis 2010, la Chine a ainsi manifesté, à plusieurs reprises, un intérêt pour certaines actions de coopération conduites par la COI. Elle a notamment versé des dons ou contributions volontaires afin de contribuer au renforcement des capacités administratives du Secrétariat général.

La COI a également bénéficié de l'assistance financière et technique de la Banque africaine de développement (BAD), de certains organes subsidiaires de l'ONU – Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) – et de l'appui d'une kyrielle d'institutions spécialisées intégrées dans la « *galaxie onusienne* » comme la FAO, le FIDA, le FMI, l'OIM, l'OIT, l'OMI, l'OMM, l'OMS, l'OMT, l'UNESCO ou la Banque mondiale⁸⁶. Mais la COI mise aussi sur l'implication du secteur privé, un secteur qui joue un rôle majeur de nature à favoriser la croissance. À cette fin, elle entretient déjà des liens privilégiés avec l'Union des chambres de commerce et d'industrie des îles de l'océan Indien (UCCIOI) dans le cadre d'une convention de partenariat conclue en 2007. De même, la COI cherche à tisser des relations avec les organisations non gouvernementales (ONG), les entreprises et les associations des pays membres de l'Indianocéanie.

Cependant, la multitude de partenaires existants ou potentiels, ainsi recensés, ne saurait masquer une réalité autant incontestable que pernicieuse. Depuis sa création, le principal bailleur de fonds de la COI est en effet l'Union européenne. De surcroît, les crédits versés par la première puissance économique

⁸⁶ À la suite d'une convention signée à Maurice le 8 mai 2015, la Banque mondiale a accordé à la COI un aide financière de 5 millions de dollars sous forme de dons afin de renforcer de manière durable et responsable la gestion des écosystèmes et des ressources halieutiques, aquaculture comprise, dans la zone occidentale de l'océan Indien. Mise en œuvre pour la période 2015/2021, la maîtrise d'ouvrage de ce programme est assurée par la Commission des pêches du sud-ouest de l'océan Indien (CPSOOI).

et commerciale du monde à l'institution régionale sont loin d'être négligeables : en 2015, ils représentent – selon l'aveu même de Jean Claude de l'Estrac – plus de 75 % des ressources financières allouées aux projets structurants des États insulaires de la zone sud-ouest de l'océan Indien. Dans la pratique, l'Union européenne intervient par le biais du Fonds européen de développement (FED). Dès lors, une question prégnante mérite d'être posée : comment expliquer ce « *partenariat historique* » privilégié et, à ce jour, indéfectible entre l'Union européenne et la COI ?

Dans le cadre d'une politique durable de coopération Nord-Sud, l'Union européenne a conclu depuis plus d'une cinquantaine d'années de nombreux et importants accords d'association avec les États en développement d'Afrique, de la Caraïbe et du Pacifique (États ACP) afin de soutenir leurs efforts de regroupement. Elle accepte ainsi de financer les projets régionaux qui favorisent l'épanouissement de la démocratie et de la bonne gouvernance ainsi qu'un développement économique harmonieux des États ACP, un groupe d'États qui inclut *ipso facto* les Comores, Madagascar, Maurice et les Seychelles, tous membres de la COI. Au double plan juridique et financier, l'institution indianocéanique peut ainsi compter sur plusieurs engagements internationaux multilatéraux majeurs dont le plus récent est l'Accord de partenariat signé à Cotonou le 23 juin 2000 par les États ACP et l'Union européenne pour une durée de vingt ans⁸⁷. Ce traité diplomatique prend en fait le relai de la IV^e Convention de Lomé.

Mais dans le passé, la COI a surtout bénéficié des dispositions de la Convention de Lomé III qui vise à promouvoir la solidarité entre États ACP et entre États ACP et États voisins, convaincus de la libéralisation des échanges par l'élimination des obstacles administratifs, monétaires et tarifaires. Dans ce cadre juridique bien délimité, l'Union européenne s'est ainsi engagée à apporter « *une assistance financière et technique aux organismes régionaux existants ou à la création de nouveaux organismes régionaux lorsque ceux-ci s'avèrent indispensables pour réaliser les objectifs de la coopération régionale* ». Certes, ce traité intéresse principalement les pays ACP, membres de la COI. Mais une autre innovation de la Convention de Lomé III concerne également les collectivités territoriales françaises ultramarines. Insérée à la demande de la France pour stimuler la solidarité entre ses collectivités périphériques et les États ACP, l'Annexe VII dispose : « *Les Parties contractantes encouragent une plus grande coopération régionale dans la Caraïbe, l'océan Pacifique et l'océan Indien, qui impliquerait les États ACP, les pays et territoires d'outre-mer et les départements français d'outre-mer environnants* ».

Voici à l'occasion un nouvel élément de particularisme qui affecte la France au plan financier. Par l'intermédiaire du FED, l'Union européenne ne

⁸⁷ J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 955-962.

subventionne que les projets régionaux des États ACP, membres de la COI. Le financement de la participation de La Réunion aux programmes de coopération mis en œuvre par la COI est donc pris en charge par les collectivités territoriales de cette île et par les organismes français centraux de développement : il faut ici faire allusion aux ministères des Affaires étrangères, de la Coopération et des Outre-mer. Ainsi, si un programme coûte 250 000 euros, le FED le finance dans la proportion des 4/5, soit 200 000 euros pour les Comores, Madagascar, Maurice et les Seychelles, les quatre États ACP membres de la COI. Quant à la part incombant à la France, elle est assumée par les contributions de l'État, de la région (part non négligeable) et du département (part plutôt symbolique) de La Réunion, auxquelles s'ajoute un cofinancement plus ou moins important et régulier émanant du Fonds européen de développement régional (FEDER). Il en est ainsi à la suite d'une inévitable concertation entre les collectivités territoriales réunionnaises intéressées par les programmes, les ministères français impliqués, la préfecture de La Réunion et les instances compétentes de Bruxelles.

Mais l'accent doit aussitôt être mis sur un autre élément très important et positif de particularisme concernant la France : cet État est en effet le deuxième plus grand partenaire financier et technique de la COI après l'Union européenne. Jean Claude de l'Estrac souligne que le soutien de la France a représenté en 2015 17 % du financement global de la COI et qu'il se manifeste essentiellement par le truchement de l'Agence française de développement (AFD), une banque de proximité dont l'un des objectifs – selon son directeur, Stéphane Foucault – est « *de favoriser l'insertion de La Réunion dans son environnement régional* »⁸⁸. Faut-il préciser que ce soutien ne se dément pas ? Ainsi, la COI a-t-elle signé à Ebène, le 23 mai 2013, une convention avec l'AFD pour financer à hauteur de 6 millions d'euros – pour la période 2013/2017 – la deuxième phase du projet « *Veille sanitaire* » conforme au concept « *une seule santé* » qui implique des actions combinées pour préserver la santé humaine et la santé animale. Jugée satisfaisante, la première phase du projet « *Veille sanitaire* » avait été décidée en réaction à l'épidémie de chikungunya qui avait affecté certains pays membres de la COI, en 2005 et en 2006⁸⁹.

⁸⁸ C. BOULLAND, « Bilan 2014 et perspectives 2015 de l'Agence française de développement (AFD) », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 6 avril 2015, p. 14. Le soutien financier de la France à la COI se fait par l'intermédiaire de l'AFD au moyen de fonds de garantie, de prêts et de subventions. Mais il implique parfois le concours d'autres organismes comme le Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD) ou le Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM). Ainsi, la COI a-t-elle signé à Ajaccio, le 26 octobre 2013, une convention avec l'AFD afin de bénéficier d'un financement du FFEM d'un montant de 1,2 million d'euros visant à mettre en œuvre le programme de protection des écosystèmes littoraux dans la région indianocéanique au cours de la période 2014/2017. Ce projet doit notamment permettre à la COI de renforcer ses actions pour une gestion pérenne de l'environnement côtier sur trois sites pilotes : le parc marin de Mohéli aux Comores, l'île Sainte-Marie à Madagascar et l'île Rodrigues à Maurice.

⁸⁹ H. SCHULZ, « Il y a dix ans, le chikungunya provoquait une crise sanitaire. Une nouvelle épidémie toujours possible », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 25 mars 2015, p. 4.

Le FED a déjà contribué au financement de plusieurs projets de la COI. Il a ainsi accordé son aide pour la réalisation de grands programmes structurants, déjà mentionnés dans cette étude : nommément le PRIDE, le Programme thonier régional (PTR) et l'UOI, respectivement à hauteur de 12 millions, 6,3 millions et 1,925 million d'euros. Mais d'autres programmes ont également bénéficié de son soutien : ainsi le Programme régional d'appui à l'artisanat (PRAA) financé à hauteur de 3,5 millions d'euros au cours de la période 1990/1996, le Programme régional de protection des végétaux (PRPV) financé à hauteur de 4,85 millions d'euros au cours de la période 2003/2008 ou encore le Programme régional de marquage de thons (PRMT) financé à hauteur de 14 millions d'euros pour la période 2004/2009.

En application de l'Accord de Cotonou du 23 juin 2000, l'Union européenne négocie des accords de partenariat économique avec les ensembles régionaux des États ACP afin de consolider leur intégration dans l'économie mondiale, conformément aux règles établies par l'OMC. Dans ce nouveau contexte, une importante innovation mérite d'être mentionnée dans le domaine du financement des programmes de la COI. L'Union européenne considère en effet que cette organisation de proximité ne représente pas un cadre juridique suffisamment vaste pour réussir la coopération régionale. Aussi a-t-elle incité, en 2002, la COI à rejoindre trois autres organisations internationales à vocation régionale – le COMESA, l'EAC⁹⁰ et l'IGAD⁹¹ – afin de continuer à bénéficier des concours financiers du FED⁹².

Lors de la réunion du Comité interrégional de coordination (CIRC) qui a siégé à Maurice du 12 au 15 novembre 2013, les discussions entre les institutions concernées ont porté sur la détermination des priorités sectorielles du Programme indicatif régional (PIR) du 11^e FED. Au final, la région élargie d'Afrique orientale, australe et océan Indien (AFOA-OI) – à laquelle la COI appartient désormais aux côtés du COMESA, de l'EAC et de l'IGAD – bénéficie d'une enveloppe globale de 1,33 milliard d'euros du FED pour la période 2015-2020, dont 50 millions d'euros pour la COI. Ainsi, malgré une conjoncture économique plutôt maussade, l'Union européenne renforce son aide en faveur des États ACP en doublant le montant de l'enveloppe financière du FED allouée à l'AFOA-OI⁹³.

Mais si les crédits mis à la disposition de la COI représentent aujourd'hui plus des deux tiers des ressources allouées pour la réalisation des programmes structurants de la COI, ce constat, au premier abord lénifiant, n'exclut pas une nouvelle objection, une objection formulée en fait depuis longtemps. Ainsi, à la

⁹⁰ Le sigle anglais EAC (*east african Community*) signifie Communauté de l'Afrique de l'Est.

⁹¹ Le sigle anglais IGAD (*intergovernmental Authority on development*) signifie Autorité intergouvernementale pour le développement.

⁹² W. BERTILE, préc., p. 7.

⁹³ ANONYME, « Commission de l'océan Indien. Le fonds européen de développement double l'aide », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 15 juin 2015, p. 52. La région élargie de l'AFOA-OI avait en effet bénéficié d'une enveloppe de crédits d'un montant de 645 millions d'euros au titre du 10^e FED.

veille du II^e Sommet des chefs d'État et de Gouvernement des pays membres de la COI réuni à Saint-Denis le 3 décembre 1999, Florent Corée constatait avec regret que « *le dialogue politique* » entre États membres avait progressivement cédé « *la place à une organisation administrative sclérosée, inféodée financièrement à l'Union européenne, principal bailleur de fonds de l'Institution* »⁹⁴.

Sans être aussi péremptoire, est-il sain que le financement de la COI dépende pour l'essentiel des crédits accordés par l'Union européenne pour la mise en œuvre de ses programmes ? Qu'advierait-il si, en cas de conflit majeur entre ces organisations internationales, le principal bailleur de fonds de la COI décidait de diminuer ou, *a fortiori*, de supprimer son concours financier ? L'institution régionale ne risquerait-elle pas alors de se retrouver paralysée ? Autant dire que la question d'une diversification plus grande des ressources de la COI mérite désormais d'être inscrite à l'ordre du jour.

Réflexions terminales

Certes, au cours de ses trois décennies d'existence, la COI a connu une évolution qui lui a permis d'acquérir une réelle maturité. Après une longue période de tâtonnement, elle est entrée en 2012 dans une phase de consolidation sous l'impulsion de son Secrétaire général. Néanmoins, l'institution régionale qui regroupe cinq États – représentant aujourd'hui 26 millions de personnes réparties sur quelque 595 000 kilomètres carrés de terres émergées – souffre toujours d'un manque de visibilité : pour le grand public, elle demeure encore un concept flou et lointain. Comme beaucoup d'organisations internationales à vocation régionale, la COI engendre l'indifférence, quand ce n'est pas le scepticisme. De fait, elle est loin d'avoir comblé tous les espoirs que ses créateurs avaient placés en elle en signant à Victoria, en 1984, l'Accord général de coopération entre les États membres. La structure indianocéanique demeure encore trop souvent empêtrée dans des difficultés récurrentes – imputables pour la plupart à la France, à Madagascar et à l'Union des Comores – et qui sont davantage d'ordre politique, diplomatique et juridique qu'économique, social et culturel. En outre, la COI manque de perspectives globales au niveau de ses objectifs, à l'évidence trop cloisonnés, dispersés et, pour la plupart, instables.

De fait, les chantiers structurants les plus ambitieux comme le PRIDE et l'UOI ne sont plus que de lointains souvenirs. Quant aux résultats concrets et durables de la COI, ils sont encore rares et le plus souvent modestes : les flux commerciaux intra-COI restent marginaux dans la mesure où la part du commerce intra-zonal représente – aujourd'hui comme hier – moins de 5 % du commerce total de la région avec les pays tiers. Un constat d'échec avait déjà été établi, en ce sens, par l'un des Secrétaires généraux de la COI. Dans une de ses rares *interviews* à la presse, Caabi Elyachroutu Mohamed avouait : « *Notre principal échec est de*

⁹⁴ F. COREE, préc., p. 12.

n'avoir pu créer un espace économique. Il n'y a pas eu d'intensification des échanges. C'est là le maillon le plus faible de la coopération inter-régionale»⁹⁵. Formulée le 23 novembre 1999, cette courageuse autocritique pourrait fort bien être reprise en 2016, en des termes voisins, par Jean Claude de l'Estrac, l'actuel et dynamique Secrétaire général de la COI.

Faut-il alors douter de l'avenir de la solidarité dans l'Indianocéanie ? Une communauté de destin est-elle concevable entre des États qui ont en commun le poids de l'insularité, l'étroitesse des marchés intérieurs, une vulnérabilité environnementale croissante et des niveaux de développement économique disparates ? La COI est-elle par ailleurs un cadre de référence approprié ? Existe-t-il surtout une réelle volonté d'agir ensemble chez les responsables des États membres ? En résumé, faut-il déjà sonner le tocsin ? Mais sur un autre versant, le moment est-il opportun de faire le bilan de la COI alors même que des travaux de soubassement sont en cours ? Dans la mesure où cette organisation régionale est entrée depuis 2012 dans une phase de restructuration, une réponse négative s'impose. Pour relever le défi de la mondialisation des échanges, les dirigeants des pays de l'Indianocéanie n'ont pas d'autre choix que de parler d'une seule voix pour espérer se faire entendre⁹⁶. Ils doivent tout mettre en œuvre pour sortir de leur splendide isolement et surmonter ensemble leurs handicaps. Convient-il au besoin d'ajouter que, pour y parvenir, la COI n'est ici en concurrence avec aucune autre organisation internationale⁹⁷ ?

Que faire alors, selon la judicieuse et lancinante question posée en 2013 par son Secrétaire général, pour « rendre la COI plus visible, plus audible et plus crédible »⁹⁸ ? Certes, il est bon que siège régulièrement le Conseil de la COI qui regroupe les ministres des États membres parce qu'il s'agit-là d'un organe de prise de décision sur des projets d'intérêt commun. À ce titre, l'institution régionale a déjà le mérite d'exister et d'être une plateforme de dialogue politique et diplomatique incontournable entre les États du sud-ouest de l'océan Indien. Sous cet angle, Jean Claude de l'Estrac a tenu à souligner, à plusieurs reprises, le rôle « actif, constructif et reconnu de la COI » – malgré « des moyens limités » – dans le processus de « sortie de crise » qui a sévi à Madagascar entre 2009 et 2013⁹⁹.

⁹⁵ Consulter l'interview intégrale de Caabi Elyachroutu Mohamed in « Le Secrétaire général de la Commission de l'océan Indien... attend le sommet des chefs d'État. Nous devons faire notre *mea culpa* », *Le Quotidien de La Réunion*, mardi 23 novembre 1999, p. 18.

⁹⁶ Y. MONT-ROUGE, « Coopération régionale. Mickaël Apaya : les îles de l'océan Indien doivent impérativement travailler ensemble », *Le Journal de l'île de La Réunion*, lundi 4 mai 2015, p. 18.

⁹⁷ Pour renforcer sa visibilité au sein de la Communauté internationale, la COI a déjà obtenu le statut d'observateur auprès de l'OMC depuis 2001, de l'Assemblée générale des Nations unies en 2006 et de la Commission de l'Union africaine en 2011.

⁹⁸ L. BIEDINGER, préc., p. 7.

⁹⁹ En vérité, ce sont les médiations de l'Union africaine, de la SADEC et de la COI ainsi que l'implication directe de leurs secrétaires généraux respectifs et l'envoi de plusieurs centaines d'observateurs – dont 16 désignés par la COI – lors de la dernière élection présidentielle qui ont permis aux Malgaches de choisir démocratiquement un nouveau Président de la République, le 20 décembre 2013. F. BANC, « Madagascar.

Encore convient-il d'aller plus loin : au plan institutionnel, l'affermissement de la COI demeure une ardente obligation.

La COI doit associer davantage à ses projets l'île de La Réunion qui est la porte d'accès naturelle à l'Union européenne pour les produits de l'Indianocéanie. Il serait également nécessaire de rendre plus réguliers les sommets de la COI dans la mesure où cette instance est seule capable de provoquer un électrochoc salutaire dans les domaines les plus sensibles et aboutir à des décisions qui s'imposent ensuite aux administrations nationales, souvent paralysées par les lenteurs bureaucratiques. À cet égard, la décision adoptée le 3 décembre 1999 par le II^e Sommet visant à réunir les chefs d'État et de Gouvernement de l'Indianocéanie « *tous les quatre ans* » est appropriée même si, dans les faits, elle n'a pas, à ce jour, été respectée. Lors de sa session tenue à Moroni les 27 et 28 août 2013, le Comité des OPL a ainsi demandé au Secrétaire général d'envisager « *avec les États membres la possibilité d'un Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement de la COI* », un sommet qui a pu enfin siéger à Moroni le 23 août 2014. Ce Comité a aussi prôné une meilleure définition des responsabilités des organes de la COI et notamment une réorganisation des rapports entre l'institution régionale et son Secrétaire général.

Dans un autre domaine, il n'est pas acceptable que certains États retardent le paiement de leurs modestes contributions annuelles obligatoires ou que la COI ait toujours pour principal partenaire et bailleur de fonds l'Union européenne. C'est dire qu'il importe de diversifier les sources de financement de l'institution régionale afin de la rendre plus autonome. La COI aurait ainsi intérêt à impulser un nouveau type de gouvernance dans l'Indianocéanie par une implication plus grande du secteur privé dans ses projets, afin de rendre ces derniers plus performants. De même, il est impératif d'assurer la pérennisation des programmes de la COI financés par les bailleurs internationaux traditionnels avec toutefois un concours financier plus important des pays membres afin de contribuer directement au renforcement de l'autosuffisance de la région dans un respect toujours plus grand de l'environnement terrestre et marin. Il est enfin hautement souhaitable que les efforts communs aboutissent à rendre les échanges commerciaux plus conséquents entre les États membres de la structure indianocéanique.

Parallèlement, la COI doit cesser d'entreprendre des actions trop diversifiées qui restent souvent sans lendemain. Il faut ici rappeler que son II^e Sommet, réuni à Saint-Denis en 1999, avait pu se féliciter de « *l'engagement des États à apporter les soutiens nécessaires à la mise en œuvre d'une politique régionale en matière de développement durable* ». Dans cette optique, ne serait-il pas cohérent pour les responsables de l'Indianocéanie d'envisager la constitution d'une Association du tourisme des îles de l'océan Indien (ATIOI) ainsi que la

Hery Rajaonarimampianina proclamé Président », *Le Quotidien de La Réunion*, samedi 18 janvier 2014, p. 8.

renaissance et la pérennisation d'une véritable Université de l'océan Indien (UOI)¹⁰⁰ ? En outre, la région indianocéanique n'est pas *a priori* assez vaste pour être viable. La critique est flagrante lorsque l'on compare la COI aux autres organisations régionales qui existent dans l'océan Afro-asiatique. Dès lors, l'élargissement de la COI à certains États d'Afrique orientale et à des États insulaires de l'océan Indien devrait être envisagé pour éviter sa marginalisation. Enfin, une concertation plus grande devrait s'instaurer entre la COI et les autres blocs économiques de cette partie du monde, composés de pays à fort potentiel de développement, conformément à l'Accord de partenariat conclu à Cotonou le 23 juin 2000 par l'Union européenne et les États ACP.

Plus encore, un pas décisif doit être franchi pour que la COI devienne le cadre privilégié d'un développement économique effectif et pérenne dans le bassin sud-ouest de l'océan Indien. Au plan psychologique, il est indispensable que les responsables des États membres croient en l'avenir de la COI et ne lui ménagent pas leurs concours. Il leur appartient de résister à la tentation parfois forte de faire cavalier seul, tout en revendiquant l'appartenance à l'institution régionale. En d'autres termes, ils doivent faire preuve de persévérance en se persuadant, comme le souligne Frédérique Cadet – dès 1996 – que si « *la voie du développement est longue, celle du développement concerté l'est plus encore* »¹⁰¹.

Pour permettre enfin l'émergence d'une authentique et durable identité indianocéanique – une indianocéanité humaniste et solidaire aux plans économique, écologique et culturel – évoquée à Moroni dans la Déclaration finale du IV^e Sommet de la COI, les États membres seraient certainement inspirés en prenant en considération le point de vue visionnaire de Reynolds Michel, ainsi exprimé, le 20 juin 2014 : « *Après 30 ans d'existence, la COI a besoin d'un nouveau souffle, d'une nouvelle étape, d'un passage de la coopération à une certaine intégration. Pourquoi pas la création d'une citoyenneté indianocéanique, une citoyenneté commune aux ressortissants de nos États insulaires, comme premier pas dans ce processus d'intégration communautaire ?* »¹⁰². Pour renforcer les liens inter-îles, il serait également approprié de réfléchir à la création d'une chaîne de radio et de télévision permanente et commune aux cinq États membres de la COI et à l'émergence d'une association des parlementaires de l'Indianocéanie dotée d'un pouvoir consultatif officiel au sein de l'institution régionale, ce qui implique à l'évidence une modification de ses statuts.

¹⁰⁰ G. GONTHIER, « Pour une "Université de l'Indianocéanie" », *Le Quotidien de la Réunion*, samedi 28 novembre 2015, p. 14.

¹⁰¹ F. CADET, préc., p. 74.

¹⁰² R. MICHEL, « Pour une citoyenneté indianocéanique », *Le Quotidien de la Réunion*, vendredi 20 juin 2014, p. 26. Une citoyenneté indianocéanique doit cependant être compatible avec le droit de l'Union européenne dès lors que la France est à la fois membre de l'Union européenne et de la COI et que, par suite, le droit de l'Union européenne est pleinement applicable dans toutes les régions ultrapériphériques françaises (RUP), y compris celle de La Réunion.

Dans cette conception ambitieuse, mobilisatrice, régénérée et seule en fait susceptible de créer une véritable dynamique indianocéanienne, l'expression « *Commission de l'océan Indien* » mériterait alors d'être amendée ou remplacée, tant il est vrai que cette plateforme de coopération régionale ne saurait demeurer, *ad vitam æternam*, un simple organisme administratif, technique et gestionnaire de projets épars et éphémères. Pour Jean Claude de l'Estrac, l'un des plus fervents partisans de cette mutation, une nouvelle dénomination s'impose « *pour incarner une communauté de destin qui unit nos peuples et nos pays* »¹⁰³. Dès lors, pourquoi ne pas retenir l'expression plus appropriée de « *Communauté de l'océan Indien* » ou celle assurément plus originale et poétique d'« *Indianocéanie* » ?

Dotée d'un hymne intitulé « *Ensemble* », interprété pour la première fois le 23 août 2014 lors de son IV^e Sommet, la COI est en vérité à un tournant historique. Convient-il enfin d'ajouter – pour conclure – que son déclin et, *a fortiori*, sa disparition serait préjudiciable à tous les pays qui appartiennent à la famille indianocéanienne et d'abord à La Réunion, en sa double qualité de région monodépartementale française des Mascareignes et de région ultrapériphérique de l'Union européenne ?

Étude achevée à Saint-Denis de La Réunion, le mardi 10 mai 2016

¹⁰³ F. BANC, « Jean Claude de l'Estrac, Secrétaire général de la COI. "Améliorer la connectivité de nos îles" », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 25 juillet 2014, p. 63.

La réponse juridique à la « Question de l'île comorienne de Mayotte »

Thomas M'SAÏDIÉ

Maître de conférences en droit public au Centre Universitaire de Mayotte

La récurrence des débats ou plutôt des interventions inopportunes mettant en avant avec une maladresse défiant toute logique juridique l'éternel argument « Mayotte-Comores » commence à instaurer un certain inconfort et une certaine confusion dans la pensée juridique auquel il convient de remédier. Précisons d'emblée aux lecteurs que le propos se veut avant tout juridique et donc dépourvu de toute considération politique.

La « question de l'île comorienne de Mayotte », comme on peut le lire dans les vingt résolutions adoptées par les Nations Unies entre 1973 et 1994, suscite l'incompréhension, de part et d'autre, et attise inutilement les passions. Cette question est issue du différend qu'il y a entre l'État français et l'État comorien, à propos de Mayotte, lorsque ce dernier a accédé à la pleine souveraineté internationale. Tandis que le premier y exerce sa souveraineté depuis 1841, le second, depuis son accession à l'indépendance le 6 juillet 1975, revendique l'île au motif inopérant que celle-ci et les autres territoires de l'archipel des Comores forment une entité juridique, en dehors de l'exercice effectif de la souveraineté française.

La « question de l'île comorienne de Mayotte » garde son acuité, son intensité lorsqu'on analyse la situation selon une approche politique. L'approche juridique, privilégiée dans le cadre de cette brève analyse, révèle qu'il s'agit là d'une question qui ne soulève aucune difficulté particulière, puisqu'elle est résolue, si l'on se fonde sur le droit international, sur la pratique de l'Organisation des Nations Unies et sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ). De ce fait, tout argument visant à plaider l'appartenance de Mayotte aux Comores ne trouvera aucune légitimité juridique incontestable. Tandis que le droit international, sur le fondement duquel les revendications comoriennes tirent leur légitimité, n'offre pas une réponse convaincante à la situation de Mayotte (I), le droit national en propose une lecture pertinente (II).

I.- La faiblesse de l'argument tiré de la violation du droit international

Si à un moment donné le droit international a laissé apparaître une confusion autour de la primauté discutable du principe d'intangibilité du territoire, sur lequel se fondent les revendications comoriennes, une interprétation téléologique souhaitable permet de faire prévaloir le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La fameuse résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, bien qu'elle n'opère aucune hiérarchisation des principes qu'elle dégage, n'était, au regard du droit international, aucunement opposable à la France et ses outremer¹, et encore moins au regard du droit interne où elle se heurte aux dispositions constitutionnelles, lesquelles reconnaissent seulement au traité une autorité supérieure à celle de loi (article 55 de la Constitution). Clairement donc, la résolution 1514 (XV) n'a, d'un point de vue du droit interne, aucune portée contraignante, et ne peut par conséquent valablement servir de fondement aux quérulences comoriennes, tel que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975². Dès lors, les condamnations de l'ONU³, mises en avant par l'État comorien pour justifier son approche géographique, n'ont qu'une portée décorative.

À supposer que ladite résolution soit opposable à la France, sa rédaction amphigourique met en conflit, *in casu*, deux principes qu'elle dégage. Le paradoxe est paroxystique, entre le droit conféré au peuple à la libre détermination (point 2 de ladite résolution) et l'unité nationale et l'intégrité territoriale (point 6), quel est le principe qui prévaut ? En dehors du fait que l'histoire institutionnelle et la jurisprudence internationale (voir notamment l'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995, sur l'affaire du *Timor oriental* opposant le Portugal à l'Australie⁴) privilégient le point 2, en pareilles circonstances, une analyse chronologique des dispositions de la résolution 1514 (XV), nonobstant une pertinence discutable, plaide en faveur du point 2, et donc du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La lecture scrupuleuse de la résolution 2621 (XXV) du 13 octobre 1970, qui constitue le « programme d'action pour l'application de la résolution 1514 », permet de soutenir cette position. Celle-ci définit la manière dont la résolution 1514 doit être mise en œuvre. Elle énumère de manière exhaustive le programme devant être suivi par les puissances administrantes. En l'espèce, la France doit se soumettre au

¹ L'emploi du pluriel est volontaire pour marquer la diversité des collectivités territoriales d'outre-mer.

² Conseil constitutionnel, décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, JORF du 3 janvier 1976, p. 182.

³ Pour être plus précis, la France n'a fait l'objet que d'une seule condamnation en 1976, par la résolution 31-4 du 21 octobre 1976. Néanmoins l'État comorien considère, à tort, que les autres résolutions adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU, qui ne font que, d'une part, « inviter » la France à se conformer aux engagements qu'elle aurait pris sur la question de l'intégrité territoriale de l'archipel des Comores et d'autre part, « prier » celle-ci d'ouvrir les négociations avec le gouvernement comorien, constituent des condamnations.

⁴ Pour une analyse de cet arrêt, voir notamment J.-M. THOUVENIN, « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », *AFDI*, volume 41, 1995, p. 328-353.

respect rigoureux des éléments contenus dans la résolution 2621 (XXV). Or, le texte en question réaffirme en préambule que « *tous les peuples ont le droit à l'autodétermination et à l'indépendance (...)* ». Il passe sous silence la question de l'intégrité territoriale. Cette volonté de l'Assemblée générale de ne mentionner que le droit à l'autodétermination démontre clairement la place importante qu'il occupe, dans le droit international. Ce texte, qui précise les modalités d'application de la résolution 1514 (XV), confère une portée particulière au droit du peuple à la libre détermination par rapport au principe de l'intégrité territoriale, dans le cadre du litige qui oppose la France aux Comores.

Cette prévalence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes trouve sa justification dans le fait qu'il s'agit là d'un des buts poursuivis par les Nations Unies (ce principe apparaît deux fois dans la Charte, notamment aux articles 1^{er} et 55). Ces considérations formelles démontrent clairement que sur le plan rédactionnel ladite résolution n'est hélas guère synonyme de limpidité, et ne peut prétendre apporter une solution juridique tranchée au cas d'espèce. La France, à l'instar du Royaume-Uni notamment dans le conflit sur les îles Falkland qui l'oppose à l'Argentine, privilégie, à juste titre, le droit du peuple à libre détermination, et rend par conséquent toute la portée au fameux principe selon lequel « *tous les peuples ont un droit inaliénable à la pleine liberté* ». À cet égard la Charte des Nations Unies et la jurisprudence de la Cour internationale de justice⁵ sont suffisamment éclairantes, en ce qu'elles considèrent, d'une part, que le droit des peuples à l'autodétermination est « *un droit opposable erga omnes* », et par conséquent, opposable à la France et à l'État comorien dans le cadre du litige qui les oppose, et d'autre part « qu'il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain ». Faut-il rappeler que dans l'affaire *Barcelona Traction* du 24 juillet 1964, la Cour considère que le droit opposable *erga omnes* est un droit d'une importance telle que « *tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* »⁶ ? La nature *erga omnes* du droit de la population mahoraise à disposer d'elle-même impose une reconnaissance de ce droit par les États. Selon le juge Weeramantry, « il existe à la charge de tous les États membres une obligation de reconnaître ce droit. Soutenir le contraire revient à vider le droit de son contenu essentiel et, par-là, à nier son existence »⁷.

Il en découle que l'État comorien n'a, au regard du droit international et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, aucune raison valable de ne pas se plier à un droit opposable *erga omnes* qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-

⁵ Voir particulièrement l'affaire du *Timor oriental* opposant le Portugal à l'Australie du 30 juin 1995 précitée, voir aussi Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie [Sud-Ouest africain] nonobstant la résolution 276 [1970] du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, CIJ Recueil 1971, p. 31-32, par. 52-53 ; Sahara occidental, avis consultatif du 16 octobre 1975 ; CIJ Recueil 1975, p. 31-33, par. 54-59.

⁶ Arrêt de la Cour du 24 juillet 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (§33).

⁷ « Opinions dissidentes du juge Weeramantry et du juge ad-hoc Skubiszewski », in *Arrêt Timor oriental*, 30 juin 1995, p. 54.

mêmes, si ce n'est une tentative habituelle inappropriée de ratiocination qui ne parvient, en définitive, qu'à instaurer une relation conflictuelle entre les autorités comoriennes et mahoraises.

Par ailleurs, les revendications des autorités comoriennes se fondent sur une condamnation de la France par l'ONU, principalement la résolution 31-4 du 21 octobre 1976, laquelle « *condamne énergiquement la présence française à Mayotte* ». Le ton employé est particulièrement comminatoire. Ce ton ne sera plus maintenu dans les différentes résolutions qui lui ont succédé. L'ONU préfère prier, voire inviter la France à résoudre ce pseudo-conflit. L'on passe donc d'une menace à une prière. Sans doute peut-on voir derrière cet assouplissement, un désintérêt de la fameuse « Question de l'île comorienne de Mayotte », rappelée par l'ancien Président de l'Union des Comores Ikililou Dhoinine lors de la 70^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 septembre 2015 et par l'actuel Président, Azali Assoumani, à l'occasion de la 71^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2016.

Les autorités comoriennes auront beau évoquer ce pseudo-conflit devant les instances internationales, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une réalité infrangible à laquelle il serait souhaitable de se conformer. Toute revendication, d'où qu'elle vienne et aussi médiatisée soit-elle, ne saurait créer à elle seule une vérité (juridique). D'ailleurs, le basculement de Mayotte du statut de Pays et territoires d'outre-mer⁸ (PTOM) vers le statut de région ultrapériphérique⁹ (RUP), lequel est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, au-delà de la portée financière très appréciable, a eu également pour conséquence de réduire significativement toute prise en compte au niveau international d'une quelconque revendication de Mayotte par les Comores. *In concreto* cela signifie que le territoire mahorais est un territoire européen, ce qui n'était pas le cas jusqu'au 1^{er} janvier 2014, et que la population mahoraise jouit pleinement de la citoyenneté de l'Union¹⁰ et des droits qui s'y rattachent. Si, des voix discordantes pouvaient se faire entendre dans les années soixante-dix¹¹, le soutien de l'Europe à la France sur cette question sera

⁸ Les Pays et territoires d'outre-mer (PTOM) sont des territoires non européens soumis à la souveraineté d'un État membre (Danemark, France, Grande-Bretagne et Pays-Bas), ayant vocation à bénéficier du régime d'association défini dans la quatrième partie des traités CEE et CE et aux dispositions correspondantes du TFUE. Pour une étude approfondie, voir nos travaux, T. M'SAÏDIÉ, *Les Pays et territoires d'outre-mer dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Col. Droit de l'Union européenne, Thèse, 2013, 647 p.

⁹ Les régions ultrapériphériques sont des territoires faisant partie intégrante de l'Union européenne, relevant de la souveraineté d'un État membre (France, Espagne et Portugal), et soumis au droit de l'Union (article 355, paragraphe 1 du TFUE) avec des possibilités d'adaptation tenant compte de leur spécificité (article 349 du TFUE). Pour une étude approfondie, nous renvoyons les lectures aux travaux de I. OMARJEE, *L'outre-mer français et le droit social communautaire*, Paris, LGDJ, 2000, 648 p ; I. VESTRIS, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Thèse, 2012, 698 p.

¹⁰ Voir Thomas M'SAÏDIÉ, « Les droits conférés par la citoyenneté de l'Union : le cas de la population de Mayotte », *Revue de l'Union européenne*, 2015, pp 68-82.

¹¹ La résolution 31-4 du 21 octobre 1976 a été adoptée à cent deux voix contre une seule, qui était celle de la France.

désormais total. Il est en effet difficilement admissible que l'Union européenne puisse accepter qu'un territoire qui est pleinement inclus dans le champ d'application territorial et personnel du droit de l'Union puisse relever de la souveraineté partagée entre deux États, l'un européen, l'autre tiers. Autrement dit, l'Europe n'aurait jamais admis que Mayotte devienne une région européenne tout en étant simultanément un territoire comorien. Aussi, sur le plan européen et international, la « Question de l'île comorienne de Mayotte » produit et produira l'effet d'un cautère sur une jambe de bois. Qu'en est-il sur le plan national ?

II. - La pertinence de l'argument tiré du respect du droit interne

Si le droit international ne peut utilement permettre l'aboutissement des revendications comoriennes sur l'intégration de la terre natale de Younoussa Bamana à l'Union des Comores, le droit national français n'y peut pas grand-chose non plus. Et l'inscription fantaisiste de Mayotte dans la Constitution comorienne (articles 1 et 39) ne changera rien à cette situation. Pour cause, l'appartenance de Mayotte à la France a été définitivement verrouillée par l'article 53 alinéa 3 de la Constitution française, avant même que la Résolution 1514 (XV) ne soit adoptée ou que les Comores n'accèdent à la pleine souveraineté internationale. Le Conseil constitutionnel l'a confirmée expressément en des mots dépourvus de toute ambiguïté en ce sens que « *l'île de Mayotte fait partie de la République française ; que cette constatation ne peut être faite que dans le cadre de la Constitution, nonobstant toute intervention d'une instance internationale* »¹². Autrement dit, la consultation précédant l'accès à l'indépendance des Comores ne pouvait être menée qu'au regard du droit interne et non au regard du droit international.

Cette affirmation est d'autant plus défendable que la résolution susmentionnée incluait dans son champ d'application essentiellement les « pays et les peuples coloniaux ». Or, la France n'était plus une puissance coloniale, à l'époque du grief. Si cette dernière argumentation peut ne pas emporter la conviction, il suffit de s'arrêter sur l'intitulé même de la résolution. Il s'agit d'une « déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux ». Une interprétation littérale permet de constater que l'intitulé même de la résolution fait intervenir les puissances « administrantes », seules à même d'« octroyer » l'indépendance aux peuples coloniaux. De plus, le mot « octroi » laisse surtout place à un comportement unilatéral (on pense notamment à la Charte constitutionnelle du 4 juin de 1814 octroyée par Louis XVIII). Dès lors, il appartenait à la France (seule) d'octroyer cette indépendance, conformément au droit français, et cela d'autant plus qu'il s'agissait d'une affaire relevant

¹² Conseil constitutionnel, décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, préc., considérant 4.

exclusivement de la compétence de l'État français. Et à cet égard, l'article 53 de la Constitution lui imposait de consulter toutes les populations des territoires concernés, souhaitant constituer un État indépendant. Ce qui justifie d'ailleurs que le Conseil constitutionnel ait validé la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores. En effet, il avait estimé, sans ambiguïté, que la France n'avait violé « aucune règle du droit public international »¹³.

Dans sa décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, le juge constitutionnel avait anticipé les réactions de la société internationale, en prévenant qu'aucune « intervention d'une instance internationale » quelle qu'elle soit, ne pourrait empêcher le maintien de Mayotte dans la République. Le Conseil constitutionnel fait une exacte lecture du dernier alinéa de l'article 53, aux termes duquel « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement de la population* ». Il a pris soin d'expliquer la portée de cet article, pour parvenir à la déduction selon laquelle le mot « territoire » visé à l'article 53 n'a pas la même consistance juridique que celui employé dans l'expression « Territoire d'outre-mer ». Alors que l'expression « Territoire d'outre-mer » incluait les quatre îles de l'archipel des Comores, et constitue de ce fait un « bloc administratif », une unité administrative, justifiant une administration commune de ces territoires, le mot territoire tel qu'entendu par le constituant à l'article 53 n'implique aucunement cette unité.

Considérer le mot « territoire » comme entraînant nécessairement l'unité administrative constitue selon nous une interprétation approximative de l'article 53 C. Le mot « territoire » et l'expression « territoire d'Outre-Mer » n'ont manifestement pas la même signification juridique, et le Conseil constitutionnel l'a à juste titre relevé dans la décision précitée. De manière plus explicite, le principe d'intégrité territoriale invoqué par l'Union des Comores trouve ses racines juridiques et historiques dans le statut juridique que le législateur et le constituant avaient réservé à l'ensemble de l'archipel des Comores. En effet, les expressions « Territoires des Comores » et « territoire d'Outre-mer » (les deux expressions incluaient les quatre territoires) sont à l'origine de la lecture inexacte de la situation de Mayotte. Le statut de territoire d'Outre-mer impliquait les quatre îles, et imposait *ipso facto* une administration commune. Cette situation a induit en erreur les défenseurs du principe de l'intégrité territoriale, puisque les deux expressions – l'une étant consubstantielle à l'autre –, qui laissent apparaître une unité ne sont qu'une pure création et construction juridique et administrative de l'État français. Il semble dès lors moins convaincant de se fonder sur une unité politique et administrative créée par la France, pour revendiquer un territoire qui n'a jamais fait partie d'un ensemble juridique, autrement que sous la souveraineté française.

¹³ V. le considérant 6 de la décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, préc.

Un autre argument tiré de la violation du principe de l'*uti possidetis juris* est souvent avancé par l'État comorien. Pour rappel, le principe de l'*uti possidetis juris*, issu du droit international coutumier, impose le respect des frontières héritées de la colonisation¹⁴. Autrement dit, l'on pourrait se fonder sur la coutume internationale, qui entraîne une obligation juridique au même titre que les traités, pour reconnaître l'existence d'une entité unique, si ce n'est que sa place est insignifiante dans l'ordre juridique interne. En effet, dans l'arrêt *Aquarone*¹⁵, le Conseil d'État affirme que « *ni l'article 55 ni aucune autre disposition de nature constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes* ». La Constitution ne mentionne pas la coutume, tout comme les résolutions. On peut dès lors considérer que ces deux types de normes ont, en droit interne, une valeur infra-législative, contrairement aux traités qui ont une valeur supra-législative. En droit international, la coutume n'est opposable à l'État que s'il ne manifeste pas expressément son refus ; ce qui est loin d'être le cas de la France, puisque s'agissant de cette question particulière, elle a toujours manifesté expressément son refus de se voir opposer une quelconque règle internationale, qu'elle soit coutumière ou non. En tout état de cause, en droit international, le principe de l'*uti possidetis* n'a pas de portée absolue, et en droit national français, du fait qu'il constitue un principe de droit international coutumier, il n'a aucune portée contraignante.

Sur le plan interne, l'intégration de Mayotte aux Comores, telle qu'envisagée incongruement par le constituant comorien (article 39 de la Constitution comorienne), constitue de plus en plus un espoir chimérique puisque seule la volonté de la population mahoraise permettrait une telle palinodie. Selon nous, cette question est incontestablement résolue sur le plan juridique dans la mesure où l'appartenance de Mayotte à la France demeure irréfragable, aussi bien sur le fondement du droit international, de la jurisprudence de la Cour internationale de justice et la pratique de l'Organisation des Nations Unies, que sur le fondement du droit national et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Toutefois, elle continue d'être soulevée par l'État comorien. En réalité, elle constitue pour les autorités comoriennes un argument politique de taille permettant de haranguer la population, alors même que sur le plan international, elle demeure sans réelle portée. Cette question, qui empêche de manière regrettable toute idée d'intégration régionale de prospérer, et donc de connaître une application effective, n'est définitivement pertinente qu'à l'intérieur de l'Union des Comores, où elle demeure immarcescible.

¹⁴ V. en ce sens J.-M. SOREL et R. MEHDI, « L'*uti possidetis* entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation », *AFDI*, vol. 40, 1994, p. 11.

¹⁵ CE, 6 juin 1997, *Aquarone*, Lebon 1997, p. 205.

La métamorphose, en 2015, d'un DOM en TOM sans changement institutionnel...

Edwin MATUTANO

Avocat à la Cour

Docteur en droit

À première approche, cela a de quoi surprendre le résident habituel d'un des deux départements d'outre-mer (Guadeloupe, La Réunion) ou des collectivités territoriales de Guyane et de Martinique¹, comme peuvent être surpris tous les spécialistes des institutions des collectivités ultramarines : en 2015, le Conseil d'État a rendu une décision par laquelle il assimile les quatre collectivités territoriales en question à des territoires d'outre-mer².

Or, cette catégorie juridique du droit public a disparu depuis la révision constitutionnelle issue de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Dans ces conditions, comment expliquer cette qualification ?

Il convient d'emblée de faire observer qu'aucune erreur matérielle n'a affecté la décision du Conseil d'État qui eût mérité d'être rectifiée selon la procédure prévue par les articles R. 833-1 et R. 833-2 du code de justice administrative.

S'agirait-il alors d'une de ces jurisprudences prétoriennes dont, parfois, il est dit qu'elles caractériseraient le contentieux administratif ? Il n'en est rien et la décision est demeurée inédite, comme, à notre connaissance, elle est demeurée assez discrète aux yeux des commentateurs.

¹ Lesquelles, par l'effet de la loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution et de la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, ne sont plus, depuis le 1^{er} janvier 2016, des départements et des régions d'outre-mer, mais des collectivités territoriales uniques régies par l'article 73 de la Constitution, à l'instar desdits départements et régions d'outre-mer ; sur le sujet, voir P. LINGIBE, *Décryptage des collectivités territoriales de Guyane et de Martinique*, AJCT, 2011, p. 559 et P. LINGIBE, *Loi d'actualisation du droit des outre-mer : mesures concernant les futures collectivités territoriales de Guyane et de Martinique*, AJCT, p. 552.

² CE 16 mars 2015, n° 372875, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie-CGT (FNME CGT)*.

C'est qu'il existe évidemment des explications parfaitement logiques, en droit et en dépit des apparences premières, qui permettent d'expliquer le sens de cet arrêt de prime abord insolite.

Afin de les exposer, il convient d'indiquer quel était l'objet de la requête dont était saisi le Conseil d'État.

D'une part, la requérante, la Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie-CGT lui demandait d'interpréter l'article 14 § 6 du statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 comme impliquant le versement aux agents affectés dans les départements d'outre-mer d'une indemnité équivalente à celle que perçoivent les fonctionnaires de l'État, constituée par la majoration de traitement, le complément temporaire à la majoration de traitement et, le cas échéant, l'indice de correction.

D'autre part, elle lui demandait d'apprécier la légalité des dispositions du paragraphe 212 de la circulaire Pers n° 684 du 28 juin 1976 des directeurs généraux des sociétés Électricité de France et Gaz de France relative à la nationalisation de l'électricité dans les départements d'outre-mer – intégration du personnel dans celui d'Électricité de France, en ce qu'il ne prévoit pas le versement aux agents en service dans les départements d'outre-mer de l'intégralité des compléments de rémunération perçus par les fonctionnaires de l'État y étant affectés³.

Était en cause l'extension d'avantages consentis aux fonctionnaires de l'État aux agents des industries électriques et gazières dans les départements d'outre-mer.

À cet égard s'entremêlent les évolutions statutaires des industries énergétiques et celles des collectivités ultramarines concernées, le droit de la fonction publique constituant le point de raccordement.

Afin de comprendre la portée de la décision du Conseil d'État du 16 mars 2015, il importe, en premier lieu, d'examiner ce que fut le droit applicable en matière énergétique dans les départements d'outre-mer, puis de lier cet état du droit à l'évolution institutionnelle des outre-mer.

³ Sur le fondement des textes suivants : L. n° 50-407, 3 avril 1950 – Décr. n° 53-1266, 22 déc. 1953 – Décr. n° 57-333, 15 mars 1957.

I.- Le statut des industries électrique et gazière dans les départements d'outre-mer : un alignement tardif sur le droit applicable dans l'hexagone

Il faut, en premier lieu, observer que la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz n'a pas été rendue applicable dans les départements d'outre-mer.

Il ne s'agissait alors ni d'un oubli, non plus que d'une dérogation au principe d'identité législative, qui constitue le régime législatif bien connu des départements d'outre-mer et aujourd'hui, également, du Département de Mayotte, comme des collectivités territoriales de Guyane et de Martinique.

Mais cette loi fut presque concomitante à l'adoption de la loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française, ce qui contribuait à dissocier ces quatre collectivités territoriales de l'ensemble colonial encore en vigueur et l'article 3 de la loi du 19 mars 1946 prévoyait que les lois postérieures à la date de sa propre promulgation devaient comporter une mention expresse pour être applicables dans les quatre anciennes colonies.

Ce fut donc la Constitution du 27 octobre 1946 qui prescrivit que les quatre nouveaux départements étaient soumis au principe de l'identité législative⁴, les lois postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 étant réputées s'y appliquer de plein droit.

Aussi, lorsque la loi précitée du 8 avril 1946 fut adoptée, la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion n'étaient-elles pas encore régies par le principe de l'identité législative.

De jure, il était donc logique que la nationalisation de l'électricité et du gaz consécutive à son entrée en vigueur n'ait pas affecté la situation des quatre départements d'outre-mer de l'époque.

L'extension à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à La Réunion du régime en vigueur dans ce secteur crucial de l'économie, fut l'œuvre de la loi n° 75-622 du 11 juillet 1975 relative à la nationalisation de l'électricité dans les départements d'outre-mer.

Cette loi procède à la nationalisation de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation de l'électricité dans les quatre départements et y opère, sauf exceptions limitativement prévues, l'extension des dispositions de la loi du 8 avril 1946.

⁴ CE, avis, 17 décembre 1946.

Ce faisant, elle a étendu le statut du personnel d'Électricité de France aux agents concernés par le champ de la nationalisation.

Or, la loi du 8 avril 1946 avait prévu, en son article 52, que ses dispositions seraient rendues applicables en Algérie et dans les colonies, par décret en Conseil des ministres, le tout dans le délai d'un an.

Ces décrets n'intervinrent jamais.

Néanmoins, le paragraphe 6 de l'article 14 du statut national du personnel des industries électriques et gazières, approuvé par le décret du 22 juin 1946, disposait : « *Les agents en service dans les territoires d'outre-mer bénéficieront de l'intégralité des indemnités coloniales applicables aux fonctionnaires de l'État dans les mêmes territoires* ».

Cette règle pouvait-elle être jugée applicable aux agents des entreprises nationalisées en 1975 ?

La réponse n'allait pas de soi, car lorsque la nationalisation eut lieu outre-mer, les collectivités territoriales dont il s'agit étaient organisées sous la forme de départements d'outre-mer et non de « territoires d'outre-mer » ou de « colonies », cette dernière catégorie ayant été écartée de notre ordonnancement juridique en 1946, cependant qu'aux territoires d'outre-mer appartenait le territoire des Afars-et-Issas, les Comores, la Nouvelle-Calédonie, les Nouvelles-Hébrides, les îles Wallis et Futuna, la Polynésie française, les Terres australes et antarctiques françaises et Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret du 22 juin 1946 s'appuyait en effet sur ces deux catégories. Les indemnités coloniales en question étaient formées, sur le fondement d'un décret du 2 mars 1910, dont certaines dispositions sont toujours en vigueur, par les rémunérations complémentaires allouées aux fonctionnaires de l'État affectés outre-mer, à raison de cette affectation, et destinées, notamment, à compenser le niveau du coût de la vie.

C'est donc un exercice de science de la législation que le Conseil d'État dut mener à bien, tenant compte, et de l'évolution statutaire de l'industrie électrique, et des mutations statutaires des quatre « vieilles » colonies, érigées en départements d'outre-mer, le droit de la fonction publique, véritable vecteur, en l'occurrence, tirant les conséquences des unes et des autres.

II.- La solution dégagée : les DOM sont des TOM !

Il revenait au juge administratif d'interpréter les textes législatifs et réglementaires en cause, afin de donner une acception intelligible, en 2015, aux termes et expressions dont ces textes faisaient usage en 1946, dans une période où se sont succédé des évolutions statutaires majeures, tant en ce qui concerne l'outre-mer, qu'en ce qui a trait au service public de l'électricité et du gaz.

La question fondamentale était de savoir si devaient prévaloir les catégories juridiques usitées par les textes d'alors relatifs aux industries de l'électricité et du gaz ou bien si l'interprète devait accorder la prééminence aux bouleversements institutionnels que connaissait, simultanément, l'outre-mer et qui ont abouti à une modification du régime législatif en vigueur dans les colonies devenues départements d'outre-mer en 1946.

Si l'on retrace les étapes importantes pour la résolution de ce cas de figure intéressant, il apparaît, en premier lieu, que la loi n° 46-451 du 19 mars 1946, en leur conférant la qualité de département d'outre-mer, a évidemment extrait la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion de la catégorie des « colonies », laquelle avait vocation, en toute hypothèse, à s'éteindre, puisque la Constitution du 27 octobre 1946 consacra en son lieu et place la notion de « France d'outre-mer », composée de départements d'outre-mer et de territoires d'outre-mer.

De surcroît, la loi du 19 mars 1946 n'était pas, par elle-même, la source du passage des quatre collectivités territoriales en cause dans le domaine de l'identité législative.

Adoptés dans l'intervalle séparant l'adoption de la loi du 19 mars 1946 et celle de la Constitution du 27 octobre 1946, la loi du 8 avril 1946 et le décret du 22 juin 1946 ne pouvaient certainement pas prévoir un régime législatif, celui de l'identité législative, à l'attention des départements d'outre-mer nouvellement créés. En revanche, leurs rédacteurs eussent dû prendre en considération cette création, plutôt que d'employer des termes voués à tomber rapidement en désuétude.

À cet égard, le Conseil d'État jugea que la distinction entre départements d'outre-mer et territoires d'outre-mer n'existant pas lors de l'adoption de la loi du 8 avril 1946, cette loi avait pu désigner du terme de « colonies » tous les territoires français extra-métropolitains, à l'exception de l'Algérie, tout comme le décret du 22 juin 1946 avait pu user de l'expression de « territoires d'outre-mer » pour désigner la même réalité *rationae loci*.

Ainsi, le Conseil d'État a admis que, à travers l'expression de « territoires d'outre-mer », dont l'étendue et la portée étaient en cause, se trouvaient inclus les quatre départements d'outre-mer créés en 1946.

Il eût dès lors été logique de considérer que les agents des compagnies de ces départements nationalisées en 1975 pussent bénéficier des mêmes avantages que ceux accordés à leurs collègues travaillant chez Électricité de France et ayant leur résidence habituelle en métropole, par l'application combinée de la loi du 8 avril 1946, du décret du 22 juin 1946 et du décret du 31 décembre 1947, texte qui tirait les conséquences, en droit de la fonction publique, de la « départementalisation », afin de doter les fonctionnaires en exercice dans les quatre départements d'outre-mer d'un mode de rémunération complémentaire distinct de celui issu du décret du 2 mars 1910 précité relatif à la solde et aux accessoires de solde coloniaux.

Effectivement, le décret du 8 juin 1946 projetant un alignement de la situation des agents des entreprises nationalisées sur celui des fonctionnaires de l'État en exercice dans les mêmes collectivités publiques, il n'eût pas été inenvisageable de considérer que le système des « surrémunérations », prolongé au-delà de la sortie de vigueur du décret du 31 décembre 1947, pût bénéficier aux agents du service public de l'électricité en fonction en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à La Réunion.

Cependant, ce ne fut pas le raisonnement suivi par la Haute juridiction. Cette dernière estima que les modifications du droit de la fonction publique intervenues entre 1947 et 1975 s'agissant des compléments de rémunération consentis aux fonctionnaires de l'État dans les départements d'outre-mer avaient « privé d'effet » la disposition du statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 qui avait prévu l'alignement des avantages versés aux seconds sur ceux octroyés aux premiers.

À l'appui de ce raisonnement, le Haut juge tira argument de ce que les modalités d'attribution et de calcul prévues par les textes subséquents au décret du 31 décembre 1947 étaient différentes de celles issues du décret du 2 mars 1910.

Par conséquent, le Conseil d'État jugea que la circulaire querellée du 28 juin 1976 des directeurs généraux d'Électricité de France et de Gaz de France ne pouvait avoir méconnu les dispositions du statut approuvé par le décret du 22 juin 1946.

Ainsi, non seulement, le juge administratif interpréta le corpus de textes prononçant la nationalisation de l'électricité et du gaz comme ayant inclus les départements d'outre-mer parmi les « territoires d'outre-mer », mais il en prolongea les conclusions en considérant implicitement que les agents des sociétés nationalisées en 1975 dans les départements d'outre-mer dussent relever du régime prévu par le décret du 2 mars 1910 et non, ressortir, par alignement, aux textes qui, pour les fonctionnaires de l'État, ont organisé, depuis 1946, un

système de compléments de rémunérations destiné à compenser la vie chère dans ces quatre départements.

En conclusion, voilà comment des DOM sont devenus TOM sans mutation institutionnelle... Et comment le principe de l'identité législative a été également écarté s'agissant de collectivités territoriales relevant de l'article 73 de la Constitution...

TABLE DES MATIERES

DOCTRINE

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

L'individu dans la communauté : essai sur les devoirs de l'Homme..... 1
Justine MACARUELLA, *Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion*

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Droits voisins du droit d'auteur et entreprises de communication visuelle malgaches ... 39
Corinne Holy RAKOTONIAINA, *Juriste consultante*

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Radioscopie critique de la Commission de l'océan Indien. La spécificité de la France au sein d'une organisation régionale de proximité..... 95
André ORAISON, *Professeur des Universités*

VARIATIONS

La réponse juridique à la « Question de l'île comorienne de Mayotte » 147
Thomas M'SAÏDIÉ, *Maître de conférences en droit public au Centre université de Mayotte*

La métamorphose, en 2015, d'un DOM en TOM sans changement institutionnel..... 155
Edwin MATUTANO, *Avocat à la Cour, Docteur en droit*

Achévé d'imprimer en décembre 2016
Reprographie de l'Université de La Réunion
Dépôt légal : décembre 2016
N°ISSN 1630-6910

Informations Légales

LexOI, Association « Droit dans l'Océan Indien »

Association n° W9R4000815, déclarée à la préfecture de La Réunion le 14 juin 2006 (mod. 7 juin 2012), J.O. 7 juillet 2012

Siège : 53, Chemin de la Source, 97490 Sainte Clotilde (France) - SIRET : 500 827 019 00026 - Code APE : 913E Organisations associations nca - TVA FR 50082701900026

Impression : Reprographie de l'Université de La Réunion. 15 avenue René Cassin. CS 92003. 97744. Saint-Denis Cedex 9

ISSN 1630-6910

Commandes & Abonnements

Prix de vente au numéro (tarif normal) : 25 euros TTC (hors frais de port)

Abonnement pour une année (tarif normal) : 40 euros TTC (hors frais de port)

Abonnement à la « RJOI en ligne » (tarif normal) : 60 euros TTC

Pour plus d'informations, consultez le menu « acheter ou s'abonner » sur le site www.lexoi.fr

Contacts

Pour contacter la rédaction :

- contacts : secretariat@rjoi.fr
- propositions de contribution : rjoi.fr@gmail.com

Pour contacter l'association LexOI : LexOI.fr@gmail.com

SOMMAIRE

DOCTRINE

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX : J. MACARUELLA, « L'individu dans la communauté : essai sur les devoirs de l'Homme »

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE : M. H. RAKOTONIAINA, « Droits voisins du droit d'auteur et entreprises de communication visuelle malgaches »

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC : A. ORAISON, « Radioscopie critique de la Commission de l'océan Indien. *La spécificité de la France au sein d'une organisation régionale de proximité* »

VARIATIONS

T. M'SAÏDIÉ, « La réponse juridique à la « Question de l'île comorienne de Mayotte »

E. MATUTANO, « La métamorphose, en 2015, d'un DOM en TOM sans changement institutionnel »