REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN

Numéro 29
2020-3

LexOI
LE DROIT DANS L'OCEAN INDIEN

La Revue

I. RÉDACTION

– Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;

– Anissa HACHEMI, Professeure de droit public à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence administrative française de l'Océan Indien) ;

– Romain LOIR, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence judiciaire française de l'Océan Indien) ;

– Randianina RADILOFE, Docteur en Droit (responsable des chroniques de droit public malgache).

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

– Règles de forme à respecter pour chaque proposition de contribution

Toutes les propositions de contributions doivent être adressées sous forme de document Word (ou équivalent), en respectant les seules conditions suivantes (destinées à faciliter la mise en forme en vue de la publication) :

- espacement : 0 pt ; 0 pt ; Interligne simple ;
- un saut de ligne unique entre chaque élément du corps de texte (paragraphe, titre) / aucun saut de ligne entre les notes de bas de page ;
- corps de texte : Times New Roman 14 / note de bas de page : Times New Roman 12 / le tout doit être justifié ;
- les titres (niveaux et formats : I. blabla ; A. blabla ; 1. blabla ; a. blabla,…) doivent figurer en gras, avec un retrait égal à 1,25 centimètre.
- chaque proposition doit comporter la mention des prénoms, noms ainsi que des titres et/ou fonctions de l'auteur

Les références bibliographiques doivent être formatées en reproduisant le format, ou en cas d'impossibilité en s'inspirant du format des exemples suivants :

- CJUE, 22 septembre 1992, *Petit*, aff. C-153/91, *Rec*. p. I-4879, points 10 à 13.
- Trib. (UE), 10 décembre 2002, *Dr. Karl Thomae GmbH c/ Commission*, aff. T-123/00, *Rec*. p. II-5193, point 4.
- CEDH, Gr. ch., 6 octobre 1979, *Kibali c/ France*, req. n° 11/50689.
- Civ. 1re, 7 avril 1998, *RCDIP* 1998, n° 644, note D. ANNOUSSAMY ; *D.* 1998, n°287, note B. AUDIT.
- Ass. Plén., 30 janvier 2001, pourvoi n°00-13277, Bull. n° 19.
- CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, req. n°146028.
- CAA Bordeaux, 30 janvier 2001, *M. Planchenault*, req. n°07BX1234.
- TA Saint-Denis, 3 janvier 1998, *M. Hoareau*, req. n°1234567.
- Affaire du *Timor Oriental* (Portugal c/ Australie), arrêt, C.I.J., *Rec. 1995*, p. 90.
- J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne. Carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002.
- Y. PETIT, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTDE* 2006, n° 4, p. 593.
- R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les Etats de droit », *in* J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 377.

En raison du format désormais exclusivement électronique de la revue, les auteurs peuvent tout à fait insérer des liens hypertexte, **en note de bas de page exclusivement** et en respectant le modèle suivant : « lien : https://fr.wikipedia.org/wiki/Hyperlien – dernière consultation le 9 juillet 2020 ».

– **Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques**

Les propositions de contributions doivent être adressées à l'adresse électronique suivante : olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen d'un Comité de lecture de deux membres, choisis par le Directeur de la Revue en raison de leur expérience dans le domaine concerné. Les avis de ceux-ci devront être favorables sans réserve, pour que la proposition soit acceptée pour publication. Aucune limite n'est fixée *a priori* quant au nombre de pages ou de caractères, mais le Comité de lecture et le Directeur se réservent, à ce propos, le droit d'exiger toute modification qu'ils jugeraient raisonnable.

Les Actes sont publiés sous la responsabilité scientifique des organisateurs de la manifestation dont ils ont vocation à présenter les résultats, avec l'accord du Directeur de la Revue.

Les Recensions bibliographiques sont publiées avec l'accord du Directeur de la Revue.

NB 1 – En sus des règles de forme générales, les propositions d'Articles devront comporter un résumé en français, un résumé en anglais, ainsi que l'indication des mots-clés les plus pertinents selon l'auteur.

NB 2 – Les responsables scientifiques d'Actes, dans la mesure où ces exigences complémentaires de forme seraient remplies d'un point de vue global, pourront décider de dispenser de leur respect les auteurs intervenus dans le cadre de la manifestation qu'ils ont organisé.

– **Chroniques de jurisprudence**

Les équipes de chroniqueurs sont constituées par les responsables de chaque chronique.

Les rejoindre suppose l'invitation ou l'acceptation d'une proposition par ces derniers, qu'il est possible de contacter aux adresses électroniques suivantes : anissa.hachemi@univ-reunion.fr; romain.loir@univ-reunion.fr; randiradilofe@yahoo.fr

III. PUBLICATIONS

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

Toute copie, reproduction ou utilisation de la *Revue juridique de l'Océan* doit être effectuée dans le strict respect du Code de la propriété intellectuelle.

Photo de couverture : Olivier Dupéré

Tables des matières du numéro 29

Tribune

Une nouvelle rubrique à la Revue Juridique de l'Océan Indien :
la chronique de droit malgache**……...459**

Randianina RADILOFE et Ianjatiana RANDRIANANDRASANA

Articles

Armées et Constitution : le cas de Madagascar **……463**

Dr Juvence F. RAMASY

Réflexions sur la non-politique navale de Madagascar :
le rôle militaire et stratégique invisible de la Grande Île dans l'océan Indien **….475**

Josie DOMINIQUE

L'arbitrage et les personnes morales de droit public
dans la protection des investissements à Madagascar**…….497**

Lalaina CHUK HEN SHUN

Un panorama juridique
sur le statut des Îles Éparses du Canal du Mozambique**……..519**

Vonintsoa RAFALY

Les enjeux du concept de vote blanc pour le régime démocratique malgache.
Hypothèse sur les élections présidentielles de 2018**……...549**

Bako Mahaliana RABARY-RABOVONA

Da Tributação das Mais Valias**……..595**

Latifa ZANDAMELA

II – Chroniques

Chronique de droit malgache**…….629**

Chronique de la jurisprudence judiciaire française de l'Océan Indien**……679**

Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien**……695**

Tribune

Une nouvelle rubrique à la Revue Juridique de l'Océan Indien : la chronique de droit malgache

Randianina RADILOFE

Enseignant-chercheur contractuel en droit public

Université de Picardie Jules-Verne

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA

Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,

chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana

et à l'Université Catholique de Madagascar

« De loin, de trop loin, nous devinons l'immense difficulté intellectuelle de l'entreprise où sont engagés les juristes de Madagascar. (…) Combien plus mouvementé, tourmenté, semble être présentement le chantier du droit malgache. Non seulement table rase n'y a pas été faite (et c'était raisonnable) de la tradition. Mais entre les architectes qui offrent leurs services éclate la diversité des écoles »[1].

Près de cinquante ans plus tard, cette citation du Doyen Carbonnier traduit indubitablement la réalité de la recherche juridique à Madagascar aujourd'hui. En effet, le droit malgache est un terrain d'études des plus fascinants pour un juriste publiciste. On y fait face à des situations inédites telles que l'absence de l'Assemblée nationale pendant un semestre ou la demande de déchéance du Président de la République à quelques mois des élections présidentielles. Le droit malgache dispose ainsi d'une faculté d'adaptation considérable, et la Haute Cour

[1] Préface de J. CARBONNIER, in R. RARIJAONA, *Le concept de propriété en droit foncier à Madagascar (étude de sociologie juridique)*, Paris, Cujas,1967, p. 3-4.

Constitutionnelle le rappelle dans ses décisions, parfois elles aussi inédites, lorsqu'elle fait référence à des « circonstances exceptionnelles »[2].

Cette première édition d'une chronique – qui se voudra annuelle pour les prochaines éditions – consacrée au droit public malgache s'est attelée à retracer l'actualité du droit public, du droit constitutionnel jusqu'au droit de l'environnement en passant par le droit international public. Cette édition couvre ainsi la période du 1er juillet 2018 au 31 juillet 2020 pour montrer l'évolution du droit public malgache, et notamment la manière dont il peut s'adapter d'un régime politique à l'autre.

Outre l'actualité relative au droit public interne, la récente actualité en droit international public mérite que l'on s'y attarde : le différend territorial entre Madagascar et la France qui, pendant des décennies, était laissé de côté[3] ; ou encore le litige qui oppose la République de Madagascar à un investisseur étranger qui prend (presque)[4] fin cette année 2020 après une saga judiciaire qui aura duré une décennie.

Cette chronique se veut certainement exhaustive sur la période qu'elle couvre. Cependant, la difficulté d'accès aux documents reste une réalité à laquelle les auteurs ne peuvent pas toujours pallier. En effet, ils regrettent l'absence de publication des décisions de justice[5]. Se faisant, la chronique consacrée au droit administratif qui, pourtant est, par nature prétorienne, se limite à une revue de l'actualité législative – publiée – de la période.

Par ailleurs, une grande partie des textes les plus intéressants et marquants du droit de l'environnement malgache ont été adoptés avant la période étudiée[6]. Les grandes lignes des décisions de justice en la matière deviennent progressivement connues du grand public, la protection de l'environnement

---

[2] Voir la Décision n°18-HCC/D3 du 25 mai 2018 Relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

[3] Ce différend fera l'objet d'un article doctrinal rédigé par Vonintsoa RAFALY dans cette première série d'articles publiés parallèlement à la chronique, V. RAFALY, « Un panorama juridique sur le statut des îles Éparses du Canal du Mozambique », *RJOI, ce numéro*.

[4] Une requête en annulation de la sentence arbitrale CIRDI du 17 avril 2020 a été déposée au mois d'août 2020.

[5] La Haute Cour Constitutionnelle faisant office d'exception, ses décisions étant publiées régulièrement sur son site officiel. Voir http://www.hcc.gov.mg/

[6] Il en est ainsi par exemple de la création de la chaine spéciale de lutte contre le trafic de bois de rose et/ou de bois d'ébène et de la répression des infractions relatives aux bois de rose et/ou bois d'ébène (2015), du décret portant interdiction de la production, de l'importation, de la commercialisation, de la constitution de stock et de l'utilisation des sachets et des sacs en plastique sur le territoire national (2017) et enfin du décret portant réglementation de l'accès et du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (2017).

devenant un sujet d'intérêt pour les Malgaches. Néanmoins, la jurisprudence reste difficilement accessible aux personnes qui cherchent à l'étudier.

Malgré ces difficultés, cette chronique tente de contribuer à une meilleure compréhension du droit malgache, au-delà des préjugés liés à un héritage colonial. Ainsi, une sélection de travaux publiés[7] lors de la période de référence de la chronique fait l'objet d'une dernière partie de cette chronique. En outre, parallèlement à cette première édition, une série d'articles doctrinaux de chercheurs malgaches consacrés à plusieurs pans du droit public et de la science politique est publiée dans ce numéro[8].

Cette chronique pose ainsi les jalons d'une réflexion qui incitera les jeunes chercheurs malgaches à mener des travaux sur les questions relatives à l'actualité du droit public interne, et ce, malgré la difficulté de cette entreprise. Elle encouragera également, on l'espère, à un meilleur accès aux décisions de justice pour les citoyens, mais également pour les chercheurs de tous horizons qui s'intéressent au droit public malgache. Dans une décision récente du 3 juillet 2020, la Haute Cour Constitutionnelle elle-même rappelle que « la loi doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique »[9].

[7] Ou à paraître sous peu.

[8] L. CHUK HEN SHUN, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public dans la protection des investissements », *RJOI, ce numéro*.
J. DOMINIQUE, « Réflexions sur la non-politique navale de Madagascar : le rôle militaire et stratégique invisible de la Grande Ile dans l'Océan indien », *RJOI, ce numéro*.
V. RAFALY, « Un panorama juridique sur le statut des îles Éparses du Canal du Mozambique », *RJOI, ce numéro*.
J. RAMASY, « Armée et constitutions : le cas de Madagascar », *RJOI, ce numéro*.

[9] Considérant n°12 de la Décision n°10-HCC/D3 du 3 juillet 2020 concernant les textes régissant les Établissements publics et les Universités publiques par rapport à la loi relative à la Banque centrale, par interprétation de l'article 95 de la Constitution.

Articles

DROIT CONSTITUTIONNEL
SCIENCES POLITIQUES

Armée et constitutions : le cas de Madagascar

Dr. Juvence F. RAMASY[1]

Maître de Conférences, Université de Toamasina, Madagascar

Résumé :

L'histoire des constitutions et de l'institution militaire a pris une nouvelle tournure avec la militarisation du système politique malgache à partir de 1972. Le rôle sans cesse croissant des élites militaires se caractérisa par une déficience de légitimité institutionnelle, qui emmena ces dernières à la recherche d'une légitimité constitutionnelle. Cette question de légitimité prendra tout au long de l'histoire le pas sur la légalité constitutionnelle. En effet, afin de consolider son pouvoir, l'institution militaire élaborera des textes qui complètent voire se substituent à la loi fondamentale. Par ailleurs, l'institution militaire sera l'instrument d'une nouvelle légitimité dite nationale sur laquelle s'appuieront les tenants du pouvoir. Le partage du pouvoir entre les élites civiles et les élites militaires se manifestera par une répartition des rôles et responsabilités en matière de défense et de sécurité. Cela s'inscrit dans une volonté de limiter la présence des « hommes en armes » aux postes de décision. L'effacement progressif de ces derniers sera rendu possible par une réforme du secteur mais surtout par l'élaboration de dispositions constitutionnelles et légales confortant les autorités civiles dans la gestion de la défense. Cette contribution tâchera de montrer la trajectoire particulière des élites martiales malgaches notamment au regard de la visibilité d'autres militaires en Asie ou en Afrique sur la scène politique ou dans la conquête de l'État. Il s'agira de s'intéresser à la place de l'institution militaire au sein de l'État notamment d'un point de vue constitutionnel. Par ailleurs, il conviendra également de s'interroger sur les voies constitutionnelles pouvant limiter le prétorianisme. En définitive, cela pose la question de l'implémentation et de la consolidation de la démocratie dans un État hybride dirigé par des démocrates patrimoniaux.

Mots clés : armée ; élites ; constitution ; démocratie ; démocratisation ; État

[1] L'auteur peut être contacté à l'adresse électronique suivante : *jramasy@gmail.com*

Abstract :

Constitutional and military history have taken a new turn since the militarization of the Malagasy political system in 1971. The ever-increasing role of the military elite has been characterized by a lack of institutional legitimacy, which has led the said elite to seek out constitutional legitimacy. This issue of legitimacy has taken precedence over constitutional legality throughout history. Indeed, in order to strengthen its power, the military developed some texts meant to complete or supersede the Supreme Law. Furthermore, the military has been the vector of the so-called "national" legitimacy upon which those holding the reins of political power have relied. Power sharing between the civil and military elites has occurred through the division of roles and responsibilities regarding defense and security. This is in line with the desire to limit the presence of the armed forces in decision-making positions. The gradual stepping aside of these armed forces has come about due to a reform within the sector but above all due to the development of constitutional and legal rules intended to strengthen the role of the civil authorities in defense management. This paper seeks to demonstrate the specific trajectory of the Malagasy military elite, particularly with respect to the visibility of Asian and African armed forces on the political stage but also with respect to the conquest of State power. This study thereby focuses on the military's status within the Malagasy State, particularly from a constitutional perspective. Furthermore, questions arise as to the constitutional means to limit praetorianism. Ultimately, this raises questions about the implementation and consolidation of democracy in a hybrid State led by patrimonial democrats.

Keywords: Armed forces, constitution, democracy, democratization, elite, State

Introduction : les conservateurs armés de l'ordre constitutionnel

Au moment des indépendances, le constitutionnalisme africain s'est inspiré des modèles européens notamment au regard des concepts et des techniques de droit constitutionnels[2]. Ainsi, dans la majorité des États subsahariens francophones, l'adoption de la Constitution française de 1958 qui a érigé les États membres de la Communauté en États indépendants, a eu des conséquences tant sur le plan politique que sur le plan constitutionnel. En effet, « *d'une part, les principes de l'organisation constitutionnelle et politique étaient imposés aux nouveaux États (...) d'autre part, la forme des constitutions qui devaient être adoptées par les États membres de la Communauté était largement prédéterminée*[3] ». Les premières constitutions africaines s'inscrivent dans une dimension hybride dans la mesure où le mimétisme s'accompagne de certains particularismes. Par contre, la greffe de l'édifice politique et constitutionnel ne se réalisera pas entièrement[4] et sera parfois abandonnée notamment en raison de l'intrusion de l'élément prétorien dans la politique. Madagascar abandonnera le legs constitutionnel lors de la militarisation[5] du système politique à partir de 1972[6]. Le rôle sans cesse croissant des élites[7] militaires se caractérisa par une

---

[2] A. MOYRAND, « Réflexion sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, 1991, vol. 43, n° 4, p. 854.

[3] D. G. LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique Noire et les États Francophones*, Paris, Pédone, 1976, p. 15.

[4] B. BADIE, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris Fayard, 1992, p. 334.

[5] La militarisation ou militarisme est l'interférence prétorienne des armées avec le pouvoir politique dont le coup d'État constitue la forme la plus achevée : voir à ce sujet M.-L. MARTIN, *Le Soldat africain et le politique : essais sur le militarisme et l'état prétorien au sud du Sahara*, Toulouse, Presses de l'Institut d'Études Politiques de Toulouse, CRDP, 1990, p. 39. Nous pouvons également parler de prétorianisation c'est-à-dire la « situation où les militaires d'une société donnée exercent un pouvoir politique *indépendant dans cette société de l'utilisation ou la menace d'utilisation de la force »*. Voir sur ce point A. PERLMUTTER, *The Military and politics in modern times: on professionals, praetorians and revolutionary soldiers*, New haven, Yale University Press, London, 1977, p. 89.

[6] J.-F. RAMASY, « Madagascar: les forces armées garantes de la stabilité politique et démocratique ? », *Identity, Culture and Politics*, International Centre for Ethnic Studies, Colombo, Sri Lanka, the Council for the Development of Social Science Research in Africa, Dakar, Sénégal, décembre 2010, vol. 11, n° 2, pp. 1-41. Voir aussi J.-F. RAMASY, « Militaires et système politique », in S. RANDRIANJA (dir.), *Madagascar, le coup d'État de mars 2009*, Karthala, 2012, pp. 67-96.

[7] Par élite nous entendons « *tous ceux qui composent un groupe minoritaire occupant la place supérieure dans la société et s'arrogeant le droit de régler les affaires communes du fait de leur naissance, de leurs mérites, de leur culture ou de leur richesse* », G. BUSINO, *Élite(s) et élitisme*, Paris, Presses Universitaires de France, Que Sais-Je ?, 1992, n° 2692, p. 4.

déficience de légitimité institutionnelle[8], qui emmena ces dernières à la recherche d'une légitimité constitutionnelle. En effet, afin de consolider son pouvoir, l'institution militaire élaborera des textes qui complètent voire se substituent à la loi fondamentale. Ce bricolage juridique[9] témoigne tout simplement de la théâtralisation du constitutionnalisme en Afrique. Il en résulte que la Constitution cesse de gouverner la dévolution et l'exercice du pouvoir politique[10] dans un temps court avant la mise en place d'un nouvel ordre constitutionnel. Par ailleurs, l'institution militaire sera l'instrument d'une nouvelle légitimité dite nationale sur lequel s'appuieront les tenants du pouvoir. Le partage du pouvoir entre les élites civiles et les élites militaires se manifestera par une répartition des rôles et responsabilités[11] en matière de défense et de sécurité. Cela s'inscrit dans une volonté de limiter la présence des « hommes en armes » aux postes de décision. L'effacement progressif de ces derniers sera rendu possible par une réforme du secteur mais surtout par l'élaboration de dispositions constitutionnelles et légales confortant les autorités civiles dans la gestion de la défense[12]. La régulation et la hiérarchisation des rapports civilo-militaires doit se faire à travers le constitutionnalisme où s'impose un contrôle politique et démocratique. Cette contribution s'intéressera à la place de l'institution militaire au sein de l'État notamment d'un point de vue constitutionnel (I). Par ailleurs, il conviendra également de s'interroger sur les moyens constitutionnels pouvant limiter le prétorianisme (II). En définitive, cela pose la question de l'implémentation et de la consolidation de la démocratie dans un État hybride dirigé par des démocrates patrimoniaux.

[8] G. CONAC (dir.), « État et démocratie », in G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, pp. 483-508. Voir aussi G. CONAC, « Les processus démocratiques en Afrique », in G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, *op. cit.*

[9] V. FOUCHER, « Difficiles successions en Afrique subsaharienne : persistance et reconstruction du pouvoir personnel », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 131.

[10] F. WODIE, « Régimes militaires et constitutionnalisme en Afrique », *Penant*, juin-septembre 1990, p. 196.

[11] A. CABANIS et M.-L. MARTIN, « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *Revue Juridique et Politique*, 1998, n° 3, p. 279. Voir aussi M.-L. MARTIN, « Constitutionnalisme et contrôle politique des militaires en Afrique francophone », *Res Militaris*, vol.5, n°2, Summer-Autumn/ Été-Automne 2015.

[12] J.-F. RAMASY, « Militaires et système politique », *ibid.*

I. Les autorités civiles dans la gestion de la défense : un partage des responsabilités entre pouvoirs constitués

La permanence des « *soldiers in mufti* »[13] prend une tournure toute particulière lors des différentes crises traversées par Madagascar. En effet, à partir de la crise de 1972 qui constitue la militarisation du système politique, l'ensemble des crises a vu une partie de l'élite martiale jouer un rôle non négligeable[14]. Par ailleurs comme l'élite politique, l'élite martiale se caractérise par son caractère transhumant. Elle se soucie plus du maintien de sa position dans l'appareil d'État, l'amenant à devenir une élite techno-bureaucratique, que de la promotion d'un régime se voulant plus démocratique. Dans une telle perspective, un partage de pouvoir entre l'élite politique et les « militaires en civil » s'impose. Ces derniers à l'inverse de pays du continent ou d'Asie n'exerceront pas le pouvoir en première ligne dans le sens où Madagascar ne connaîtra pas de régime ou de gouvernement militaire. Ils seront plus actifs dans l'État profond[15]. La déficience de légitimité institutionnelle qui entoure leur prise de pouvoir militera en faveur d'une quête de légitimité constitutionnelle. Les textes ainsi élaborés qui les confortent dans leur pouvoir se caractérisent par une prééminence des autorités civiles dans la gestion de défense. Cette gestion prévoit une répartition des responsabilités en matière de défense et de sécurité entre les différents corps constitués.

Parmi les autorités civiles compétentes en la matière se trouvent l'exécutif et le législatif. L'ensemble des constitutions malgaches a accordé un rôle premier en la matière au Président de la République qui est considéré comme le « Chef de toutes les armées ». C'est à partir de la Constitution de 1992 que l'adjectif « suprême » fera son apparition[16]. Bien que les constitutions malgaches soient

[13] Il s'agit de « militaires en civil » ou militaires politiques qui à la différence des militaires professionnels passent plus de temps dans le monde politique. Toutefois, les « militaires en civil » malgaches ne se rapprochent pas des politico-militaires tchadiens qui sont le fruit de la guerre.

[14] Concernant la position des élites martiales au cours des différentes crises, nous pouvons les résumer de la manière suivante : crise de 1972 : militarisation du système politique (soldiers in mufti vs militaires professionnels) ; crise de 1991 : Démilitarisation et remartialisation ; crise de 2001-2002 : Milicianisation et reprofessionalisation ; Coup d'Etat de mars 2009 : Re-prétorianisation. Voir J.-F. RAMASY, « Madagascar : les forces armées garantes de la stabilité politique et démocratique ? », *ibid.* Voir aussi J.-F. RAMASY, « Militaires et système politique », *ibid.*

[15] M.-M. GUNTER, « Proposals for a solution: taming Turkey's Deep State », Paper prepared for the Conference on « Kurds in Turkey: Main Requirements for a Peace Process » Sponsored by the Heinrich Boll Foundation, Diyarbakir, Turkey, 2007. Voir aussi S. KAYA, « The rise and the decline of the Turkish 'Deep State': the Ergenekon Case », *Insight Turkey*, vol. 11, n°4, 2009, pp. 99-113.

[16] Article 11 de la Constitution de 1959 (chef des forces intérieures de police) ; article 53 alinéa 5 de la Constitution de 1975 ; article 55 de la Constitution de 1992 ; article 55 de la Constitution

grandement inspirées par la Constitution française de 1958[17], cette question de « chef suprême » des armées s'inspire de l'article 2 section 2 alinéa 1er de la Constitution américaine. La place particulière du Président de la République sur les questions de défense est renforcée par les Constitutions de 1959 et 1975 qui instituent un président fort. La première constitution instaure un régime présidentiel tandis que celle de 1975 prévoit la mise en place d'un État de type nouveau où le Président de la République voit son rôle renforcé notamment dans le domaine de la défense et de la sécurité. En effet, la particularité du Chef de l'État est que ce dernier est issu des forces armées. De plus, un certain nombre d'institutions prévue par la loi fondamentale de 1975 ont des compétences dans le domaine militaire : le Conseil Suprême de la Révolution[18] de le Comité Militaire pour le Développement[19]. Dans les deux cas le Président de la République est responsable de la défense nationale[20] tâche qui fera partie des attributions du conseil de défense prévu par les différentes constitutions à partir de 1992[21] mais qui seront difficilement mis sur pied. En effet, la première session de ce conseil[22] fut tenue le 7 juillet 2008[23]. Le Chef de l'État préside le conseil de défense et arrête le concept de défense[24] en son sein. La mise en place d'un tel conseil s'inscrit dans le dessein de limiter le poids du Chef de l'État sur les questions de défense et de sécurité.

---

de 1998 ; article 55 de la Constitution de 2007 ; article 56 de la Constitution de 2010 (article 2 de la Convention du Panorama ; article 2 Ord 2009-012 ; article 4 de la Charte de la transition).

[17] La Constitution de la IVème française de 1946 parle aussi de « chef des armées » dans son article 33. A. CABANIS et M.-L. MARTIN, « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *ibid.*, p. 279.

[18] Article 55 à 59 de la Constitution de 1975.

[19] Article 98 à 99 de la Constitution de 1975.

[20] Article 11 de la Constitution de 1959 ; article 53 alinéa 5 de la Constitution de 1975.

[21] Article 55 de la Constitution de 1992 ; article 55 de la Constitution de 1998 ; article 55 de la Constitution de 2007 ; article 56 alinéa 4 de la Constitution 2010. Le Conseil de Défense est prévu par l'article 9 de la loi n°94-018 portant organisation générale de la défense à Madagascar et par le sous-titre 2. Cette loi est remplacée par la loi n° 2004-039 du 8 novembre 2004.

[22] L'organisation et les attributions de ce conseil sont prévues par le décret n°2008-535 du 18 juin 2008.

[23] Le projet de loi sur le Haut Conseil de la Défense nationale prévue par l'article 56 de la Constitution de 2010 serait passé en conseil de gouvernement au cours de l'année 2015.

[24] Un concept de défense a été arrêté par le Premier ministre Rainilaiarivony au moment des guerres franco-malgache de 1883 et 1885. Voir P. CHAIGNEAU, 1986, *Rivalités politiques et Socialisme à Madagascar,* Centre des Hautes Études sur l'Afrique Moderne, p. 47. Au cours de la IInde République, le concept de défense fut plus orienté sur la sécurité intérieure. Ce fut le même cas au cours de la IIIème République. En effet, en octobre 2008, le Président Marc Ravalomanana indiqua que le concept de défense est basé sur la sécurité intérieure. Par ailleurs, l'armée a pour rôle d'assurer la défense opérationnelle du territoire, le respect des engagements internationaux et régionaux et la participation aux actions de développement. Cf. Déclaration du Président de la République de Madagascar, SEM Marc Ravalomanana du 10 octobre 2008.

Par contre en tant que Chef suprême des armées, il procède à la nomination aux hauts emplois militaires[25]. Cela peut s'avérer tout à fait normal mais la production d'une clientèle militaire est facilement mise en œuvre. En effet, les promotions en grade font souvent apparaître des tendances au népotisme et à la clientélisation voire à la patrimonialisation contribuant ainsi à la politisation de l'institution militaire.

Dans cette volonté de partage de responsabilité et surtout d'équilibre de pouvoir, le Premier ministre dispose de certaines compétences en matière de défense et de sécurité. Il est notamment responsable de la sécurité intérieure et du maintien de l'ordre d'après les constitutions de 1975, 1992 et 2007[26]. Cela est renforcé par le fait que le Chef du gouvernement dispose de toutes les forces chargées de la police, du maintien de l'ordre, de la sécurité intérieure et de la défense[27]. Cette disposition constitutionnelle remonte à la Convention de Panorama de 1991 où il était question de dessaisir le Président de la République de certaines de ses prérogatives afin qu'il ne puisse pas user des forces de défense et de sécurité dans le contexte de crise qui prévalait. Si bien que la Constitution de 1992 et celle de 1998 indiquèrent que le Premier ministre dispose des forces armées[28]. De plus afin de conforter son rôle dans le dispositif sécuritaire, il préside le Comité interministériel de défense qui est mis en place avec la Constitution de 1992 mais qui n'est pas prévu par la Constitution de 2010[29]. Ce comité est tour à tour chargé de l'élaboration de la politique de défense au niveau du Gouvernement (1992), de sa mise en œuvre (1998 et 2007). Dans cette volonté d'équilibre de la part des constituants, le Premier ministre supplée le Président de la République en Conseil de défense mais cette disposition ne sera plus contenue dans la Constitution de 2010[30]. Enfin, le Chef de gouvernement par délégation du Chef

[25] Article 11 de la Constitution de 1959 ; article 53 alinéa 9 de la Constitution de 1975 ; article 55 alinéa 3 de la Constitution de 1992 ; article 54 alinéa 4 et article 55 alinéa 3 de la Constitution de 1998 ; article 54 alinéa 4 et article 55 alinéa 3 de la Constitution de 2007 ; article 55 alinéa 4 et article 56 alinéa 5 de la Constitution de 2010 (article 4 de la Charte de la transition).

[26] Article 63 alinéa 3 de la Constitution de 1975 ; article 63 alinéa 5 de la Constitution de 1992 ; article 64 alinéa 9 de la Constitution de 2007.

[27] Article 63 alinéa 5 de la Constitution de 1992 ; article 63 alinéa 9 de la Constitution de 1998 ; article 64 alinéa 9 de la Constitution de 2007 ; article 65 alinéa 9 de la Constitution de 2010 (article 5 de la Convention du Panorama).

[28] Article 61 alinéa 2 de la Constitution de 1992 ; article 61 alinéa 4 de la Constitution de 1998

[29] Article 63 alinéa 6 de la Constitution de 1992 (élaboration de la politique de défense) ; article 63 alinéa 10 de la Constitution de 1998 (mise en œuvre de la politique de la défense) ; article 64 alinéa 10 de la Constitution de 2007 (mise en œuvre de la politique de défense).

[30] Article 63 alinéa 11 de la Constitution de 1998 ; article 64 alinéa 11 de la Constitution de 2007. Le fait que cette disposition n'apparaisse pas dans la Constitution de 1992 peut paraître surprenant dans la mesure où la volonté de limiter le poids du Président de la République sur les questions de défense et de sécurité semblait manifeste.

de l'État peut nommer aux emplois militaires après que la décision ait été prise en Conseil des ministres[31].

Le législatif dispose aussi de responsabilités en matière de défense et de sécurité à travers sa fonction d'élaboration de loi. Au-delà de cela ses compétences sont assez limitées. Le Parlement est notamment compétent dans le domaine de la déclaration de guerre. L'autorisation en vue de cette déclaration va varier en fonction des constitutions. La Constitution de 1959 indique qu'il suffit d'une simple loi votée par le Parlement (art 32 VII). Cela n'est pas évoqué par la Constitution de 1975. La procédure sera simplifiée par les constitutions de 1992 et 1998 où une simple autorisation serait nécessaire[32]. Les constitutions de 2007 et de 2010 vont rendre la procédure plus difficile dans le sens où l'autorisation ne peut être que le fait du Parlement réuni en Congrès à la majorité absolue de tous les membres le composant[33].

Par ailleurs, le Parlement doit aussi se prononcer sur l'engagement des forces militaires. C'est une prérogative qu'il partage avec le Président de la République introduite par la Constitution de 1992 où le Parlement n'est que consulté. La Constitution de 2010 fera en sorte de renforcer le rôle du Parlement dans la mesure où il devra donner son avis auquel s'ajoute celui du Haut Conseil de la Défense Nationale[34].

En dépit des différentes dispositions constitutionnelles en vue de limiter le pouvoir du Chef de l'Etat dans le domaine de la défense et de la sécurité et surtout son influence sur les forces en question, l'utilisation de ces dernières à des fins politiques est difficilement palpable. Si bien que les différentes lois fondamentales vont prévoir des procédures afin de restreindre la militarisation de l'institution qui a germé depuis la crise de 1972.

[31] Article 63 alinéa 7 de la Constitution de 1992 ; article 63 alinéa 13 de la Constitution de 1998 ; article 64 alinéa 13 de la Constitution de 2007 ; article 65 alinéa 12 de la Constitution de 2010 (article 5 de la Convention du Panorama).

[32] Article 82 V de la Constitution de 1992 (simple autorisation ?) ; article 82-3 V de la Constitution de 1998 (idem).

[33] Article 89 IIII de la Constitution de 2007 (Parlement réuni en Congrès à la majorité absolue des membres le composant) ; article 95 III de la Constitution de 2010 (idem).

[34] Article 55 alinéa 2 de la Constitution de 1992 (après consultation du Conseil supérieur de la défense nationale, du Conseil des ministres et du Parlement) ; article 55 alinéa 2 de la Constitution de (après consultation du Conseil supérieur de la défense nationale, du Conseil des ministres et du Parlement) ; article 55 alinéa 2 de la Constitution de 2007 (après consultation du Conseil supérieur de la défense nationale, du Conseil des ministres et du Parlement) ; article 56 alinéa 3 de la Constitution de 2010 (décide en Conseil des ministres après avis du Haut conseil de la défense nationale et du Parlement).

II. Vers une limitation de la militarisation à travers la loi fondamentale

Les Constitutions de la troisième vague de démocratisation à l'échelle du continent africain vont instituer des dispositions constitutionnelles allant dans le sens de la libéralisation et de l'ouverture politique. Elles vont affirmer notamment dans leur préambule leur attachement à la démocratie, l'État de droit, la préservation de la paix, l'importance de l'unité nationale. Ce néo-constitutionnalisme africain va connaître des succès ponctuels et échecs récurrents se caractérisant par des coups d'Etats militaire et civils provoquant des changements constitutionnels tel le cas de Madagascar en 2009. Le constitutionnalisme en tant que support politique et que volonté de soumettre l'exercice du pouvoir à des règles écrites préétablies et déterminées en fonction d'un but choisi rationnellement celui d'instauration d'une démocratie constitutionnelle est toutefois présent[35]. La nouvelle Constitution de 2010 va insister sur l'importance de la réconciliation nationale au regard des différentes crises traversées par Madagascar.

Les constitutions vont aussi prévoir des limitations à la militarisation des systèmes politiques. Cela passe notamment par l'affirmation des autorités civiles dans la gestion de défense. Dans le cas de Madagascar, cela se manifeste par la disparition d'institutions telles que le Comité militaire pour le développement et par un partage de responsabilités entre les pouvoirs constitués avec une place plus importante dans le dispositif sécuritaire occupée par le Premier ministre par rapport aux précédentes constitutions.

La civilisation[36] de la gestion de la défense s'avère ainsi importante notamment dans le processus de démocratisation où une séparation formelle, institutionnelle et constitutionnelle des sphères civiles et militaires devrait s'imposer[37]. Cette civilisation doit être accompagnée par une réforme de l'institution et surtout par la définition d'un concept de défense adapté aux intérêts géopolitiques et géostratégiques.

En vue de garantir un certain retrait des militaires du pouvoir politique, les constitutions post-transition ont notamment constitutionnalisé la neutralité

---

[35] D.G. LAVROFF, « Les tendances du constitutionnalisme africain », in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980 ; cité par S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : Études de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, p. 45.

[36] Ou démilitarisation

[37] C. THIRIOT, « La place des militaires dans les régimes post-transition d'Afrique subsaharienne : la difficile resectorisation », De Boeck Université, *Revue internationale de politique comparée*, 2008/1, Volume 15, p. 16.

politique de l'armée[38]. Il s'agissait ainsi de limiter l'action des militaires qui ne sont nullement des acteurs du développement de la démocratie ou alors de passeurs de démocratie comme au Niger. L'institution militaire malgache se rapproche plus du modèle attentiste c'est-à-dire que dans le cadre d'un changement de régime s'opère un refus de l'armée de s'engager en faveur d'un régime, son soutien n'étant conditionné que par un possible impact sur son unité d'une part et d'autre part par la nécessité de perpétuer l'enracinement profond de l'élite martiale au sein de la technobureaucratie[39]. En effet, les régimes malgaches successifs s'apparentent à des régimes bureaucratiques militaires[40]. Nous sommes face à des fonctionnaires en uniformes[41] qui mettent en avant leur savoir-faire administratif justifiant de la sorte non seulement leur participation à la conduite des affaires d'État mais également leur permanence au sein des différents régimes illustrant ainsi leur caractère transhumant. En définitive, ces derniers prétendent disposer des mêmes compétences que les élites administratives.

Malgré l'affirmation de la neutralité de l'institution militaire, l'accès au pouvoir politique n'est pas interdit aux militaires. En effet, ces derniers peuvent y accéder en se présentant notamment aux élections. Ils doivent avant tout renoncer à leur grade en demandant leur disponibilité. Un tel schéma de participation politique rapproche Madagascar et le continent africain du modèle kémaliste[42].

Une autre voie qui devrait contribuer à la limitation de la militarisation est la conscription prévue par les constitutions post-transition[43]. La tradition française considérait cela comme un instrument permettant la stabilisation des relations

[38] Article 40 de la Constitution de 1992 ; article 40 de la Constitution de 1998 ; article 40 de la Constitution de 2007 ; article 39 de la Constitution de 2010.

[39] O. VALLÉE, *La société militaire à Madagascar. Une question d'honneur(s)*, Karthala, 2017, 282 pp.

[40] Ces régimes sont définis par Linz comme « *des régimes autoritaires où l'on trouve une coalition dominée — mais non exclusivement contrôlée — par des officiers de l'armée et des bureaucrates, dirigeant le gouvernement, excluant ou incluant d'autres groupes sans engagement idéologique particulier, agissant de manière pragmatique dans les limites de sa mentalité bureaucratique, et ne créant, ni ne valorisant un parti unique de masse* ». J.-J. LINZ, « Totalitarian and Authoritarian Regimes », in F.-I. GREENSTEIN, Polby N. W. eds., *Handbook of Political Science*, Reading, Addison-Wesley, 1975 vol. 3, p. 285.

[41] Madagascar est passé de la présence des militants en uniformes tel que l'évoqué le Livre Rouge de Didier Ratsiraka sous la République Démocratique de Madagascar à des fonctionnaires en uniformes au sein de l'appareil d'État.

[42] M. JANOWITZ, *Military Institutions and Coercion in the Developing Nations*, Chicago, University of Chicago Press, 1977, 211 pp.

[43] Article 18 de la Constitution de 1992 ; Article 18 de la Constitution de 1998 ; article 18 de la Constitution de 2007 ; article 17 de la Constitution de 2010 (devoir d'honneur). Cela était prévu par l'article 18 à 20 de la Constitution de 1975 où la conscription avait une importance majeure dans le cadre de la révolution socialiste.

civiles-militaires et par-delà la démocratie[44]. La Constitution malgache considère le service national comme un devoir d'honneur. Cette tradition ne semble plus être à l'ordre du jour si bien que certaines personnes ayant effectués le service national se retrouvent parmi les entrepreneurs de l'insécurité[45].

Conclusion : Une fragile loyauté des gardiens de la démocratie constitutionnelle

L'intervention de la sphère militaire au sein de la sphère politique bien qu'en perte de vitesse sur le continent africain continue à être un fait marquant. Diverses entreprises sont ainsi prises avant de catonner aux casernes les prétoriens. Les constituants ont pris la mesure du phénomène en inscrivant dans les lois fondamentales des principes visant à limiter la militarisation et surtout à confier la gestion de la défense et la sécurité aux autorités civiles. La norme constitutionnelle étant perçue comme consubstantielle de l'État de droit démocratique, seul cadre acceptable de l'exercice de l'autorité, et fondement de la légitimité de l'action de l'État et de ses institutions. Toutefois comme nous avons pu le constater les constitutions post-transition n'ont pas pu empêcher l'intrusion des militaires en politiques (Mauritanie, Mali, Niger, Burkina Faso, Madagascar). Les leçons apprises par ceux passés à la tête de l'État notamment l'inadéquation des méthodes de commandements à la direction d'un pays, n'ont pas eu l'effet escompté. Mais la différence entre la période post-indépendance et la présence des hommes en armes dans le champ politique des années 2000 est que nous sommes plutôt en présence de quelques éléments et non plus face à l'ensemble de l'institution rassemblée autour du plus haut gradé[46]. Les régimes mis en place suite à l'action des militaires politiques s'apparentent à des régimes bureaucratiques militaires où ces derniers laissent un civil à la tête de l'État.

Le retour progressif aux casernes sera rendu possible par la mise en œuvre de diverses mesures allant de la réflexion d'un concept de défense visant à une professionnalisation de l'institution militaire (revalorisation de statut) qui devra certainement passer par une réforme du secteur de la sécurité et de la défense mais également de la justice[47]. La délimitation des frontières entre le politique et le

[44] A. CABANIS et M.-L. MARTIN, « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *ibid.*

[45] J.-F. RAMASY et O. VALLÉE, « Transition électorale et enjeux sécuritaires à Madagascar », Fondation pour la recherche stratégique, note 01/2014, 16 pp.

[46] A. CABANIS et M.-L. MARTIN, « Armée et pouvoir dans les nouvelles constitutions d'Afrique francophone », *ibid.*

[47] Un processus de réforme du secteur de la sécurité est en cours à Madagascar avec l'organisation de rencontres au niveau des 22 régions du pays ainsi que d'un séminaire national

militaire s'avère plus que nécessaire et cela devra notamment passer par une démilitarisation du système politique et une dépolitisation de l'institution militaire. Il pourrait ainsi être envisageable que pour les nominations aux emplois militaires et les promotions en grade que le Parlement puisse donner son avis. Le partage de responsabilité entre les divers pouvoirs constitués devrait également se faire de manière plus approfondie. Le contrôle politique et démocratique des hommes en armes devrait guider les relations civilo-militaires à cela doit s'ajouter leur intégration dans la société avec la reconnaissance de leur spécificité et de l'importance de leur mission afin de prévenir toute marginalisation et restaurer la confiance citoyenne[48]. La loyauté constitutionnelle des militaires s'en trouvera également renforcée et dans ce cas les élites militaires doivent jouer le jeu démocratique. De plus des conditions économiques et politiques favorables devraient réduire les risques d'instabilités par conséquent d'interventions militaires comme l'atteste l'exemple sud-coréen[49]. Les militaires « interdépendants », en tant que réservoir d'autorité légitime[50], peuvent à ce titre jouer un rôle de promoteur de la démocratie et de la constitution dans une société post-autoritaire parce que leurs intérêts personnels s'alignent sur les conditions propices à une démocratie constitutionnelles évoquées notamment par James Madison, la stabilité institutionnelle, le pluralisme politique et l'unité nationale[51]. Ces réformes et ces actions constituent des éléments qui permettront aux institutions malgaches de se stabiliser et de participer à la consolidation de la démocratie.

au cours de l'année 2015. Par ailleurs, une lettre de politique générale en matière de défense est également prévue. Une restructuration de l'armée est engagée depuis le début de l'année 2020.

[48] M.-L. MARTIN, « Constitutionnalisme et contrôle politique des militaires en Afrique francophone », *ibid.*

[49] N.-K. KIM, « Getting the Military out of Politics in South Korea », *Asia Democracy Research*, East Asia Institute, 2020.

[50] M. JANNOWITZ, *The Military in the Political Development of New Nations: an Essay in Comparative Analysis*, Chicago, Phoenix Books, 1964,134 pp.

[51] O.-O. VAROL, « The Military as the Guardian of Constitutional Democracy », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2013, 80 pp.

Articles

SCIENCES POLITIQUES

Réflexions sur la non-politique navale de Madagascar : le rôle militaire et stratégique invisible de la Grande Île dans l'océan Indien

Josie DOMINIQUE

Maître de conférences en Sciences politiques à l'Université d'Antsiranana

Doyen de la Faculté de Droit, Économie, Gestion et Sciences Politiques

Résumé :

La géopolitique du sud de l'océan Indien présente une source croissante d'intérêt du fait des opportunités de coopération entre les États insulaires et les grandes puissances qui y sont présentes. Les États de cette zone font par ailleurs face au défi du renforcement de leurs capacités militaires et maritimes afin d'assurer la sureté mais aussi la sécurité alimentaire et énergétique de leurs territoires. Ils ont alors de plus en plus d'intérêt à maîtriser cette zone régionale soumise aux aléas de la mondialisation et à des risques sécuritaires. Avec un littoral long de cinq mille kilomètres, une zone économique exclusive de plus d'un million de kilomètres carré, la plus grande île de la région de l'océan Indien occidental – et l'une des quatre plus grandes îles du monde – peine à trouver sa voie en stratégie maritime dans le sud-ouest de l'océan Indien. Cet article se propose d'analyser le rôle militaire et stratégique de Madagascar dans l'océan Indien à travers ses forces navales.

Mots-clés : Armée – Madagascar – stratégie maritime – océan Indien – géopolitique

Abstract:

The geopolitics of the South Indian Ocean are an ever-increasing source of interest due to the opportunities for cooperation between the Island States and the major powers operating in the area. Furthermore, the States in this zone are being challenged by the need to strengthen their military and maritime capabilities in order to guarantee safety but also the food and energy security within their territories. The said States therefore have an ever-increasing interest in controlling this zone, which is subjected to the hazards of globalization and security-related

risks. With a shoreline that is five-thousand kilometres in length, the exclusive economic zone which is more than a million square kilometres, the largest island in the Western Indian Ocean – and also one of the four largest islands in the world – is struggling to find its path regarding maritime strategy in the South West Indian Ocean. This paper seeks to analyse the military and strategic role played by Madagascar in the Indian Ocean through its naval forces.

Keywords: Armed Forces – Madagascar – Maritime Strategy – Indian Ocean – Geopolitics

Évoquer la géopolitique de l'océan Indien, peut-être une source d'intérêt élevée, dans la mesure où celle-ci représente une opportunité de coopération importante. L'intérêt géopolitique de la zone devrait en effet peser sur la scène internationale avec ses 76,2 millions de kilomètres carré et une quarantaine d'États avec des situations politiques et socioéconomiques très hétérogènes : si certains États sont riches car possèdent du pétrole, d'autres sont considérés comme pauvres et éventuellement qualifiés de faibles. Les acteurs étatiques qui évoluent dans cet espace sont en grande partie composés d'États insulaires mais comportent également de grandes puissances. Le terme puissance dans le cadre de notre étude est destiné aux États qui en plus d'avoir un atout économique conséquent et une capacité d'innovation importante, possèdent les deux éléments majeurs de la puissance et du rayonnement dont les forces militaires – sous leur double aspect conventionnel et nucléaire – ainsi que le rayonnement culturel[1]. Ces grandes puissances doivent alors plus que jamais faire face au défi du renforcement de leurs capacités maritimes afin d'assurer la sûreté mais aussi la sécurité alimentaire et énergétique de leurs territoires. Elles ont alors de plus en plus intérêt à maîtriser cette zone régionale soumise aux aléas de la mondialisation et à des risques sécuritaires tels que la piraterie, la propagation de la radicalisation islamique mais aussi le trafic de drogue ainsi que les différents litiges inhérents à cette zone à l'instar de la question de la souveraineté des îles Éparses qui divise la France et Madagascar[2]. Isabelle Saint-Mézard affirme que si la sécurité de l'Océan Indien se structure essentiellement autour de trois acteurs principaux – les États-Unis, la Chine et l'Inde –, l'histoire de la coopération en Océan Indien « relève d'une série d'échecs et de projets inaboutis »[3]. On constate qu'aucune organisation collective durable n'arrive à se mettre en place dans la région malgré l'existence de plusieurs paramètres qui pourraient concourir à établir une coopération efficace et durable. En effet, l'océan Indien constitue un des espaces déterminants pouvant contribuer à la stabilité internationale. Et ce en raison du niveau élevé de conflictualité, de l'exposition à des menaces transnationales tels que les risques environnementaux, du trafic maritime qu'il connaît, des enjeux liés à la liberté de navigation et de la présence d'États fragiles et défaillants dont l'instabilité peut se répercuter sur le voisinage[4].

Le présent article s'interroge sur la capacité de Madagascar, la grande île, à travers ses forces armées – précisément ses forces navales ou la marine nationale – à mettre en œuvre des mécanismes de coopération durable, afin d'assumer son

[1] G. DOREL, *La puissance des États*, Paris, La Documentation française, 1998, n° 8006.
[2] Les îles Éparses (un des cinq districts des TAAF) sont composées des Iles Bassas de India, Europa, Glorieuses et Juan de Nova. Elles sont situées dans l'ouest de l'océan Indien et constituent un objet de revendication pour l'obtention de leur souveraineté par Madagascar.
[3] I. SAINT-MEZARD, « Quelles architectures de sécurité pour l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 129-149.
[4] *Idem.*

rôle géopolitique en termes de stratégie maritime dans la zone sud-ouest de l'océan Indien. Face aux différents défis qui se présentent, aux risques et aux conflits géopolitiques régionaux, penser le rôle de l'État malgache dans cet espace ne peut se faire sans appréhender les modalités de coopération de ses forces armées avec ses homologues internationaux et régionaux agissant dans l'océan Indien. En effet, l'un des piliers de l'État étant l'armée, plus précisément sa marine nationale, il s'agit dans cette étude de questions maritimes. À cet effet, il convient avant tout de questionner à la fois les capacités militaires et maritimes de Madagascar. La problématique que nous posons est alors de savoir comment appréhender le rôle stratégique et militaire de Madagascar dans l'espace régional ? Nous entendons par rôle stratégique et militaire, la place que doit revendiquer Madagascar en termes de relations et de coopérations internationales avec les différents acteurs de la région mais aussi en termes de capacité à sécuriser son territoire en cas d'attaques mettant en cause sa souveraineté nationale ou tout simplement en cas de risques sécuritaires.

Notre étude montre que malgré une « histoire longue » – au sens braudélien de l'expression – de coopération et d'ouverture à l'international depuis le XIXe siècle ainsi que des efforts visibles entrepris par les dirigeants successifs pour développer la coopération, l'armée malgache peine à s'imposer dans son espace régional. L'hypothèse que nous avançons a pour but de montrer que cette situation découle en partie de la structure terrestre voire continentale des forces armées malgaches, ce qui est paradoxal dans la mesure où Madagascar est une île. Une situation qui découle en partie du legs colonial lié à la mise en place de cette armée mais aussi et surtout le résultat d'une cécité politique des régimes successifs consistant à ignorer le rôle géostratégique que pourrait jouer Madagascar dans la région. Cette étude procède d'une observation des différents acteurs de la marine malgache, appuyée par des documents fournis par ces acteurs et la consultation de quelques documents internes du Ministère de la Défense nationale à Madagascar. De surcroît, une recherche documentaire a été effectuée au sujet des acteurs organisationnels qui ont le plus d'influence sur les mutations de la coopération militaire à Madagascar face aux enjeux géopolitiques du XXIe siècle.

Notre allons voir dans une première partie, comment se manifeste cet intérêt des grandes puissances militaires dans le sud de l'océan Indien et à Madagascar. Ces manifestations d'intérêt permettront par conséquent de voir comment se caractérise le positionnement de la défense française face aux risques conflictuels et sécuritaires de la zone d'étude. Ensuite, nous étudierons l'histoire dans le temps long d'une armée malgache qui peine à mettre en place sa stratégie maritime ; ceci aboutira enfin à une analyse des forces armées navales malgaches actuelles.

I. De l'intérêt stratégique des grandes puissances militaires dans le bassin occidental de l'Océan Indien

Les intérêts stratégiques et économiques des grandes puissances dans le sud de l'océan Indien sont manifestes. Différents acteurs internationaux rivalisent afin de pouvoir dominer ou marquer leur présence dans cette aire géographique. Dans cette logique, les États-Unis ont installé une base à Diego-Garcia dans l'archipel des Chagos intégré au T.B.O.I. (Territoires Britanniques de l'Océan Indien) en 1965. L'île est à l'époque louée aux États-Unis pour une durée de vingt ans et ceux-ci commencent à s'y installer à partir de 1971. Précisons que les habitants des Chagos ont été expatriés par les Britanniques avec une interdiction de retour lorsque l'île a été louée aux Américains pour y installer leur base militaire[5]. L'archipel des Chagos est revendiqué par ailleurs par l'État mauricien et Londres a été sommé de rendre les territoires à l'île Maurice par la décision de la Cour Internationale de Justice début 2019[6]. La restitution de l'archipel des Chagos demandée par l'île Maurice avec la pression de l'Inde et la Chine démontre alors l'engouement stratégique pour la région[7]. Diego Garcia se trouve au carrefour des théâtres d'opérations militaires américains du Moyen-Orient, d'Asie du Sud et du Pacifique. L'armada logistique compte 300 personnes et cinq navires de soutien, déployés en permanence, une disposition minimale par rapport aux principales bases américaines sur les façades Atlantique et Pacifique[8]. Cette disposition est impressionnante par rapport aux puissances et capacités des États insulaires sur place notamment celles de Madagascar. Malgré cet effort minime des États-Unis, il se trouve que ceux-ci semblent redessiner leur positionnement, notamment face à la crainte du collier de Perles défini comme une stratégie géopolitique regroupant l'ensemble des bases navales et des points d'appui commerciaux que Pékin construit avec ses pays partenaires pour assurer ses voies d'approvisionnement énergétiques[9].

---

[5] D. VINE , *Island of shame: the secret history of the U.S. military base on Diego Garcia*, 4th print, Princeton, Princeton University Press, 2011.

[6] Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 25 février 2019 sur les effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965. Dès lors, le Royaume-Unis est tenu, dans les plus brefs délais, de mettre fin à son administration de l'archipel des Chagos, ce qui permettra à Maurice d'achever la décolonisation de son territoire dans le respect du droit des peuples à l'autodétermination.

[7] E. GREGOIRE, « Des îles britanniques de l'océan Indien disputées : Diégo Garcia et l'archipel des Chagos », *Herodote* n° 137 (2), 2010, pp. 185-193.

[8] J.-L. SAMAAN, « L'océan Indien, laboratoire de la géographie militaire américaine », *Herodote* n° 145 (2), 2012, pp. 30-47.

[9] L. AMELOT, « La stratégie chinoise du « collier de perles » », *Outre-Terre* n° 25-26 (2), Outre-terre, 2010, pp. 187-198.

La Chine a effectivement quadruplé ses dépenses militaires depuis le début du XXIe siècle, avec une priorité pour la marine. Elle s'équipe pour faire face au géant américain dans le cadre du conflit taïwanais mais aussi pour assurer la protection de ses lignes de commerce et d'approvisionnement[10]. Dans l'océan Indien, la Chine dont la stratégie de contrôle des espaces maritimes est manifeste, dispose de facilités portuaires pour ses navires de guerre aux Maldives et aux Seychelles[11]. Afin de raffermir ses liens de coopération avec la grande île, en 2017, la Chine a offert à Madagascar deux patrouilleurs neufs pour renforcer la flotte de la marine nationale et contribuer ainsi à la lutte contre les trafics et à la sécurité des navires commerciaux [12].

Il faut par ailleurs noter que face à cette montée de la puissance de la Chine, la stratégie continentale de l'Inde est en train d'évoluer. Celle-ci conçoit désormais l'océan Indien comme une entité stratégique à part entière, héritage de l'Empire britannique qui a donné un profond sentiment d'affinité avec l'océan qui porte son nom. Cherchant à devenir la « force prééminente » de l'océan Indien, septième puissance maritime mondiale en tonnage transporté, l'Inde considère ses 74 millions de kilomètres carrés comme sa zone d'opération[13]. Elle a pour ambition d'y jouer un rôle de plus en plus important afin d'assurer la sécurité de cet espace maritime, ce qui implique la modernisation des différentes forces navales[14]. On évoque par ailleurs le « réveil maritime de l'Inde » dans la région. Celle-ci multiplie les liens diplomatiques avec Madagascar mais possède déjà une assise importante à l'île Maurice et aux Maldives avec un intérêt de plus en plus accentué pour les Seychelles. Deuxième pays le plus peuplé du monde, l'Inde entreprend en effet des patrouilles militaires maritimes au profit de l'île Maurice et établit une présence permanente avec l'installation, à Madagascar, d'une station d'écoute – une première en dehors de son territoire national[15]. Son intérêt géopolitique pour Madagascar s'affirme progressivement, comme en témoignent diverses entreprises visant à raffermir les liens diplomatiques et militaires entre les deux pays : envoi de quatre navires de guerre en octobre 2019 à la base navale de Diégo-Suarez, don de 600 tonnes de riz en mars 2020 livré par un navire de guerre pour venir en aide aux victimes des inondations, anticipation de la crise

[10] Y. HENG-LIM, « Les orientations de la modernisation navale chinoise », *Politique étrangère* Printemps (1), Institut français des relations internationales, 2011, pp. 171-181.
[11] J-L, MARTINEAU, « Djibouti et le « commerce » des bases militaires : un jeu dangereux ? », *L'Espace Politique* (34), 2018.
[12] « Sécurité Maritime, la Chine offre deux patrouilleurs », *L'Express de Madagascar*, 4 août 2017 – https://lexpress.mg/04/08/2017/securite-maritime-la-chine-offre-deux-patrouilleurs/ (dernière consultation le 2 décembre 2019).
[13] A. SHELDON-DUPLAIX, « L'Indian Navy, gendarme de l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 2012, pp. 83-103.
[14] I. SAINT-MEZARD, « Quelles architectures de sécurité pour l'océan Indien ? », *ibid.*.
[15] B. COURMONT et C. GERAGHTY, « Vers un axe Canberra-New Delhi dans l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 2012, pp. 69-82.

sanitaire liée au Covid-19 qui allait frapper la grande île[16]. Agissant ainsi, les Indiens talonnent les Français qui veillent sur leur pré-carré en étant présents militairement dans cette zone, à Djibouti, La Réunion et Mayotte.

II. La volonté française de garder son pré-carré face aux risques conflictuels et sécuritaire de l'Océan Indien

La France mène effectivement une diplomatie offensive dans cette zone de l'océan Indien, face aux intérêts accrus des grandes puissances internationales et régionales. Installées à La Réunion et à Mayotte, les forces armées dans la zone sud de l'océan Indien (FAZSOI) garantissent la protection du territoire national français et animent la coopération régionale depuis ces deux territoires d'Outre-Mer. Elles constituent le point d'appui principal du théâtre « océan Indien » appuyé par la base de Djibouti. Plusieurs grandes puissances sont présentes dans la corne de l'Afrique : la France depuis 1977, les États-Unis en 2003 et la Chine en 2015. Les forces armées qui y sont stationnées constituent le contingent français le plus important de forces en présence en Afrique et c'est l'une des deux bases opérationnelles avancées sur ce continent[17].

L'amiral Jean Dufourq évoque le triple intérêt pour Paris à coopérer avec un État insulaire et avoir ainsi un leadership militaire et maritime dans l'Océan Indien. En effet, il faudra d'abord préserver le flux économique reliant Shanghai et Rotterdam. Par ailleurs, force est de constater que la relation du continent européen face au développement de l'Asie repose sur cette artère économique vitale. Enfin, il y a donc ici une mutuelle dépendance entre l'Europe et les puissances asiatiques[18]. Par conséquent, vu ces différents intérêts que représente l'Océan Indien pour la France, le maintien et le développement accru de la coopération militaire franco-malgache s'avère très stratégique et indéniable. Cet effort de coopération s'inscrit par ailleurs dans le cadre de la prévention des risques géopolitiques[19].

Au-delà des positionnements stratégiques, d'autres dangers doivent cependant être signalés, cette zone est menacée par d'autres phénomènes tels que

[16] « L'Inde fait don de 600 tonnes de riz au peuple malgache », *Orange Actualités* – https://actu.orange.mg/linde-fait-don-de-600-tonnes-de-riz-au-peuple-malgache/ (dernière consultation le 16 avril 2020).
[17] La présence des forces françaises sur le territoire djiboutien est encadrée par le Traité de coopération en matière de défense signé le 21 décembre 2011 entre la République de Djibouti et la France.
[18] J. DUFOURQ, « La France et les enjeux stratégiques de l'océan Indien », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 21-29.
[19] *Idem*

la piraterie maritime, le pillage des ressources halieutiques, le trafic de drogue mais aussi le risque terroriste face à la montée de la radicalisation dans les territoires d'Outre-Mer comme le cas de Mayotte[20]. En plus de la piraterie, le brigandage maritime et l'immigration clandestine qui sont des problèmes récurrents et communs à tous les États de l'Océan Indien, Madagascar doit également faire face à d'autres fléaux sécuritaires dont les trafics et la contrebande par voie maritime touchant les bois précieux, les zébus, les espèces protégés mais aussi la pêche illicite non déclarée et non règlementée dans la zone sud-ouest de l'Océan Indien à l'origine de pertes évaluées à 400 millions de dollars par an à la première vente et un milliard de dollars par an en produits transformés[21]. Il faut rajouter à toutes ces menaces le fait que la zone sud de l'Océan Indien constitue une plaque tournante du narcotrafic. Comme le souligne Xavier de Bonnaventure, la production afghane d'héroïne transite facilement par les Seychelles, Madagascar, les Comores et Maurice avant d'atteindre l'Europe[22].

Les risques de dérèglements géopolitiques dans cette partie de l'océan Indien en sont accrus. Par exemple, la recrudescence de la piraterie somalienne mobilise trois coalitions navales menées par l'Union européenne (UE), l'OTAN et les États-Unis mais associent également plusieurs pays tels que l'Inde, la Chine, le Pakistan, le Japon, la Corée du Sud et la Russie[23]. Les risques de conflits géopolitiques sont assez nombreux dans cette zone. Rappelons à ce titre la fragilité de la situation intérieure au Pakistan et au Yémen, l'instabilité en Irak et en Afghanistan, les tensions liées à la crise iranienne, les nombreux risques de conflits interétatiques notamment entre l'Inde et le Pakistan ou au Moyen-Orient[24]. Toutes ces éventualités de conflits justifient pleinement une appropriation de l'espace du sud de l'océan Indien par les grandes puissances comme les États-Unis et l'Inde mais aussi la Chine.

La France et le Royaume-Uni, bien qu'implantés historiquement dans cette zone, ont de plus en plus intérêt à y rester dans la mesure où les sentiments nationalistes des pays anciennement colonisés tels que Madagascar et Maurice se réveillent à nouveau avec la réclamation respective des îles Éparses et des îles Chagos. En effet, Madagascar souhaite depuis 1974 envoyer des troupes militaires dans les îles Éparses, en riposte à l'occupation continue de celles-ci par des contingents militaires français. Par ailleurs, malgré l'offensive diplomatique

[20] O. BENSOUSSAN , « La mer, menace ou espoir de développement pour Mayotte ? », *Les Cahiers d'Outre-Mer* n° 248 (4), Presses universitaires de Bordeaux, 2009, pp. 489-512.
[21] Défense et sécurité maritime au service de l'économie bleue. Document interne du Ministère de la Défense Nationale Madagascar, juillet 2019
[22] X. DE BONNAVENTURE, « L'intervention de l'État en mer dans la lutte contre le narcotrafic », *Revue Juridique de l'Océan Indien* (26), 2019, p. 431.
[23] V. ROGER-LACAN, « Lutte contre la piraterie, facteur structurant de sécurité en océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 118-128.
[24] I. SAINT-MEZARD, « Quelles architectures de sécurité pour l'océan Indien ? », *ibid*.

lancée par Madagascar et le soutien des Nations Unis, la France est sommée d'ouvrir le dialogue pour leur restitution depuis 1979[25]. Malheureusement, elle s'est jusqu'à présent appuyé sur son pouvoir de droit de veto, en tant que membre du Conseil de sécurité à l'ONU, pour ne pas obtempérer[26].

Ce tour d'horizon des intérêts stratégiques des grandes puissances internationales et régionales relatifs à la zone sud de l'Océan Indien, ainsi que des différents risques sécuritaires omniprésents, permettent de souligner le potentiel de dérèglement géopolitique de la zone. Notre réflexion se poursuivra par une analyse du positionnement militaire de Madagascar, à travers les évolutions de la coopération militaire à Madagascar tout au long de son histoire politique.

III. Le temps long d'une armée nationale sans stratégie maritime

Comme le précise l'Amiral Bernard Rogel, ancien Chef d'État-major de la marine française (2011-2016) : « *Une marine se construit sur le temps long* »[27]. C'est dans cette optique que nous allons revenir sur l'histoire longue de l'armée malgache au sens braudélien du terme et de ce fait voir comment sa marine en l'occurrence ses forces navales ont pu évoluer. Cette supposée « jeune armée », comme on a l'habitude de la qualifier car créée après les indépendances de 1960, a en fait connu une longue expérience de coopération avec des pays étrangers. L'armée permanente du Royaume de Madagascar du XIXe siècle a en effet été mise en place par le roi Radama I[er] (1810-1828) avec l'aide des Anglais, installés à l'île de France devenue Ile Maurice en 1815. Farquhar, le premier gouverneur anglais de l'île, était désireux d'exercer une diplomatie plus active dans cette zone en optant pour l'arrêt de la traite des esclaves[28]. Une armée construite sur un modèle européen naquit et Radama I[er] fut reconnu roi de Madagascar par les entités diplomatiques internationales. Par conséquent, cette armée permanente représentait déjà ce qu'on allait appeler les prémices d'une armée nationale dès le

[25] Résolution 34/91 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 34[ème] session, portant sur la souveraineté de Madagascar sur les îles Éparses, invitant la France à les restituer à Madagascar.
[26] C. RAFIDINARIVO, « Enjeux géopolitique des négociations sur les îles Éparses », in: *Regards croisés sur les îles éparses ressources et territoires contestées*, 2015 (Numéro spécial Îles Éparses de la revue juridique de MCI , 72-73).
[27] B. ROGEL, « Enjeux et défis stratégiques de la Marine nationale », *Revue Defense Nationale* N° 789 (4), Comité d'études de Défense Nationale, 2016, pp. 11-16.
[28] F. RAISON-JOURDE, *Bible et pouvoir à Madagascar au XIXe siècle: invention d'une identité chrétienne et construction de l'Etat, 1780-1880*, Paris, Karthala, 1991 (Collection « Hommes et sociétés »).

XIXe siècle[29]. Malgré le manque de documentation sur les unités maritimes précoloniales, il apparaît que l'armée nationale du Royaume possédait déjà un canonnier baptisé « *Ambohimanga* ». Ce bateau constituait alors déjà à l'époque la première unité armée sur mer du royaume[30]. Force est de constater que cette unité maritime ne sera pas développée et restera tout au long du XXème siècle le parent pauvre de l'armée malgache.

Tout au long du XIXe siècle, les Français prirent petit-à-petit le relais des Anglais à Madagascar, avec l'arrivée progressive de missionnaires catholiques mais aussi de conseillers comme Jean Laborde. L'intérêt grandissant de la France pour Madagascar fut matérialisé par le Protectorat de 1885 et la conférence de Berlin qui entérinera le début de la colonisation avec l'invasion française en 1895. Cette armée quasi-nationale, pourtant sous-estimée et faisant l'objet de la risée des coopérants ou des agents de renseignements français installés en Imerina afin de préparer l'invasion, fut en partie reprise par l'administration coloniale pour constituer l'ossature de l'armée coloniale qui commandait depuis Tananarive[31]. Malgré le mérite d'avoir existé et constitué dès le XIXe siècle une armée nationale, la facilité avec laquelle l'armée occupante envahit le pays, illustrée par le mythe de « la bataille d'Andriba », démontre la faiblesse de l'armée de l'époque. Cette bataille est considérée dans l'imaginaire malgache comme un combat sans merci de l'armée malgache pour arrêter l'invasion française avant de battre en retraite devant l'ennemi. Le contraire a pourtant été démontré par Esoavelomandroso Manassé : malgré son matériel perfectionné, son avantage numérique et sa connaissance du terrain, l'armée malgache fut aisément défaite, preuve d'une faiblesse qui a été résumée par l'évocation d'une armée « *divisée, désemparée sans aucun sens patriotique* »[32].

L'armée coloniale constituée à l'époque de la colonisation française avait surtout pour but d'assurer la présence d'une main d'œuvre à la disposition de la métropole et de servir de vivier de combattants en cas de conflit[33]. Le traitement réservé aux anciens combattants malgaches après la Seconde Guerre mondiale montre bien le mépris des institutions françaises à l'égard des forces armées constituées de soldats malgaches : ils restèrent totalement ignorés et, en

[29] J.V. DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État: sociologie historique des forces armées à Madagascar*, Paris Sciences et Lettres, 2018.
[30] H. RAKOTOARISON, Présentation des forces navales et du commandement des forces navales, 2015, Antananarivo.
[31] Archives du Service Historique de la Défense, 8H37 : Extrait du rapport du Capitaine Martinié. Renseignements, Mars 1894. 8H67 : Capitaine Lavoisot, Étude sur l'armée malgache, Août 1890.
[32] M. ESOAVELOMANDROSO, « Le mythe d'Andriba », *Omaly sy anio* (1-2), 1975, pp. 43-73.
[33] E. DEROO, « Mourir : l'appel à l'empire », in: *Culture coloniale 1871-1931*, Paris, Autrement, 2003 (Mémoires/Histoire), pp. 107-117 – https://www.cairn.info/culture-coloniale-1871-1931--9782746702998-p-107.htm.

particulier, ne furent pas intégrés dans l'armée coloniale. Leur déception constituera l'un des moteurs de l'Insurrection de mars 1947, puisqu'ils lui apportèrent leur expertise en matière d'utilisation des armes et leur savoir-faire en matière de combat[34]. Le processus de décolonisation qui survient à partir de 1958 va alors aboutir à l'indépendance en 1960. Celui-ci va s'accompagner de la création d'une armée malgache officielle, mais en réalité dépendante de l'armée française notamment en ce qui concerne les équipements mais aussi sur le plan du commandement. En effet, la transition entre l'armée française et l'armée malgache resta symbolique car, dans les faits, plusieurs régiments français cohabitèrent avec les forces malgaches jusqu'en 1972, avant de quitter le territoire suite à la chute de la Première République. La carte des emplacements des bases militaires établies en 1963, retrouvée aux archives de Vincennes, montre que trois années après l'accession de Madagascar à l'indépendance, la présence française y demeurait encore très significative. Les garnisons françaises étaient tout aussi considérables voire plus nombreuses que les garnisons malgaches. Les régiments français étaient alors installés dans plusieurs villes de Madagascar : en particulier à Diégo-Suarez, mais aussi à Tamatave, à Antananarivo, et à Fianarantsoa[35]. Effectivement, les services de santé, d'intendance et les prévôtés[36] restèrent français mais aussi les garnisons les plus stratégiques telles que celles qui étaient basées dans la baie de Diégo-Suarez qui hébergeait ainsi une des plus grandes bases maritimes du sud de l'océan Indien. Cette dernière dispose d'un positionnement stratégique très avantageux d'un point de vue géopolitique, étant placé au carrefour de l'Asie et de la Corne de l'Afrique. La baie représente en effet une forteresse stratégique propice à la défense militaire et reste jusqu'à ce jour la seule base navale et la plus importante de la grande île[37].

---

[34] J.-V. DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État: sociologie historique des forces armées à Madagascar*, *op. cit.*, 2018.

[35] Archives du Service Historique de la Défense, 8H222, Carte : Implantation des forces terrestres française et malgaches en ZOM N°3- SHD 8H222. Cette carte retrouvée aux archives du Service Historique de la défense à Vincennes montre les implantations françaises et malgaches en 1963.

[36] Formation militaire spécialisée issue de la gendarmerie et affectée, en temps de guerre ou en tout temps à l'étranger, à un grand commandement, une grande unité ou une base. (Les missions prévôtales concernent, notamment, la recherche du renseignement, la police générale, le maintien de l'ordre et les liaisons avec les polices alliées).

[37] L'entrée de la baie est très étroite, d'une superficie seulement d'un kilomètre (plus précisément 900 m) de largeur entre Nosy Volana, au nord, et Cap Andranomody, au sud. Ses passes, c'est-à-dire le passage de la mer entre deux terres à l'entrée de la baie, ont une profondeur d'une cinquantaine de mètres. La ville de Diégo-Suarez contient notamment d'importantes infrastructures logistiques comme la base d'Orangea ou encore de Cap Diego qu'on appelait aussi le « porte-avion » du Nord de Madagascar. Il comporte en effet, un grand terrain d'aviation avec des hangars, entouré d'un solide système de défense navale et anti-aérienne. Au Sud-Est de la ville, faisant face à la ville, le village de Cap Diego abrite le mess des officiers installé dans une vaste grotte à l'intérieur de la falaise.

L'armée nationale issue de l'indépendance de 1960 aura pour sa part hérité d'une tradition française, jusqu'à notamment s'appeler elle aussi la « grande muette ». Le legs de l'armée coloniale à l'armée postcoloniale est flagrant à travers son comportement vis-à-vis de la population locale. L'armée resta dans sa forme et dans son esprit, profondément française et de ce fait coloniale. Cela était palpable à travers la perception de l'armée postcoloniale par la population malgache. En effet, l'étude sur les rapports entre la gendarmerie et la population conduite en 1971 par Françoise Raison Jourde et Gérard Roy montre que la population – en grande partie rurale – considère l'armée en tant que représentants de l'État comme ayant un caractère arbitraire et oppressif envers la population, ce qui rappelle les phénomènes de la colonisation et transparaît dans le comportement des militaires postcoloniaux[38]. Par ailleurs, le fait de rester dans la Communauté française ne permettait pas à Madagascar d'adopter une stratégie ou une politique de défense totalement indépendante, ceci entravait sa souveraineté. La plupart des cadres sinon la majorité des éléments de l'État-Major général était des Français. En plus des dispositions légales, l'importance de l'aide financière octroyée et de la formation représentaient des facteurs maintenant les forces malgaches sous la domination de la France. Un phénomène qui handicapait totalement le gouvernement malgache dans le choix du type d'armée qu'il voulait mettre en place.

La coopération militaire de la France avec Madagascar s'inscrit par conséquent dans leur histoire commune, héritière de la colonisation de l'Île entre 1895 et 1960 et de l'implantation de la France dans cette zone sud de l'océan Indien. Les forces armées de la Zone sud de l'Océan Indien (FAZSOI), contingent de l'armée française basé à l'île de La Réunion, et une grande partie des forces armées malgaches comme nous l'avons démontrée plus tôt ont été jusqu'en 1973 issues de la zone de défense militaire française appelé ZOM N°3[39]. Le cheminement historique des relations militaires franco-malgaches ne s'était pas fait sans heurt. En effet, la Constitution de la Première République de 1958 ne fait aucune mention du statut de la défense et des forces armées à Madagascar. De ce fait, les forces métropolitaines et les forces d'Outre-Mer dont Madagascar faisait partie ne formaient qu'un seul et même ensemble jusqu'à la proclamation de l'indépendance en 1960. Cette situation de défense commune entre la République Française et la République malgache a perduré pendant la Première République

[38] F. RAISON JOURDE et G. ROY, *Paysans, intellectuels et populisme à Madagascar. De Monja Jaona à Ratsimandrava*, Paris, Karthala, 2010.

[39] La Zone d'Outre-Mer N°3 (ZOM N°3) regroupe le territoire militaire d'Outre-Mer nommé Madagascar et Dépendances dans laquelle se trouve les territoires du sud de l'Océan Indien Madagascar, Les Comores et la Réunion. La ZOM N°1 comprend les territoires d'Afrique Occidentale Française (AOF) Mauritanie, le Sénégal, le Soudan français (devenu le Mali), la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Niger, la Haute-Volta (devenue le Burkina Faso), et le Dahomey (devenu le Bénin) et le Togo. La ZOM N°2 concerne les États d'Afrique Équatoriale Française (AEF) République du Congo, du Gabon, du Tchad et République Centrafricaine.

car les annexes de la mise en place de l'armée inscrivaient cette dernière dans la défense de la communauté dont elle faisait partie[40].

Cette coopération prit alors une autre forme en 1972, celle de la remise en cause des relations franco-malgaches initié par le Gouvernement du Général Ramanantsoa. Cette rupture s'intensifia avec la période socialiste qui entraîna des accords tous azimuts avec les pays du bloc de l'Est dont l'idéologie avait été retranscrite dans la Charte de la révolution socialiste connue sous l'appellation « Livre Rouge » initiée alors par Didier Ratsiraka. En termes de politique extérieure, se manifestait clairement la radicalisation de la rupture des relations avec la France amorcée par la révision des accords de coopération. Les grandes décisions spectaculaires se sont succédées avec l'évacuation des bases militaires aéronavales d'Ivato et de Diégo-Suarez, le retrait de la zone franc, suivies par d'autres décisions spectaculaires, notamment la fermeture de la station américaine de repérage et de pistage de satellites artificiels de la NASA à Imerintsiatosika. La prise de position de Madagascar dans le mouvement des non-alignés, le durcissement de ses positions en termes de relations internationales, appuyant la libération des pays voisins comme l'ANC, et l'option prise en faveur du désarmement général *via* la demande d'une zone de paix démilitarisée et dénucléarisée dans l'océan Indien avec le démantèlement de la base anglo-américaine de Diégo-Garcia, furent l'illustration ce cette rupture[41].

Les lignes de la politique extérieure du Livre Rouge démontraient l'attachement de Didier Ratsiraka à la souveraineté nationale. Cet officier de la Marine poursuivait alors l'objectif d'accéder à une indépendance économique, politique et militaire pour Madagascar avec une ferme volonté de s'affranchir du joug de l'ancien colonisateur[42]. Le contexte extrêmement tendu des relations internationales pendant la Guerre Froide, ayant engendré la course aux armements et aux implantations des bases militaires en Afrique, était propice à un rapprochement des pays du Tiers-Monde. L'URSS s'était en effet résolue à appuyer militairement les groupes révolutionnaires de ces pays, présents alors en Lybie, également en Angola, en Éthiopie et au Mozambique. Les aides militaires apportées alors par l'URSS aidaient les pouvoirs locaux à faire pencher l'équilibre des forces en leur faveur et en contrepartie l'URSS accédait à des installations maritimes et aériennes pouvant être utiles en cas de conflits avec l'Occident[43].

---

[40] Annexe 1 concernant la mise sur pied des forces armées malgaches et l'assistance militaire technique, Accords franco-malgaches, Journal officiel de la République Française, N°60-171, Juillet 1960.

[41] C. DELMAS, *La politique militaire soviétique*, Presses Universitaires France, (Que sais-je ?) 1983.

[42] D. RATSIRAKA, *Livre rouge de la révolution malagasy*, 1975.

[43] S. BIRGERSON, A.V. KOZHEMIAKIN, R. KANET et al., « La politique russe en Afrique : désengagement ou coopération ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* 27 (3), 1996, pp. 145-168 – https://doi.org/10.3406/receo.1996.2802.

Cette politique russe aurait par conséquent conduit le Président malgache Didier Ratsiraka à se mettre dans une posture de rapprochement avec l'URSS dans la mesure où il savait l'importance que pouvait représenter la position géographique de Madagascar par rapport à la possibilité de l'affrontement des deux blocs. En effet, dans la logique expansionniste des deux blocs durant cette période, Madagascar pouvait représenter des intérêts géostratégiques considérables et l'installation des bases militaires dans la zone de l'océan Indien était plus que salutaire. Ratsiraka choisit cependant de suivre le mouvement des pays non-alignés tout en sachant l'intérêt soviétique pour le Tiers-Monde et son attrait grandissant pour l'océan Indien par rapport à sa position dans la guerre froide. Cette position lui permettait de bénéficier de l'aide militaire de l'URSS tout en déclarant la neutralité de Madagascar vis-à-vis des deux blocs. Pour raffermir la souveraineté nationale, il fallait se doter de moyens pour mettre en œuvre cette nouvelle diplomatie et ces nouvelles relations internationales.

Le départ brutal des régiments français en 1972 n'avait pas réellement permis de transférer les compétences nécessaires d'autant plus qu'en se tournant vers l'URSS, en termes de coopération, l'utilisation des MIG 21 aura été dans un premier temps considéré comme déterminant dans l'assise de la souveraineté de Madagascar dans l'Océan Indien et son efficacité en termes de sécurisation des côtes. Cependant, l'effondrement du mur de Berlin accompagnant l'essoufflement de la révolution socialiste et les politiques d'ajustement structurel des années 1990 avaient montré rapidement les limites de la coopération avec les pays de l'Est et permirent le retour en force de la France. Une forte dépendance de l'armée malgache à l'ancienne puissance coloniale a été indiscutable au cours de son histoire. L'histoire de l'armée malgache est fortement liée à l'histoire de la colonisation. Cette situation explique en partie une politique de défense inadaptée, éloignée des enjeux géopolitiques liés au domaine maritime.

Cette démarche historique permet une meilleure compréhension des continuités et des ruptures de la coopération militaire et diplomatique franco-malgache concernant cette zone sud de l'océan Indien tout au long du XXe siècle. Elle nous éclaire en outre sur les errements des régimes politiques successifs, qui ne sont pas parvenus à trouver une voie indépendante pour la constitution d'une armée adaptée à sa position géographique, en d'autres termes pour le développement d'une force navale forte et efficace. Cet état de nécessité montre par conséquent comment Madagascar peine à faire face aux enjeux stratégiques maritime qui caractérisent au XXIe siècle la région Océan Indien.

IV.- Les forces armées navales malgaches actuelles : une stratégie à contre-courant ?

Madagascar possède 5 000 kilomètres de côtes, 111.120 kilomètres carré de mer territoriale et environ un million de ZEE, soit une opportunité inestimable de positionnement en termes de stratégie maritime. Malgré ces différents atouts, la marine constitue visiblement le talon d'Achille de l'armée malgache et ses forces navales semblent rencontrer des difficultés à imposer une crédibilité d'action offensive en stratégie maritime dans la zone sud de l'océan Indien.

Une des manifestations de la dépendance est la présence permanente d'assistants militaires techniques (AMT) français présents au sein de l'armée malgache. Ces AMT ont pour mission d'assister techniquement l'armée malgache dans les différents projets mais leur rôle reste assez ambigu. Par ailleurs, les accords de coopération avec la France se concrétisent à travers les manœuvres militaires menées conjointement entre les deux armées soit à Madagascar soit dans les espaces français de l'Océan Indien. En effet, pour justifier une crédibilité offensive, un élément qui pourrait être nécessaire aux forces armées sont les entrainements et les exercices militaires. Ceux-ci sont les gages d'une armée opérationnelle. L'étude des exercices militaires menée par les forces armées entre 2003 et 2018 montre que les exercices organisés par la seule armée malgache sont généralement des exercices de type continental c'est-à-dire mobilisant l'armée de terre, tels que les manœuvres militaires dans le fief des *dahalo*[44] (par exemple les opérations Saphir en 2003, *Sakay* en 2017 et *Tampoketsa* en 2017). Certains exercices avec la France relèvent également de l'inter-armée c'est-à-dire incluant les forces de l'armée de terre avec des débarquements au sol qui diffèrent des exercices purement maritimes qui seraient stratégiquement plus judicieux pour les forces armées malgaches en termes d'acquisition de compétences. Les exercices à visée principalement maritime, qui consistent par exemple la lutte contre la piraterie, incluent généralement les FAZSOI et les Américains comme avec l'exercice *Cutlass Express*[45] mais aussi les pays membres de la C.O.I. Ces manœuvres maritimes nécessitent un matériel militaire adéquat : les matériels employés sont en majeure partie français car la marine malgache ne dispose ni de

[44] Ce terme désigne un groupe d'homme qui à l'origine pratiquent le vol occasionnel de zébus afin de pouvoir fournir une dot lorsqu'ils souhaitent épouser une femme, cependant depuis les années 1990, ils représentent plutôt un groupe d'hommes armés considérés comme des criminels, pillant des villages entiers pour pouvoir voler des zébus à des fins commerciales.

[45] Des forces maritimes d'Afrique de l'Est, des pays de l'océan Indien occidental, d'Europe et des États-Unis, ainsi que plusieurs organisations internationales participent à l'exercice, voir à ce sujet l'article « Multinational maritime exercise Cutlass Express 2019 commences », publié en ligne le 30 janvier 2019 : https://www.naval-technology.com/news/cutlass-express-2019/ – dernière consultation le 2 octobre 2019.

bâtiment de guerre, ni de patrouilleur destiné à sécuriser la ZEE, ni de bâtiments de transports d'appui logistique.

Ces exercices avec les troupes étrangères présentent cependant plusieurs impacts au niveau de l'état d'esprit des troupes malgaches, notamment en termes d'ouverture vers l'extérieur, dans la mesure où celles-ci – marquées par l'insularité – peuvent ainsi avoir l'opportunité d'échanger avec leurs homologues étrangers et de découvrir d'autres pays. En outre, pour les officiers de carrière, les exercices constituent une opportunité d'avancement mais sans revêtir de caractère officiel. En effet, ces exercices qui contribuent au recyclage des troupes servent de tremplin pour une nouvelle formation pour la grande partie des hommes y participant. Les militaires qui ont mené des campagnes extérieures ou des manœuvres sont souvent mieux reconnus par leurs pairs. Ils bénéficient donc d'une certaine considération par rapport à ceux qui n'ont participé à aucune activité militaire et possèdent un léger avantage comparé aux autres. La nécessité de positionnement maritime des forces armées malgaches n'est pourtant pas un mythe. Au-delà de l'aspect stratégique en cas de conflit, l'aspect économique et environnemental est aussi important car il est d'une grande priorité de sécuriser les côtes malgaches soumises en particuliers aux dangers de la surpêche et des pollutions de toutes sortes. Il est aussi essentiel de monter en compétence face à la démocratisation des nouvelles technologies, que la piraterie maritime peut facilement mettre à profit aujourd'hui. Malgré ces dangers imminents, les outils de maîtrise des mers par le développement incontournable de la Marine nationale n'ont jamais été acquis en soixante ans d'indépendance de la grande île.

Cette situation reflète une caractéristique essentielle de l'armée malgache, profondément terrestre, ce qui rend difficile la maîtrise de son espace maritime. La répartition des effectifs de l'armée malgache est plus que significative. En 2018, les forces armées comptaient 12.881 éléments dans la Gendarmerie Nationale et 16.255 militaires dont 85% dans les forces terrestres, 8% dans les forces aériennes et 7% dans les forces navales[46]. L'effectif des forces navales n'excède donc pas un millier d'hommes répartis inégalement sur le territoire ; l'unique base aéronavale de Diégo-Suarez abrite environ 300 hommes et les détachements de Nosy-be, Majunga, Sainte-Marie et Fort-Dauphin abritent au total environ 75 hommes. Si les officiers en poste dans ces détachements sont généralement de jeunes officiers fraîchement diplômés et sans grande expérience, plus de la moitié des officiers marins sont affectés dans la capitale de Madagascar situés sur les haut-plateaux, sans accès à la mer.

Cette caractéristique terrienne de l'armée malgache nous ramène alors au débat sur la recherche des fondements et des lieux stratégiques de la

[46] J.-V. DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État: sociologie historique des forces armées à Madagascar*, *op. cit*.

puissance entre A. Mahan et H. MacKinder. Deux approches stratégiques s'affrontent : l'une maritime et l'autre terrienne, présentées respectivement par Mahan et Mackinder considérés comme les pères fondateurs de la géopolitique. Dans ses premiers ouvrages, Mahan oppose les politiques françaises et britanniques entre le XVIIe siècle et XIXe siècle : alors que la France semble hésiter entre des ambitions continentales et coloniales, le Royaume-Uni se tient à son pari maritime de bâtir une flotte et de contrôler les routes maritimes à l'échelle du monde, tout en veillant à l'équilibre des puissances sur le continent afin de prévenir l'émergence d'un concurrent[47]. Pour Mahan, les États-Unis qui sont aussi une île protégée par l'Atlantique et le Pacifique, doivent s'inspirer de la stratégie maritime anglaise en se dotant d'une flotte capable d'intervenir partout dans le monde et des bases de ravitaillement nécessaires à cette fin. En revanche, selon Mackinder, la partie à contrôler pour s'en assurer sa maîtrise est son pivot géographique, son cœur ou *heartland*, il le situe de façon assez vague dans les plaines centrales et orientales de l'Eurasie. Pour lui donc, « qui tient le *heartland* commande l'Ile mondiale, qui tient cette île mondiale tient le monde »[48]. La stratégie de déploiement des forces armées malgaches développée dans la partie précédente se rapproche par conséquent de celle de Mackinder visant à dominer les plateaux centraux ou plutôt le *heartland* de l'île.

Si la France, grâce à ses manœuvres et à sa présence dans le sud de l'Océan Indien, possède incontestablement une vision géopolitique dans la région, il est paradoxal pour Madagascar de ne pas en avoir hérité. L'armée malgache peine à se constituer une stratégie de défense adaptée aux défis régionaux, l'histoire commune avec la France n'a pas donné lieu à une transmission ou un développement d'une vision géopolitique de Madagascar sur l'océan Indien après la décolonisation de 1960. On est face à une armée qui a hérité d'un modèle colonial mais ne maîtrise pas les activités de ses espaces maritimes. Ce lourd handicap est dû à un manque de volonté de la part des dirigeants militaires malgaches. Cette situation se caractérise en conséquence par l'absence de stratégie militaire propre à Madagascar, qui se retrouve inapte et incapable de dominer son espace maritime.

Cela est d'autant plus paradoxal que Madagascar ait été dirigé pendant plus d'un quart de siècle par Didier Ratsiraka, officier supérieur issu de la Marine et

[47] Les principales œuvres qui reflètent les analyses de l'Amiral, Alfred Tayer Mahan sont *The influence of Sea Power upon History, 1660-1783* (1890) et *The influence of Sea Power upon the French Revolution and Empire, 1793-1812* (1898).

[48] Le britannique H. Mackinder (1861-1947) est un auteur majeur en géopolitique. Professeur à Oxford (1887-1905), il dirigea la London School of Economics and Political Science (1903-1908). Il a développé sa doctrine dans trois textes essentiels: *The Geographical Pivot of History* (1904*), Democratic Ideals and Reality* (1919), *The Round World and the Winning of Peace* (1943).

formé à l'école navale de Brest[49]. À cette situation paradoxale résultant d'un manque de moyens, d'effectifs et de vision, il faudra ajouter cette absence de volonté politique à développer le corps de la Marine. Il n'existe à ce jour sur la grande île aucune école de formation spécialisée des officiers de la marine, de sorte que la totalité des officiers de la marine malgache est aujourd'hui formée à l'extérieur (à l'École navale de Brest, en Guinée ou au Maroc…). Les conséquences sont alors doubles : d'une part, l'incapacité de l'État à former un corps militaire capable de conquérir son espace maritime et de lutter indépendamment des puissances régionales et internationales face aux problèmes sécuritaires, environnementaux et les risques géopolitiques.

Cette négligence de la marine peut cependant coûter cher au pays, d'autant plus que celle-ci compte dans ses rangs plusieurs éléments très compétents : ceux-ci font partie des militaires les mieux formés, après avoir suivi plusieurs stages en formation continue à l'étranger. D'autres éléments de la marine peuvent également être mis en valeur dans le cadre d'une approche stratégique régionale afin de peser géopolitiquement dans la zone. Il s'agit du régiment *Recamp Malagasy* créé en 2012, qui compte 608 éléments[50] et a pour vocation de participer au renforcement des capacités africaines de maintien de la paix. En effet, malgré le faible effectif de ce détachement, les éléments interarmes qui le composent sont préparés en permanence à d'éventuelles opérations extérieures malgaches. Ce régiment contient un important effectif d'excellents marins dans la mesure où l'on choisit les meilleurs de chaque corps pour constituer ce régiment pour être fin prêt à intervenir à tout moment pour des opérations extérieures. Le corps de la marine particulièrement par rapport aux autres corps de l'armée malgache tels que l'armée de terre ou les forces aériennes et les forces de développement possède une certaine expérience en termes d'opérations extérieures. En effet, en plus de nombreuses participations aux manœuvres françaises et américaines, dans la zone sud de l'océan Indien, les forces navales ont apporté leur soutien à leurs homologues seychellois pendant la guerre d'indépendance des Seychelles en 1977 et lors du coup d'État manqué contre Albert-René en 1981[51]. Malgré le manque de visibilité et l'existence d'archives, on peut pourtant affirmer que le corps de la marine malgache possède une certaine expérience en termes d'opérations extérieures.

---

[49] C. LAVRARD-MAYER, *Didier Ratsiraka. Transition démocratique et pauvreté à Madagascar*, Karthala (Hommes et sociétés), 2015.

[50] Décret N° 2012-631du 13 juin 2012 Portant création du Bataillon "Renforcement des Capacités Africaines pour le Maintien de la Paix" (RECAMP).

[51] Albert-René, Président du Seychelles de 1977 à 2004 fait face à un coup d'État manqué en 1981. James Mancham, ancien Président et renversé par Albert-René son premier ministre en 1977, serait impliqué dans ce coup d'État. In C. LAVRARD-MAYER, *Didier Ratsiraka. Transition démocratique et pauvreté à Madagascar*, op.cit.

Conclusion

Longtemps ignoré par les grandes puissances, le bassin occidental de l'océan Indien jouit d'un regain d'intérêt inhérent aux risques sécuritaires et aux conflits géopolitiques qui peuvent survenir dans cette aire géographique. Face aux différents risques sécuritaires, économiques, environnementaux, on peut se poser la question de savoir si Madagascar possède les moyens stratégiques et tactiques de sa politique, par exemple de sa réclamation des îles Éparses. Ce positionnement requiert une armée, particulièrement une marine forte et une maîtrise géopolitique de l'espace maritime. Or, la marine malgache est à ce jour largement dépendante des puissances internationales et régionales, ces dernières essayant de nouer des liens diplomatiques et de coopération avec Madagascar. Force est de constater que les forces navales, premières responsables militaires de cette zone, ne sont pas à court et moyen termes opérationnelles à cause d'une politique de défense chroniquement et structurellement inadaptée. Toutefois, à long terme, le rapprochement diplomatique de Madagascar avec les puissances régionales telles que l'Inde et la Chine pourrait amorcer la conception d'une politique de défense visant à maitriser son grand espace maritime.

Bibliographie

Archives

- Archives du Service Historique de la Défense (SHD) , 8H222, Carte : Implantation des forces terrestres française et malgaches en ZOM N°3
- Archives SHD, 8H37 : Extrait du rapport du Capitaine Martinié. Renseignements, Mars 1894.
- Archives SHD, 8H67 : Capitaine Lavoisot, Étude sur l'armée malgache, Août 1890.

Ouvrages

- C. DELMAS, *La politique militaire soviétique*, Presses Universitaires France, 1983 (Que sais-je ?).
- F. RAISON-JOURDE, *Bible et pouvoir à Madagascar au XIXe siècle : invention d'une identité chrétienne et construction de l'Etat, 1780-1880*, Paris, Karthala (Collection « Hommes et sociétés »), 1991.
- RAISON-JOURDE Françoise et ROY Gérard, *Paysans, intellectuels et populisme à Madagascar. De Monja Jaona à Ratsimandrava (1960-1975)*, Paris, Éditions Karthala, (Hommes et sociétés), 2010.
- D. RATSIRAKA Didier et C. LAVRARD-MEYER, *Didier Ratsiraka : transition démocratique et pauvreté à Madagascar: entretien avec un président de la République à Madagascar*, Paris, Éditions Karthala, 2015.
- D. RATSIRAKA, *Livre rouge de la révolution malagasy*, 1975.
- D. VINE, *Island of shame: the secret history of the U.S. military base on Diego Garcia*, 4th print, 1st pbk print, Princeton, Princeton Univ. Press, 2011.

Revues

- L. AMELOT, « La stratégie chinoise du « collier de perles » », *Outre-Terre* n° 25-26 (2), Outre-terre, 16.11.2010, pp. 187-198.
- O. BENSOUSSAN, « La mer, menace ou espoir de développement pour Mayotte ? », *Les Cahiers d'Outre-Mer* n° 248 (4), Presses universitaires de Bordeaux, 2009, pp. 489-512.
- S.M. BIRGERSON, A.V KOZHEMIAKIN, R. KANET et al., « La politique russe en Afrique : désengagement ou coopération ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* 27 (3), 1996, pp. 145-168. En ligne : <https://doi.org/10.3406/receo.1996.2802>.

- B. COURMONT et C. GERAGHTY, « Vers un axe Canberra-New Delhi dans l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 2012, pp. 69-82.
- DE BONNAVENTURE Xavier, « L'intervention de l'État en mer dans la lutte contre le narcotrafic », *Revue Juridique de l'Océan Indien* (26), 2019, p. 431.
- E. DEROO, « Mourir : l'appel à l'empire », in: *Culture coloniale 1871-1931*, Paris, Autrement, 2003.
- J. DUFOURQ « La France et les enjeux stratégiques de l'océan Indien », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 2012, pp. 21-29.
- M. ESOAVELOMANDROSO, « Le mythe d'Andriba », *Omaly sy anio* (1-2), 1975, pp. 43-73.
- E. GREGOIRE, « Des îles britanniques de l'océan Indien disputées : Diégo Garcia et l'archipel des Chagos », *Herodote* n° 137 (2), 2010, pp. 185-193.
- E. GREGOIRE Emmanuel, « Des îles britanniques de l'océan Indien disputées : Diégo Garcia et l'archipel des Chagos », *Herodote* n° 137 (2), La Découverte, 2010, pp. 185-193.
- Y. HENG-LIM, « Les orientations de la modernisation navale chinoise », *Politique étrangère* Printemps (1), Institut français des relations internationales, 2011, pp. 171-181.
- M. LAGREE, « Françoise Raison-Jourde, Bible et pouvoir à Madagascar au XIXe siècle. Invention d'une identité chrétienne et construction de l'État », *Annales* 52 (1), 1997, pp. 201-204.
- J-L MARTINEAU, « Djibouti et le « commerce » des bases militaires : un jeu dangereux ? », *L'Espace Politique* (34), 2018.
- C. RAFIDINARIVO, « Enjeux géopolitique des négociations sur les îles Éparses », in *Regards croisés sur les îles éparses ressources et territoires contestées*, (La revue juridique de MCI », Numéro spécial Îles Éparses 72-73, 2015.
- A. REYNAUD, « Gérard Dorel, La puissance des Etats 1998, La Documentation française, n° 8006 », *Travaux de l'Institut de Géographie de Reims* 25 (99), 1998, pp. 76-76.
- C. ROBINET, « Existe-t-il un risque de vide stratégique dans l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 2012, pp. 48-68.
- B. ROGEL Bernard, « Enjeux et défis stratégiques de la Marine nationale », *Revue Defense Nationale* N° 789 (4), Comité d'études de Défense Nationale, 2016, pp. 11-16.
- V. ROGER-LACAN, « Lutte contre la piraterie, facteur structurant de sécurité en océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 118-128.
- I. SAINT-MEZARD Isabelle, « Quelles architectures de sécurité pour l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 129-149.
- J-L. SAMAAN, « L'océan Indien, laboratoire de la géographie militaire américaine », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 30-47.

- A. SHELDON-DUPLAIX, « L'Indian Navy, gendarme de l'océan Indien ? », *Herodote* n° 145 (2), La Découverte, 24.07.2012, pp. 83-103.
- J-B. VERON Jean-Bernard, « La Somalie : cas d'école des États dits « faillis » », *Politique étrangère* Printemps (1), Institut français des relations internationales, 2011, pp. 45-57.

Thèses

- J-V, DOMINIQUE, *Machines de guerre et appareils d'État: sociologie historique des forces armées à Madagascar*, Thèse de Doctorat soutenu en Décembre 2018, Université Paris Sciences et Lettres.

Sitographie

- '*Multinational maritime exercise Cutlass Express 2019 commences'*, Article de presse du 30/01/2019 sur le site https://www.naval-technology.com/news/cutlass-express-2019/, consulté le 02/10/2019.

- Sécurité Maritime, la Chine offre deux patrouilleurs. Article de presse, l'Express de Madagascar du 4 août de 2017, consulté le 02/10/2019 à l'adresse https://lexpress.mg/04/08/2017/securite-maritime-la-chine-offre-deux-patrouilleurs/

Articles

DROIT DE L'ARBITRAGE
DROIT DES INVESTISSEMENTS

L'arbitrage et les personnes morales de droit public dans la protection des investissements à Madagascar

Lalaina CHUK HEN SHUN

Docteur en droit

Résumé :

La politique d'investissement de Madagascar inclut une approche offrant à l'arbitrage un rôle majeur dans le dispositif de promotion et de protection des investissements. Aussi, les personnes morales malgaches de droit public se retrouvent parmi les utilisateurs de ce mode privé de règlement des litiges. La présente étude recense les fondements juridiques de cette présence et analyse la pertinence de la voie choisie par le pays en termes de politique d'investissement.

Abstract:

According to Madagascar's investment policy, arbitration plays a significant role in the efforts to promote and protect investments. Thus, the Malagasy Government and other entities governed by public law became users of arbitration. This study identifies the legal basis of the arbitrator's jurisdiction over these public entities, and analyses the relevance of this dispute resolution mechanism.

L'arbitrage, « justice privée », et les personnes morales de droit public (PMDP) ne constituent pas, au premier abord, une combinaison idoine. L'arbitrage et les différends relevant, par nature, du droit administratif peuvent apparaître aussi opposés que l'eau et le feu[1]. Le droit malgache renforce cette idée d'inadéquation, voire d'incompatibilité, en posant le principe d'impossibilité de compromettre sur les litiges concernant les PMDP[2]. Il s'agit de la transposition d'une règle partagée par plusieurs systèmes juridiques afin de maintenir la compétence des juridictions étatiques sur les litiges touchant à la souveraineté et aux ressources nationales[3]. Cependant, il apparaît que les PMDP ne sont pas absentes de la pratique arbitrale. Elles sont présentes dans l'arbitrage commercial, mais surtout dans l'arbitrage d'investissement dont les États sont les principaux acteurs.

Pour l'État malgache en particulier, l'historique des procédures de règlements de litige initiées par des investisseurs internationaux à son encontre montre récemment une tendance à l'accroissement. Des années 1960, ayant vu l'adhésion du pays à la Convention de Washington dans la foulée de l'accession à l'indépendance[4], à l'avènement de la IVe République en 2010, aucun arbitrage d'investissement impliquant le pays n'a été recensé. Pendant cette période, il y a eu, en tout, deux différends portés devant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), et réglés par voie de conciliation en 1982 et en 1994[5]. Désormais, depuis 2013, l'État malgache ne cesse d'être engagé dans des procédures arbitrales initiées par des investisseurs.

Deux raisons principales concourent à la multiplication des litiges impliquant l'État malgache. D'une part, il y a les évènements sociopolitiques de 2009 dans le contexte desquels trois des quatre procédures introduites trouvent leur genèse. Et d'autre part, les dispositifs de protection des investissements

---

[1] B. CAMBOURNAC, « Allocution de bienvenue », in *Arbitrage et droit administratif,* Chambre de commerce d'industrie de Paris, AFA, 17 septembre 1990, p. 5.

[2] Article 453.1 et ancien article 440.1 du Code de procédure civile

[3] Voir à ce sujet, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, spéc. p. 264 ; C. REYMOND, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb,* 1985, spéc. p. 517.

[4] Convention signée à Washington en 1965 et ratifiée par la loi n° 66-011 du 05 juillet 1966.

[5] Les deux litiges opposent l'État malgache à la même société SEDITEX, et concernent l'exécution d'un contrat d'État. Le retour des deux parties devant le CIRDI pour une seconde procédure de conciliation a été perçu comme un témoignage de satisfaction à l'égard de la procédure CIRDI après une première expérience 12 ans plus tôt. « Background paper », in *Working conference on conciliation - What is it and when to use it,* Singapore, Centre for international law, janvier 2017, p. 15. *Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Democratic Republic of Madagascar* (ICSID Case No. CONC/82/1) ; *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für dieTextilindustrie m.b.H. v. Madagascar* (ICSID Case No. CONC/94/1)

s'accroissent et offrent davantage de fondements permettant d'attraire l'État devant un tribunal arbitral.

En effet, afin d'attirer les capitaux, l'État malgache a multiplié les initiatives visant à sécuriser l'environnement des affaires et protéger les investissements. Une forte dynamique s'est établie dans ce sens depuis le début des années 2000, tant en termes de réforme des textes nationaux s'y afférant, qu'en ce qui concerne les accords de protection et de promotion des investissements (APPI), notamment les traités bilatéraux d'investissement (TBI). Il en résulte plusieurs « offres d'arbitrage », émises par l'État malgache. Par ailleurs, le principe d'interdiction de compromettre sur les litiges concernant les PMDP n'a eu de cesse de s'éroder. Ainsi, la possibilité de les retrouver dans des procédures arbitrales s'est fortement accrue.

La « disponibilité » de l'arbitrage crée une exposition des PMDP à des procédures arbitrales coûteuses et des sentences lourdes[6]. Dans ce contexte, il est légitime de se demander si les retombées économiques des politiques d'investissement adoptées sont à la hauteur des enjeux. En outre, une remise en question de certains aspects de l'arbitrage d'investissement s'observe[7].

Au prisme de ces interrogations, une analyse du dispositif malgache est pertinente pour accompagner les mutations que connaît la matière actuellement. Pour ce faire, il est nécessaire d'évaluer l'exposition des PMDP en analysant les instruments permettant d'assoir la compétence arbitrale en matière d'investissement (I). Ce qui permettra d'envisager les pistes d'évolutions à la lumière des voies empruntées à travers le monde (II).

---

[6] À titre d'exemple l'affaire PGM c/État malagasy ayant menacé les foyers universitaires malgaches de Cachan et Arago, France, Cass. Civ. 1, 01 juin 2017, 16-18029, *Inédit.*

[7] Au sujet de Madagascar en particulier, voir H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *RJOI,* 2017, n° 24. ; Pour une vision globale, voir Michael Waibel et *al.*, *The Backlash against Investment Arbitration : Perception and Reality*, Kluwer Law International (2010) ; Asha Kaushal, "Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal* (2009) vol. 50, no. 2, p. 491-534, p. 491 ; Petros C. Mavroidis, et *al.*, "Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO Be the Solution", *Journal of World Investment & Trade* (2011) vol. 12, no. 3, p. 425-446 at p. 435-436; David Ma, "A BIT Unfair: An Illustration of the Backlash against International Arbitration in Latin America", *Journal of Dispute Resolution* (2012) vol. 2012, no. 2, p. 571-590 ; Carolyn Lamm and Karthik Nagarajan, "The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement", *Indian Journal of Arbitration Law*, National Law University (2016) vol. V, issue 2, p. 93

I. Les instruments de consentement des personnes morales malgaches de droit public

Depuis la fin des années 1990, dans un premier temps, pour accompagner les dernières phases de libéralisation de l'économie et les campagnes de privatisation, puis, dans un deuxième temps, pour mettre en œuvre une politique visant à attirer les capitaux étrangers, l'arbitrage prend une place prépondérante au cœur du dispositif de l'arsenal juridique malgache en matière d'investissement[8]. « *Justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »[9], l'arbitrage repose sur le consentement des parties, considéré comme en étant la pierre angulaire[10]. Lorsqu'il s'agit de PMDP, l'incarnation du consentement échappe souvent à cette « normalité ». Pour elles, outre la convention d'arbitrage classique (I), le consentement à l'arbitrage peut prendre la forme d'un engagement unilatéral contenu dans une loi ou un APPI (II). Dans les deux cas, l'engagement de la PMDP est valide, cependant la portée du consentement n'est pas la même.

A.- Le consentement inscrit dans une convention d'arbitrage

Lorsqu'il est question d'arbitrage d'investissement, les analyses se restreignent souvent à l'arbitrage procédant d'un engagement unilatéral de l'État. Or, la compétence arbitrale en matière d'investissement peut également découler d'une convention d'arbitrage. Il faut néanmoins noter que le Code de procédure civile malgache pose un principe d'interdiction de compromettre sur les litiges concernant l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics. Ce principe reprend celui posé par l'article 2060 du Code civil français.

Dans le droit malgache cependant, il est observé une érosion considérable tant en matière internationale (1) qu'en matière interne (2). Cette tendance obéit à l'évolution suscitée par les exigences des opérations économiques, financières et commerciales internationales (3).

---

[8] En ce sens, R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *RJOI*, 2017, n° 24.

[9] H. MOTULSKY, *Ecrits - Études et notes sur l'arbitrage*, réédition 2010, p. 6. ; également, dans ce sens, H.P. DEVRIES, « International Commercial Arbitration : A Contractual Substitute for National Courts », *Tulane Law Review*, 1983 1982, vol. 57, pp. 42-79.

[10] « Consent is the cornerstone of arbitration » G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, spéc. p. 1133 ; Egalement, A. BROCHES, *Selected Essays: World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 23 février 1995, spéc. p. 165; dans le même sens, A. REDFERN et M. HUNTER indiquant que « If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate », Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004, p. 4.

1. En matière internationale

En matière internationale, l'article 453.1 du Code de procédure civile malgache pose un principe selon lequel, « *on ne peut compromettre* (…) *sur les litiges concernant l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics* »[11]. Immédiatement, le même article intègre une exception, inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation française[12], admettant que les PMDP peuvent valablement compromettre lorsqu'il s'agit de « *litiges découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier* »[13]. Fondamentalement, l'exception vide le principe de sa substance. La rédaction de l'article 453.1 du Code de procédure civile posant un principe d'inarbitrabilité est ainsi trompeuse en ce qu'en réalité, à travers cette exception très large, la portée de l'interdiction est réduite à une énonciation directement neutralisée.

Dans le droit français, source de l'interdiction et de l'exception, les derniers développements amènent à reconsidérer la portée de la construction jurisprudentielle de la Cour de cassation. Les règles sont désormais incertaines depuis que le Tribunal des conflits a remis en cause la compétence des juridictions judiciaires pour le contrôle de la sentence[14]. En effet, dans le dessein de préserver l'intégrité du régime administratif d'ordre public, à travers les décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'État, il s'opère une affirmation du contrôle de la sentence par la juridiction administrative. Or, l'application de l'article 2060 du Code civil par le Conseil d'État est autrement plus rigide[15].

Cela soulève la question de savoir si une telle remise en cause est envisageable à Madagascar dans la mesure où la même dualité de juridiction

---

[11] Article 453.1 du Code de procédure civile

[12] Civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor Public c/Galakis*, *Rev. crit. DIP*, 1967, note B. GOLDMAN. Voir sur l'évolution de la question en droit français, M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2e éd., LGDJ, 2016, spéc., § 874 et s.

[13] Article 453.1 du Code de procédure civile

[14] TC, 17 mai 2010, *INSERM c/Fondation Saugstad*, *Rec.*, p. 580 ; *RFDA*, 2010, concl. M. GUYOMAR, p. 959 et note P. DELVOLVE, p. 971 ; note LAAZOUZI, *RCDIP*, 2010, p. 653 ; *D.* 2010, p. 2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI*, 2010, p. 551, obs. S. BRACONNIER ; *RTD com.*, 2010, p. 525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMAR ; *JCPG*, 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron., 644, comm., 12, J. ORTSCHEIDT ; *Rev. arb.*, 2010, p. 275, concl. M. GUYOMAR ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratif internationaux », *Rev. arb.*, 2010, p. 253 ; *D.A.*, 2010, comm., 122, F. BRENET et F. MELLERAY ; *Les cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, 2010, p. 717, étude D. FOUSSARD.

[15] CE, Ass., 15 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *Rec.*, p. 678 ; *D.*, 1958, p. 517, concl. A. GAZIER, note J. L'HUILLIER et p. 699, note J. ROBERT ; *Dr. soc.*, 1958, p. 89 ; *AJDA*, 1958, II, p. 91, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *CJEG*, 1958, p. 31 ; *Gaz. Pal.*, 1958, I, p. 66 et p. 21 note R. LANDRE ; *Rev. arb.*, 1958, p. 39, chron. H. MOTULSKY ; *JCPG*, 1958, II, 10800, concl. et note H. MOTULSKY..

existe. Cette hypothèse semble peu vraisemblable. Alors qu'elle procède de l'œuvre prétorienne en droit français, à Madagascar la capacité des PMDP à compromettre découle de la loi. D'ailleurs, par un avis en date du 13 mai 2011, la haute juridiction administrative malgache se prononce dans le sens de la validité de la clause compromissoire conclue par une PMDP[16]. Sur la base de l'article 453.1 du Code de procédure civile, le Conseil d'État reconnaît la faculté des parties de recourir à l'arbitrage dans un litige intéressant un établissement public[17]. L'article 49 de la loi n° 2015-039 du 3 février 2016 consacre l'avis en réaffirmant la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'un partenariat public-privé (PPP)[18].

Ce texte de 2016 sur les PPP entre en vigueur dans un contexte où le pays passe plusieurs contrats de concession de construction, d'exploitation et de maintenance d'aéroports et de centrales électriques avec des opérateurs étrangers[19]. Le modèle de contrat utilisé par l'État malgache intègre une clause compromissoire soumettant tout différend non résolu à l'amiable au règlement d'arbitrage du CIRDI, ou à celui de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Ainsi, dans ses rapports contractuels internationaux, l'État insère régulièrement un engagement à régler les éventuels différends par voie d'arbitrage. En l'état du droit positif, le droit malgache reconnaît sans ambiguïté la validité de ces clauses compromissoires. Les dispositions posant une inarbitrabilité de principe des litiges intéressant les PMDP ne constituent plus, en matière internationale, que le vestige d'une époque révolue.

2. En matière interne

En matière interne, le dernier alinéa de l'article 440.1 du Code de procédure civile interdisant de compromettre sur les litiges intéressant les PMDP a tout simplement été abrogé. Selon l'exposé des motifs de la loi portant la modification,

---

[16] Avis rapporté par R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *op. cit.*, p. 95.

[17] En l'occurrence, il s'agissait d'un litige entre un établissement public à caractère industriel et commercial et une société étrangère au sujet de la résiliation d'un contrat BOT, *Ibid.*

[18] « *le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé au titre de la présente loi* »

[19] Parmi les multiples exemples, la Convention de Concession des Aéroports d'Ivato et de Nosy Be approuvée par le Décret n° 2015-1476 N° J.O: 3661 Date J.O: 28 décembre 2015 Page J.O: 6017 ; le Contrat de Concession de Production relatif a la construction, l'exploitation et la maintenance d'une centrale électrique conclu avec la Société AKSAF POWER Ltd approuvé par le Décret n° 2017-726 N° J.O: 3833 Date J.O: 20 août 2018 Page J.O: 4077

la levée de l'interdiction a été opérée « *pour éviter d'accroître les inégalités de traitement et surtout l'insécurité juridique lorsque l'Etat est partie au procès* »[20].

Cela vient achever de faire tomber une règle connaissant déjà des brèches importantes. Dès avant la modification du Code de procédure civile, l'article 49 de la loi n° 2015-039 sur le Partenariat Public Privé introduisait la possibilité en disposant que « *le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé au titre de la présente loi* »[21]. De même, selon l'article 86 du Code des marchés publics, les parties à un contrat de marché public « *peuvent prévoir* […] *d'opter pour des modes alternatifs de règlement de litiges et de saisir des organes spécialisés en médiation, en conciliation ou en arbitrage locaux ou internationaux* »[22].

Arrivant en écho à ces exceptions substantielles, l'abrogation opérée par la loi 2016-039 ne constitue pas concrètement une modification majeure. Toutefois, en retirant l'énoncé du principe d'inarbitrabilité, elle apporte une meilleure lisibilité du régime des conventions d'arbitrage intéressant les PMDP. Désormais, en matière interne, il existe un principe de validité en harmonie avec les textes spécifiques aux interactions entre les PMDP et leurs partenaires privés.

3. Une pratique en croissance

En droit malgache, les PMDP peuvent ainsi valablement compromettre, que le rapport contractuel en jeu soit interne ou international. Mieux, il existe des textes exigeant qu'une clause compromissoire soit insérée dans des actes particuliers effectués par les PMDP. On peut citer l'exemple des articles 19 et 20 de la loi n° 2003-051 portant refonte du texte relatif au désengagement de l'État des entreprises du secteur public[23]. Il y est exigé que tout litige né directement ou indirectement de la privatisation est soumis à l'arbitrage et que « *les actes de désengagement doivent à cet effet comporter une clause compromissoire* ».

Les exigences de ces dispositions posent toutefois la question de l'hypothèse où un acte de désengagement ne comporte pas de clause compromissoire. À défaut d'une telle clause, en cas de litige, ces dispositions suffisent-elles pour fonder la compétence arbitrale et, dans un mouvement de

[20] Exposé des motifs de la Loi n° 2016-039 modifiant et complétant certaines dispositions du Code de Procédure Civile Malagasy

[21] Même si l'adoption du texte n'intervient qu'ultérieurement à la modification de l'article 440.1 du Code de procédure civile, on peut également citer l'article 74 de la loi 2017-047 sur le développement de l'industrie (LDI) disposant que « l*e recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé par la présente loi sans préjudice des dispositions prévues par le Code de Procédure Civile sur les matières arbitrables* ».

[22] Loi n° 2016-055 du 25 janvier 2017 portant code des marchés publics

[23] Loi n° 96-011 du 13 août 1996

balancier, l'incompétence du juge étatique ? Pour une réponse adéquate, il faut revenir au fondement de l'arbitrage qui réside dans le consentement des parties. Concernant les PMDP, la loi peut s'interpréter comme une expression de la volonté publique les engageant. En revanche, le même mécanisme ne peut être appliqué au partenaire privé dont la volonté ne saurait être déduite des dispositions légales. Celui-ci disposerait ainsi d'une option de compétence le permettant de saisir la juridiction administrative ou un tribunal arbitral[24].

La capacité des PMDP malgaches à compromettre suit une tendance globale qu'on observe dans les législations modernes. Cela répond, d'abord, aux exigences du commerce international dont les États sont acteurs. Ensuite, sous l'influence du régime de l'arbitrage international, la tendance se propage à l'arbitrage interne. La possibilité d'insérer des clauses compromissoires permet aux PMDP de rassurer les opérateurs économiques et de favoriser les investissements à travers des partenariats public-privé. La revue des contrats de concessions récents conclus par l'État montre qu'une clause compromissoire y est systématiquement incluse[25].

Le consentement par convention d'arbitrage permet aux PMDP d'exprimer la volonté de compromettre sur une relation contractuelle précise[26] ou sur un litige déterminé[27] avec un cocontractant précisément identifié. Ainsi, la compétence arbitrale à laquelle elles consentent est circonscrite à une problématique clairement définie. Les autres modes d'expression de la volonté des PMDP portent nécessairement sur des champs autrement plus vastes, des enjeux variables, et avec des acteurs qui ne sont pas toujours identifiés préalablement de manière précise.

B. Le consentement unilatéral inscrit dans une loi ou un APPI

Outre la possibilité de son expression dans une convention d'arbitrage classique, le consentement des PMDP, notamment de l'État, peut également résider dans un engagement unilatéral formulé par avance. En l'absence de lien contractuel direct, l'expression de la volonté des parties se fait en deux temps à travers, d'abord, l'émission d'une offre d'arbitrage par la PMDP, puis l'acceptation par l'investisseur qui se matérialise par une demande d'arbitrage[28].

---

[24] La constitution du tribunal peut toutefois poser des difficultés, l'intervention du juge d'appui peut s'avérer nécessaire. Il faut noter qu'en matière interne la clause blanche est nulle. En revanche, en matière internationale, le Code de procédure civile ne sanctionne pas la clause blanche de nullité mais prévoit l'intervention du juge d'appui pour interpréter la convention.

[25] Les décrets approuvant ces contrats sont disponibles sur www.cnlegis.gov

[26] Clause compromissoire

[27] Compromis

[28] Sur le mécanisme de consentement unilateral, voir J. PAULSSON, « Arbitration without Privity », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1995. 232. ; W. BEN HAMIDA,

L'offre ne se restreint pas à un partenaire précisément identifié ni à un litige clairement établi. Le consentement de la PMDP est valide dès lors que les critères posés par l'engagement unilatéral sont remplis. Ces critères peuvent toucher à la nationalité, au secteur d'activité, au montant de l'investissement, à sa nature, ou à d'autres éléments fixés par le texte dans lequel le consentement est exprimé. Dès lors que ces conditions sont satisfaites et qu'une demande d'arbitrage est formulée par l'investisseur, la rencontre de volonté s'opère.

L'offre publique d'arbitrage peut être émise à travers un texte national (1), ou incluse dans un APPI (2). De telles offres se multiplient depuis les années 2000, et l'État malgache utilise les deux canaux pour exprimer son consentement et celui d'autres PMDP à l'arbitrage. Il est important de les distinguer dans la mesure où, selon le canal utilisé, le contrôle de l'État sur les engagements qu'il prend est différent.

1. L'engagement des PMDP à travers les textes législatifs

La législation nationale peut servir d'instrument de consentement des PMDP. Comme il est formulé dans l'exposé des motifs de l'un des plus récents textes visant à attirer les capitaux étrangers, il s'agit d'ouvrir « *un mécanisme de règlement de différend qui pourra satisfaire aux besoins de diligence et d'impartialité des investisseurs dans les éventuels litiges qui les opposent à l'État et à ses démembrements* »[29]. Dans ce sens, plusieurs dispositifs sont mis en place pour encadrer la possibilité de recourir à l'arbitrage. Cependant, le législateur malgache manie les dispositions relatives à l'accès à l'arbitrage d'investissement avec prudence.

Les premières « offres d'arbitrage » effectuées par l'État malgache dans les textes législatifs ont été introduites dans le contexte de campagnes de privatisation d'établissements publics. Dans le cadre de partenariats avec la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International, le pays est contraint de satisfaire les impératifs de ces institutions pour bénéficier de leur financement. Au premier rang de ceux-ci se trouve l'exigence de libéralisation de l'économie qui passe

L'arbitrage transnational unilatéral, thèse, Paris II, 2003 ; G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.* 1995. 3 ; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003. 853. ; HORCHANI, « Le droit des investissements », *JDI* 2004. 367. – A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.* 2005. 63

[29] Exposé des motifs loi 2017-023 du 28 novembre 2017 relative aux Zones Economiques Spéciales

principalement par un programme de privatisations[30]. Dans un premier temps, plusieurs litiges naissent au cours du processus et se prolongent devant les juridictions étatiques. Pour suppléer à « *l'inadéquation momentanée du système judiciaire, lequel semble être dans l'incapacité* (…) *d'être un des supports institutionnels efficaces de la campagne de privatisation* »[31], l'arbitrage a été érigé en remède ponctuel comblant la carence des juridictions étatiques[32]. Le législateur institue l'arbitrage comme une voie permettant d'accéder à une justice alternative à la justice étatique considérée défaillante et qui ne rassurerait pas les opérateurs économiques.

Plus tard, dans la même visée, le législateur insère dans les lois ayant pour objet d'attirer les investisseurs, des dispositions relatives au recours à l'arbitrage. La portée de ces dispositions varie sensiblement selon le texte.

Comme il a été évoqué auparavant, dans le cadre de la mise en place d'un cadre juridique spécifique au Partenariat-Public-Privé, la loi 2015-039 du 3 février 2016 permet exceptionnellement, avant que l'interdiction de compromettre fût complètement levée, aux PMDP de résoudre les éventuels litiges par voie d'arbitrage[33]. Ces dispositions ne constituent toutefois pas l'expression d'un consentement à l'arbitrage, il ne s'agit que d'une affirmation de la faculté des PMDP à y consentir valablement.

Quant à elles, la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 sur les investissements[34] et la loi 2007-037 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches[35] évoquent la possibilité pour les investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage pour régler les éventuels litiges avec l'État. Ces textes disposent qu'à défaut d'un accord particulier entre les parties, le règlement des litiges entre les investisseurs nationaux et l'État s'effectue devant les juridictions étatiques. Pour les différends avec des investisseurs étrangers entrant dans le cadre de ces deux lois, alternativement à une procédure devant une juridiction étatique, il est prévu la possibilité d'un règlement par voie d'arbitrage selon les prescriptions des APPI. Toutefois, il ne s'agit pas d'un consentement à l'arbitrage mais d'un rappel de la possibilité offerte par les traités internationaux. En l'absence de tels accords

[30] Sur ce point, voir notamment *Examen de la politique d'investissement*, Genève, CNUCED, novembre 2015 ; *Le partenariat Madagascar - Banque Mondiale 1998*, Antananarivo, La mission résidente de la Banque mondiale à Madagascar, 1998.
[31] Exposé des motifs de la loi 96-012, 13 août 1996.
[32] « *L'arbitrage qui s'est considérablement développé depuis quelques dizaines d'années, partout dans le monde permettrait dans le cas de la campagne de privatisation de Madagascar de résoudre ponctuellement ce problème* », *ibid.*
[33] Article 49 de la loi 2015-039 du 3 février 2016.
[34] Article 21 de la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 renvoyant aux traités bilatéraux de protection des investissements et à la Convention CIRDI.
[35] Article 10 la loi 2007-037 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches.

prévoyant le règlement des litiges par voie d'arbitrage, les investisseurs ne peuvent ainsi se fonder sur ces textes pour assoir la compétence d'un tribunal arbitral.

Parmi les textes législatifs en vigueur, on en recense trois contenant de véritables « offres d'arbitrage » constituant l'expression du consentement de l'État à régler les litiges par voie d'arbitrage :

– la loi 2001-031 du 8 octobre 2002 sur les grands investissements miniers (LGIM) ;

– la loi 2017-023 du 28 novembre 2017 relative aux Zones Economiques Spéciales (ZES), et

– le Code minier

En ce qui concerne la LGIM, celle-ci offre une protection particulière aux investissements miniers atteignant le seuil de 50 milliards d'Ariary. Les articles 136 à 141 de la loi sont consacrés à la résolution des litiges entre l'État et les investisseurs par voie d'arbitrage, cependant, le texte ne suffit pas, à lui seul, à engager l'État. Le texte prévoit que le consentement de l'État sera inclus, pour chaque investissement, dans un décret pris en conseil de gouvernement certifiant l'éligibilité de l'investissement aux garanties accordées au titre de la LGIM. Les articles 15(5) et 16 de la loi prévoient que l'éligibilité d'un investissement est certifiée par un décret comportant « *le consentement de l'État Malagasy à l'arbitrage international pour le règlement des différends éventuels* », et l'article 137 précise que « *même en l'absence de stipulation expresse, l'acte de certification* (…) *vaut consentement de l'État Malagasy à la procédure d'arbitrage international* ».

De la même manière, l'article 120 de la loi relative aux zones économiques spéciales (ZES) prévoit un règlement par voie d'arbitrage en cas de différend opposant un développeur ou une entreprise ZES et l'autorité administrative nationale compétente pour la régulation des ZES (AZES) ou l'État. Le consentement de l'État et de l'AZES inscrit dans la loi demeure, toutefois, inopérant sans l'octroi d'un agrément délivré par l'autorité administrative à l'installation de l'entreprise ZES. Ainsi, dans l'hypothèse d'un litige relatif à un refus de délivrance d'agrément, la voie arbitrale n'est pas ouverte.

Pour les deux textes, les seules dispositions des deux lois ne suffisent pas à établir valablement le consentement des PMDP concernées. L'offre d'arbitrage découle de la combinaison des textes législatifs avec le décret certifiant l'éligibilité d'un investissement aux garanties offertes par la loi pour la LGIM, ou l'agrément permettant d'exercer une activité dans un domaine déterminé par l'AZES pour la loi relative à la ZES. L'État ou l'AZES, selon le cas, gardent ainsi

une emprise sur la formalisation de l'offre d'arbitrage auprès des opérateurs économiques qui en bénéficieront. Effectivement, ce sont respectivement le décret d'éligibilité et l'agrément d'exercice qui emportent consentement de la PMDP concernée. Par ailleurs, il faut noter que ces textes ne font aucune différence entre la protection accordée aux investisseurs nationaux et étrangers.

Quant à lui, le Code minier[36] met en place une offre d'arbitrage dont le champ d'application est limité dans le temps. Les dispositions du Code permettent à l'investisseur national ou étranger d'opter pour une garantie de stabilité dont la durée est plus ou moins longue selon l'importance de l'investissement envisagé[37]. La stabilité garantie porte sur les régimes juridique, fiscal et douanier, ainsi que sur celui des changes. L'article 163 du Code dispose que « *tout litige pouvant survenir pendant la durée de la stabilité garantie est soumis à arbitrage avant toute autre voie de recours* »[38].

Cependant, la réalisation du plan de financement auquel l'investisseur a souscrit constitue une condition du maintien de la garantie de stabilité[39]. Dans l'éventualité où l'investisseur est déchu de la garantie pour non-réalisation de ses engagements financiers, se pose la question de savoir si le consentement de l'État qui est attaché à « *la durée de la stabilité garantie* » est toujours valide.

La réponse affirmative nous semble s'imposer. La disponibilité de la voie d'arbitrage ne fait pas partie intégrante du dispositif de stabilité garantie mis en place. Il s'agit d'un instrument accessoire et autonome établi pour les litiges relatifs à la période de protection. La coïncidence initiale de la durée de validité

---

[36] Loi n° 99-022 du 30 Juillet 1999 Portant Code Minier

[37] Article 159 : « *La durée de la stabilité garantie à l'investisseur varie suivant les seuils d'investissement ci-après :*

. Huit (8) ans pour les investissements allant de 2.500.000.000 a 25.000.000.000 FMG exclus ;

. Quinze (15) ans pour les investissements allant de 25.000.000.000 à 2 50.000 000.000 FMG exclus ;

. Vingt (20) ans pour les investissements allant de 250.000.000.000 FMG à 1.000.000.000.000 FMG inclus.

Le régime applicable aux investissements excédant 1.000.000.000.000 FMG sera fixé par une loi sur les grands investissements.

Les seuils fixés ci-dessus seront actualisés en tant que de besoin, par indexation sur la valeur du droit de tirage spécial du Fonds Monétaire International ».

[38] Le décret n° 2006-910 du 19 août 2006 portant application du Code minier précise en son article 426 qu'« *En application des dispositions de l'article 163 nouveau du Code minier, tout différend qui intervient au cours de la durée de la garantie de stabilité entre le titulaire et l'État Malagasy doit être soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions des titres I et II du Code de procédure civile Malagasy. Le cas échéant, les règles de l'arbitrage interne en vigueur à Madagascar sont appliquées* ».

[39] Article 162 : « *L'investisseur ne peut continuer à bénéficier du régime de stabilité en cas de non-réalisation du plan de financement souscrit* ».

de la stabilité garantie et du consentement de l'État à l'arbitrage ne lie pas pour autant les deux de telle sorte que l'extinction anticipée de la stabilité garantie emporte extinction de la validité du consentement. Ainsi, dans l'hypothèse où l'État constate la non-réalisation des engagements financiers de l'investisseur et le déchoit de la stabilité garantie, la décision de l'État doit pouvoir être contestée devant le tribunal arbitral quand bien même *de facto* l'investisseur ne bénéficie plus du régime de stabilité.

2. L'engagement de l'État inscrit dans les accords pour la promotion et la protection des investissements

Les instruments internationaux constituent également un canal permettant à l'État de formuler une offre d'arbitrage. Au niveau bilatéral, alors qu'il est constaté, chaque année depuis l'an 2000, une raréfaction des traités bilatéraux d'investissement (TBI) signés et ratifiés par les États africains[40], Madagascar suit une tendance inverse.

Dans la foulée de l'accession à l'indépendance, le pays signe quatre TBI en quatre ans avant de n'en passer aucun pendant près de quatre décennies. Puis, au sortir de la crise sociopolitique de 2002, une accélération s'est opérée avec la signature de plusieurs TBI. À ce jour, onze accords bilatéraux ont été signés, neuf sont à ce jour en vigueur[41], et deux ont été remplacés par des accords plus récents[42]. Les travaux de la CNUCED en 2015 faisaient état de trois traités en cours de négociation[43], aucun des trois n'a été signé à ce jour.

Les traités bilatéraux en vigueur appartiennent à un modèle considéré comme déséquilibré[44]. Parmi les facteurs de déséquilibre, deux sont notamment à signaler dans les TBI signés par l'État malgache. D'une part, ils adoptent une définition large de l'investissement sur les actifs, ce qui a pour effet que n'importe quel investissement est protégé. D'autre part, ils contiennent une clause de la

---

[40] Selon les données d'Investment Policy Hub, il y a eu 59 traités bilatéraux signés par les États Africains pour l'année 2000, depuis, une constante diminution du nombre de traités signés chaque année est constatée ; en 2019 on en recense 5. « Advanced Search | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search (Consulté le 31 mars 2020).

[41] Avec la Suède, signé le 02/04/1966 ; la Norvège, signé le 13/05/1966 ; la France, signé le 25/07/2003 ; Maurice, signé le 06/04/2004 ; l'Union économique belgo-luxembourgeoise, signé le 29/09/2005 ; la Chine, signé le 21/11/2005 ; l'Allemagne, signé le 01/08/2006 ; l'Afrique du Sud, signé le 13 décembre 2006 ; et la Suisse, signé le 19/11/2008.

[42] Avec l'Allemagne, signé le 21/09/1962 et remplacé par l'accord du 01/08/2006 ; et la Suisse, signé le 17/03/1964 et remplacé par l'accord du 19/11/2008.

[43] Avec le Japon, la Thaïlande et le Canada. *Examen de la politique d'investissement*, *op. cit.*, p. 10. Aucun des trois n'a été signé à ce jour

[44] H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*

nation la plus favorisée de laquelle résulte une transitivité des garanties qui ne permet plus à l'État de garder pleinement le contrôle de ses engagements. Par ailleurs, à la différence des nouvelles générations de TBI, les traités en vigueur n'incluent pas les obligations relatives au développement durable et à la responsabilité sociétale des entreprises.

On recense à ce jour quatre mises en œuvre de dispositif arbitral prévu par des TBI. Deux procédures ont été clôturées, une par une transaction[45] et l'autre par une sentence annulée par les tribunaux français[46]. Ce dernier litige fait actuellement l'objet d'une nouvelle procédure devant le CIRDI[47]. Et une dernière procédure est en cours devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI[48].

Madagascar est également partie à plusieurs accords économiques multilatéraux contenant des clauses relatives à l'investissement, toutefois, seul l'Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area de 2007 comporte un consentement à un règlement des différends avec les investisseurs par voie d'arbitrage. Cependant celui-ci n'est pas encore en vigueur à ce jour[49]. Il faut noter que le Traité du COMESA offre déjà, depuis 1993, des garanties à l'investisseur[50], mais ne contient pas de consentement à l'arbitrage. En cas de différend entre investisseur et État-hôte concernant l'application du Traité, la compétence relève principalement des juridictions nationales et, exceptionnellement, de la Cour de Justice de la COMESA[51]. Le Traité encourage, par ailleurs, à conclure des accords de protection des investissements[52]. Cependant, les garanties apportées par le Traité ne peuvent être invoquées à l'occasion d'un litige devant un tribunal arbitral dont la compétence se fonderait

---

[45] Courts (Indian Ocean) Limited and Courts Madagascar S.A.R.L. v. Republic of Madagascar (ICSID Case No. ARB/13/34)

[46] Civ. 1re, *1 juin 2017, 16-18.029,* 16-18.029, *Inédit,* disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr. ; Kristof De Sutter, Peter De Sutter, DS 2 S.A. and Polo Garments Majunga S.A.R.L. v. Republic of Madagascar (I), ICC, 2013.

[47] Kristof de Sutter, Peter de Sutter and (DS)2, S.A. v. Republic of Madagascar (II) (ICSID Case No. ARB/17/18)

[48] LTME Mauritius Limited and Madamobil Holdings Mauritius Limited v. Republic of Madagascar (ICSID Case No. ARB/17/28) ;

[49] Article 28 de l'accord.

[50] Article 159, notamment sur le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national et ses exceptions, le traitement juste et équitable, le libre transfert de capitaux.

[51] Article 26 « *Toute personne résidant dans un État membre peut demander à la Cour de se prononcer sur la légalité de tout acte, réglementation, directive, ou décision du Conseil ou d'un État membre, si elle estime que cet acte, directive, décision ou réglementation est illégal ou constitue une violation du Traité :*
Étant entendu que lorsque l'affaire est relative à tout acte, réglementation, directive ou décision d'un État membre, la personne ne peut saisir la Cour en vertu du présent article à moins qu'elle n'ait d'abord épuisé toutes les instances des cours et tribunaux nationaux de l'État en question ».

[52] Article 162

sur un TBI. L'article 34 du Traité dispose qu'« *aucun différend portant sur l'interprétation ou l'application du présent Traité, ou sur toutes questions soumises à la Cour en vertu du présent chapitre, ne peut être soumis à aucune méthode de règlement autre que celles prévues dans le présent Traité* ».

Dans l'attente du nombre suffisant de ratifications pour l'entrée en vigueur de l'*Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*, l'État malgache n'est pas lié, au niveau régional par un engagement valant consentement à une procédure arbitrale investisseur-État. Il faudra également prêter une attention particulière sur le futur Chapitre d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf).

II. Les perspectives d'ajustement de la politique d'investissement

Selon l'exposé des motifs de la loi 2007-036 sur les investissements, « *la République de Madagascar souhaite attirer les investisseurs et faire du secteur privé le moteur principal de son développement* ». Ainsi, la politique mise en place vise à promouvoir l'investissement et stimuler l'accroissement d'afflux de capitaux. Étant considéré comme gage de sécurité, l'arbitrage y occupe un rôle important. Cette politique traduit un effort considérable pour construire un environnement juridique favorable. Après plusieurs années de chantier, nous disposons d'éléments permettant d'évaluer les outils mis en place et d'envisager les pistes d'évolution, tant en ce qui concerne les APPI (A) que les autres voies empruntées par le pays en matière de politique d'investissement (B).

A. Réviser l'approche relative aux APPI

S'agissant des APPI, à la lumière des études relatives aux accords du même type que ceux signés par l'État malgache, une révision de la politique d'investissement s'avère nécessaire sur cet aspect. En effet, d'une part, l'impact économique de tels accords demeure incertain (1) et, d'autre part, les APPI en vigueur présentent d'importants déséquilibres en faveur des investisseurs (2).

1. Un impact incertain

Les espoirs de croissance économique du pays s'adossent, pour une part importante, sur le flux d'IDE. Il a été établi, notamment par le Consensus de Monterrey, que l'investissement direct étranger constitue un « *appoint indispensable aux efforts de développement nationaux et internationaux* » et qu'il est nécessaire de « *créer, aux niveaux national et international, le cadre*

permettant de mieux favoriser l'acheminement de flux d'investissements directs »[53].

Pour séduire et rassurer les éventuels investisseurs étrangers, l'État malgache mise, entre autres, sur les TBI. Ces traités prévoient notamment l'arbitrage d'investissement comme un outil à la disposition des investisseurs étrangers, actionnable l'encontre du pays hôte. L'accord de Cotonou consacre d'ailleurs l'idée selon laquelle, pour encourager les investissements, l'arbitrage constitue une des questions essentielles dans les TBI entre les États signataires[54]. La prolifération de ces dispositifs engendre une pratique accrue de l'arbitrage d'investissement dans les affaires internationales. Pour les États, l'objectif de l'établissement d'un tel mécanisme de protection des investissements consiste à rassurer les éventuels investisseurs et, ainsi, de favoriser leur venue.

Cependant, la revue des études sur la matière ne permet pas d'être affirmatif quant à l'existence de lien direct entre le flux d'IDE dans les pays en voie de développement et les APPI[55]. L'impact de ces accords sur le choix du pays hôte de l'investissement n'est pas établi. Selon plusieurs auteurs, les TBI, et les APPI en général, n'influent que peu, sinon pas du tout sur l'afflux des capitaux étrangers[56]. En particulier, pour les pays en développement présentant des faiblesses institutionnelles, il a été établi qu'aucun bénéfice significatif n'était tiré des TBI[57]. En ce qui concerne Madagascar, il a été remarqué que les principaux actionnaires des deux plus grands projets d'investissements à destination de l'île sont dépourvus de protection de tels traités[58].

---

[53] Financing for Development: Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development : the Final Text of Agreements and Commitments Adopted at the International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, 18-22 March 2002, United Nations Department of Public Information, 2003.

[54] Accord de Cotonou ACP-UE, 23 juin 2000, art. 15 et 78.

[55] Pour une étude complète et une revue de la littérature sur la question, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, « The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries », *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2009.

[56] M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite*, World Bank, 1 juin 2003 ; L. SKOVGAARD POULSEN, « The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence », *Yearbook on international investment law and policy*, Oxford University Press, octobre 2010. *sub verbo* « Abstract »« *A great number of studies and surveys indicate, however, that the vast majority of multinationals do not appear to take BITs into account when determining where - and how much - to invest abroad* ».

[57] M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite*, World Bank, 1 juin 2003, p. 22.

[58] Selon H. F. RANJEVA : « *Madagascar offre un bon exemple de l'inefficacité des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) en tant qu'outil de promotion, puisque tous les actionnaires des deux plus grands projets d'investissements en sont dépourvus et, malgré cette absence de protection, ils sont venus, ils sont encore bel et bien là* ».

Alors que l'impact des APPI sur le flux des IDE reste à démontrer, Madagascar en a conclu un certain nombre dont les effets ne coïncident pas forcément à une politique de promotion des investissements clairement définie[59]. Or, ces accords constituent la principale source de compétence arbitrale sur les PMDP si on se rapporte au nombre de procédures engagées[60].

2. Un instrument déséquilibré en déclin

À la lumière des dispositifs en place à travers les APPI actuels, il apparaît que Madagascar s'engage sans autre cohérence que celle d'offrir les plus larges garanties aux investisseurs. La démarche est d'autant plus regrettable que les accords en vigueur n'établissent pas de véritables exigences sur la qualité des investissements ou des obligations de l'investisseur.

Dans le rapport entre les États signataires de tels accords, l'État malgache a davantage vocation à se reconnaître comme destinataire d'investissement plutôt que pourvoyeur. Dès lors, il doit accorder une attention accrue aux engagements de l'État hôte ainsi qu'aux types d'investissement auxquels il entend consentir une protection. Il est important qu'il considère scrupuleusement la portée de la responsabilité mise en jeu car ces accords exposent le pays à des procédures coûteuses. Seulement, un auteur estime que l'État malgache « *ne mesure pas la portée de l'engagement pris dans le cadre des traités bilatéraux* »[61] et un autre que les TBI conclus « *ont été établis dans le seul but de créer un évènement officiel justifiant une visite de hauts responsables étatiques* »[62].

Au-delà de la légèreté ainsi alléguée contre l'État dans l'établissement et le respect de ces accords, sur leur contenu même, les TBI souffrent de déséquilibres. La CNUCED relève que « *l'analyse des dispositions des accords internationaux d'investissement conclus par Madagascar, particulièrement des traités bilatéraux, révèle un manque de clarté, notamment dans la définition de l'investissement, le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte, ainsi que l'absence de dispositions protégeant le droit de l'État à réglementer dans l'objectif d'atteindre les ODD et sur la promotion des investissements durables*

Propos rapportés par J. RAVALOSON, H. RAHARY et L. CHUK HEN SHUN, « Rapport général », in, Antananarivo, Revue Juridique de l'Océan Indien, 2016, spéc. p. 149. Depuis ce constat effectué par l'auteur, l'actionnariat d'Ambatovy, l'un des projets d'investissement en question, a évolué, toutefois, le constat demeure pertinent dans la mesure où les actionnaires actuels ne sont toujours pas couverts par un TBI ou un quelconque autre APPI

[59] Dans ce sens, H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*

[60] Pour Madagascar en particulier, l'ensemble des arbitrages impliquant le pays reposait sur des TBI

[61] R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *op. cit.*, p. 95.

[62] H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*, p. 82.

et responsables »[63]. En substance, ces faiblesses préjudicient à l'État car le manque de clarté amène à une largeur considérable des garanties consenties et du champ des bénéficiaires de la protection.

Ces déséquilibres ne sont pas propres aux accords impliquant l'État malgache, mais sont communs à l'« ancienne génération » d'APPI[64]. Ces anciens accords connaissent désormais un déclin après une controverse autour de l'arbitrage d'investissement. En effet, suite à des sentences arbitrales lourdes, plusieurs États ont dénoncé leurs TBI[65].

Dans la foulée des critiques opposées aux traités, une nouvelle génération d'accords apparaît. Dans le fond de la protection accordée, ces nouveaux modèles de TBI intègrent, notamment, une meilleure prise en compte des objectifs de développement durable, un maintien du droit de l'État à réglementer, et une définition stricte de l'investissement jouissant de la protection. Sur le plan du droit d'action, certains États ont déclaré ne plus intégrer de consentement à l'arbitrage dans les futurs APPI[66]. Au sein de l'Union Européenne, il a été jugé que la clause d'arbitrage investisseur-État d'un TBI entre deux États membres n'est pas compatible avec le droit de l'Union[67], et finalement, les États de l'UE se sont accordés pour mettre fin aux TBI entre États membres[68]. Ainsi, un rejet général de l'arbitrage d'investissement tel qu'il est prévu dans l'ancienne génération d'APPI se constate.

Du fait des déséquilibres de ces accords, l'État s'expose et prend un risque considérable en les signant et en y demeurant. Pour Madagascar, afin d'établir un rapport avec les investisseurs présentant davantage d'équilibre, un texte s'inspirant du modèle de TBI de la SADC ou du Code panafricain des investissements constituerait une base coïncidant mieux avec ses intérêts.

---

[63] *Examen de la politique d'investissement, op. cit.*, p. 10.

[64] A. KAUSHAL, "Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal* (2009) vol. 50, n°2, p. 491-534, p. 491 ; C. LAMM et K. NAGARAJAN, "The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement", *Indian Journal of Arbitration Law*, National Law University (2016) vol. V, n°2, p. 93

[65] K. NORWOT, « Termination and Renegotiation of International Investment Agreements », *in* S. HINDELANG et M. KRAJEWSKI (éds.), *Shifting Paradigms In International Investment Law*, 2016. ; Parmi les pays qui ont annoncé une telle démarche : Afrique du Sud, Inde, Bolivie, Venezuela, Équateur,…

[66] Le premier État faisant une telle déclaration était l'Australie, Department of Foreign Affairs and Trade (DFAT). 2011. "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity" http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor-state

[67] CJUE, 6 mars 2018, *arrêt Achmea*, aff. C-284/16

[68] European commission, Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the EU Member States, 05 May 2020

L'administration malgache déclare avoir mis au point un nouveau modèle de TBI prenant en compte les critiques formulées à l'encontre de l'ancienne génération de traités[69]. Cependant, comme il sera développé ci-après, en dépit des éventuelles améliorations, la politique d'investissement reposant sur les APPI est fondamentalement inadaptée à l'objectif fixé.

B. Privilégier le développement d'une législation nationale propice aux IDE

Parmi les voies empruntées, celle des APPI nous semble la moins pertinente. Pour offrir un dispositif de sécurisation des investissements, il est préférable, d'une part, d'utiliser la faculté de compromettre des PMDP pour les partenariats public-privé et, d'autre part, d'adopter les dispositions de protection des investissements à travers la législation nationale. Outre les inconvénients des APPI développés plus hauts, plusieurs autres raisons militent en ce sens.

D'abord, au-delà des considérations relatives à l'opportunité économique des investissements, les études montrent que les investisseurs sont plus vraisemblablement sensibles à l'environnement juridique interne de l'État hôte qu'aux instruments internationaux de protection des investissements[70]. Dès lors, à l'inverse de la signature d'APPI, les actions visant à améliorer le climat des affaires au sein du pays ont davantage vocation à accroître l'attractivité du pays en tant qu'hôte d'investissements.

Ensuite, la démarche consistant à stimuler les IDE à travers les TBI est contraignante et peu productive. Elle est contraignante car les traités sont rigides et toute évolution nécessite des négociations entre les États parties. Dès lors, la révision peut se révéler impossible. Elle est peu productive dans la mesure où, si tant est que les investisseurs prennent en compte l'existence de tels accords, l'effet stimulant se limiterait aux seuls investissements provenant de l'autre État signataire.

À l'inverse, les protections introduites à travers la législation nationale s'adressent à tout investisseur sans restriction de nationalité. Le gain d'attractivité est global. Par ailleurs, les dispositions légales peuvent, plus facilement, viser des secteurs particuliers ou des types d'investissements ciblés à l'exemple de la LGIM, du Code minier ou de la loi sur les ZES. À travers l'outil législatif, les

---

[69] *Le monde changeant des négociations en matière d'investissements : De la protection bilatérale à… ?*, Nairobi, Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, février 2018, p. 16. ; Développer un modèle de traité d'investissement : Opportunités et défis, Série webinaires de l'IISD sur le droit et les politiques d'investissement, ISSD, décembre 2018, disponible sur www.iisd.org

[70] M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment?*, *op. cit.*, pp. 22-23.

dispositifs de protection des investissements peuvent être modifiés selon les besoins du pays. L'État peut moduler plus aisément ses exigences quant à la qualité de l'investissement auquel il accorde une protection particulière. Et on remarque que, lorsqu'il s'agit des lois sectorielles prévoyant la protection des investissements, une plus grande exigence quant aux obligations des investisseurs se manifeste, et les responsabilités des PMDP sont clairement identifiées.

Les lois ont également le mérite de pouvoir constituer un vecteur de développement des centres alternatifs locaux ou régionaux de règlement des différends. En Afrique, à titre d'exemple, on peut citer la récente modification du Code des investissements de la Côte d'Ivoire qui n'impose plus le CIRDI comme forum d'arbitrage mais ouvre les possibilités en privilégiant l'arbitrage CCJA[71]. Cette tendance s'observe dans plusieurs pays du continent[72]. Concernant le droit malgache, on peut souligner l'article 120 de la loi ZES qui, pour la première fois, prévoit la possibilité de régler un différend d'investissement devant, entre autres, le Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar (CAMM). Aucun des TBI en vigueur ne prévoit une telle compétence du CAMM.

Conclusion

L'objectif de la politique juridique en matière d'investissement est de construire un environnement sûr pour favoriser les investissements. Cependant, il apparaît aujourd'hui que les APPI contenant une offre d'arbitrage ne constituent pas une voie satisfaisante pour atteindre cette visée compte tenu de leur efficacité incertaine et des contraintes qui en découlent. La voie de la protection des investissements par la législation nationale constitue une alternative mieux adaptée pour stimuler opportunément les investissements. D'autant plus qu'il apparaît que les textes nationaux démontrent une meilleure cohérence. Par ailleurs, à l'inverse des APPI, les textes nationaux peuvent potentiellement améliorer le climat interne des affaires. L'impact sur l'attractivité est plus important.

Il est heureux que, pour insuffler une dynamique économique, les PMDP puissent accéder à l'arbitrage et que les investisseurs jouissent de protection. Toutefois, ni l'introduction d'une offre d'arbitrage dans la législation nationale ni l'élaboration de meilleurs textes en général ne suffisent à assoir un environnement juridique favorable aux affaires. Le travail normatif n'a de fruits que si une administration efficace et un système de justice robuste permettent l'application

[71] Article 50 du Code des investissements 2018

[72] Voir, à titre d'exemple, le code des investissements de 2012 du Togo (article 8), le code des investissements de 2012 du Mali (article 29) et le code des investissements de 2015 de la Guinée (article 43), et le code des investissements 2018 du Burkina (article 39)

concrète des dispositifs prévus. En tout état de cause, l'État malgache doit être précautionneux dans ses engagements, au risque de devenir un habitué des procédures d'arbitrage d'investissement.

Articles

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Un panorama juridique sur le statut des Îles Éparses du Canal du Mozambique

Vonintsoa RAFALY

Docteure en droit international de la mer

C.D.M.O. – Université de Nantes

Résumé :

N'étant considérées géographiquement que comme des petits bouts de terre éparpillés sur le globe terrestre, les îles, en droit international de la mer, revêtent une importance considérable. Quatre d'entre eux – que l'on appelle les Îles Éparses du Canal du Mozambique – font l'objet de débats hautement politiques. Ces derniers portent sur le désaccord entre Madagascar et la France quant à la souveraineté et au mode de gestion de ces îles. Au-delà de ces débats politiques, l'aspect juridique du statut des Îles Éparses du Canal de Mozambique est intéressante compte tenu des circonstances relatives à la procédure de décolonisation mais aussi les tentatives de conciliation qui ont suivi la revendication malgache au lendemain de son indépendance. Cet article a pour but d'établir une analyse juridique des différentes thèses pouvant être invoquées dans le cadre du différend franco-malgache mais aussi d'établir une perspective quant à l'issue de celui-ci.

Abstract :

Considered geographically as mere scraps of emerged land scattered around the globe, islands are of great importance in the field of International Law of the Sea. Four of them – known as the Scattered Islands of the Mozambique Channel – are subject to highly politicized debate. The said debate concerns the dispute between Madagascar and France over sovereignty and public policy as to management of these islands. Going beyond these political debates, the legal aspect of the status of the Scattered Islands is interesting due to the circumstances regarding the decolonization process but also due to attempts in favour of conciliation following the

claims of Madagascar in the aftermath of its independence. This paper seeks to define a legal analysis of the various contentions that may be evoked in the context of the dispute between France and Madagascar but also define the prospect of a way out of this dispute.

N'étant considérées géographiquement que comme des petits bouts de terre éparpillés sur le globe terrestre, les îles, en droit international de la mer, revêtent une importance considérable. Du point de vue économique et géopolitique, les îles sont des points stratégiques que les différents États veulent s'approprier. En consacrant le concept de zone économique exclusive (ci-après ZEE), la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après CNUDM) avait accentué le phénomène de « chasse aux espaces maritimes » et entrainé de nombreux conflits concernant les délimitations maritimes, chaque État voulant légitimer ce qu'il pouvait. En outre, ces conflits engendraient, parfois intrinsèquement, des différends territoriaux, que ce soit pour des questions d'attribution ou frontalières. Dans ce cadre, l'aspect territorial et maritime du différend sont complémentaires. Selon le Juge Rao, « *maritime rights derive from coastal State's sovereignty over the land* »[1]. Ainsi, la souveraineté sur un territoire détermine l'étendue des droits qu'un État peut avoir sur la mer et elle a des conséquences démultipliées, dont celles relatives à délimitation maritime. On ne peut valablement délimiter le territoire maritime d'un État sans connaitre les limites de l'exercice de sa souveraineté. Ceci est une parfaite illustration de l'adage du droit international selon lequel « la terre domine la mer ».

La question de la délimitation maritime constitue l'une des questions majeures des affaires traitées devant les juridictions internationales, principalement devant la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ) et le Tribunal International sur le Droit de la Mer[2] (ci-après TIDM) jusqu'à ce jour. Dans la plupart des affaires soumises à la CIJ, les questions relatives aux titres territoriaux se sont avérées être un préalable à la solution du litige de délimitation maritime, surtout quand il s'agissait des formations insulaires[3]. Ces affaires concernaient la délimitation maritime où l'existence des îles avait amené la juridiction à en considérer les implications dans la résolution du différend, et ainsi à définir préalablement leur statut juridique, précisément la souveraineté de l'État sur celles-ci.

---

[1] P.-C. RAO, « Delimitation Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: Settlement Procedures » *in* T.-M. NDIAYE et R. WOLFRUM, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes,* The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 892.

[2] Notamment dans trois affaires dont une est en cours : TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Bengale (Bangladesh c. Myanmar),* arrêt du 14 mars 2012, *TIDM Recueil 2012,* p.4 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l'Océan Atlantique (Ghana c. Côte d'Ivoire)*, arrêt, *TIDM Recueil 2017,* p.4 ; l'affaire en cours à ce jour relative au *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'Océan Indien (Maurice c. Maldives).*

[3] Tel était le cas dans les différends concernant le CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre le Qatar et Bahreïn (Qatar c. Barheïn),* ordonnance du 11 octobre 1991, *CIJ Recueil 1991,* p. 50*;* CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria),* ordonnance du 16 juin 1994, *CIJ. Recueil 1991,* p.105.

C'est dans ce cadre que se situe le différend qui nous intéresse. La Cour Permanente Internationale de justice (ci-après CPIJ) a eu l'occasion de définir le terme « différend » comme étant « *un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes*[4]». Le différend franco-malgache se traduit par un désaccord quant à la souveraineté et au mode de gestion des Îles Éparses. Il trouve sa source dans l'édiction d'un décret du 1er avril 1960 relatif à la situation administrative de certaines îles relevant de la souveraineté de la France[5]. Par ce décret, les Îles Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India étaient désormais placées sous l'autorité du Ministre chargé des départements d'outre-mer et des territoires d'outre-mer, à la veille de l'indépendance de Madagascar.

La particularité du différend réside dans plusieurs aspects, ce qui rend encore plus difficile de déterminer le droit applicable au cas. Il concerne un État ayant été un territoire colonial opposé à son ancienne métropole, ce qui entraine inévitablement une différence de poids – à la fois politique et économique – qui peut se ressentir dans les relations entre les parties, que ce soit durant les négociations du processus de décolonisation ou bien même après l'indépendance de Madagascar. La résolution de ce litige serait ainsi une grande première dans le droit international, relatif aux vestiges de la colonisation car elle mettrait en exergue cette contradiction d'intérêts entre un pays en voie de développement et un pays développé.

• Pour mieux appréhender le sujet, il apparait nécessaire, tout d'abord, de définir les différents aspects géographiques et historiques des Îles Éparses ayant amené à un tel litige et les enjeux que constituent celui-ci.

Dans son acception originelle, ce que l'on dénomme « Îles Éparses » étaient composées de cinq îles : Europa, Bassas da India, Juan de Nova, les îles Glorieuses, regroupant 86 rocs, îles et îlots inhabités et se trouvant toutes les quatre dans le Canal du Mozambique, et Tromelin qui se trouve dans l'Océan Indien. Mais dans le cadre de cette étude, l'île Tromelin ne sera pas prise en compte étant donné que celle-ci avait fait l'objet d'une revendication de l'Île Maurice, parallèlement à celle de Madagascar sur les « autres » Îles Éparses, ayant abouti à un accord entre Maurice et la France[6].

Du point de vue géographique, ces îles ont un point commun, elles sont formées de 86 rocs, îles et îlots, réparties sur la côte Ouest de Madagascar. Bassas

---

[4] CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n°2, *1924, C.P.I.J,* Série A no 2, p. 11.
[5] *JORF*, 14 juin 1960, p. 5343.
[6] V. P. CHAUMETTE, « L'accord-cadre de 2010 entre la France et Maurice sur la cogestion de l'île de Tromelin. Modèle ou épouvantail ? », *Neptunus e-revue*, vol.23, 2017/1, [en ligne] www.cdmo.univ-nantes.fr; S. OSMAN, « Tromelin : une cogestion qui se fait attendre… », *Outre-Terre*, n°33-34, 2012/3, p. 651-655.

da India est la plus éloignée, à environ 380 km du Sud-Ouest des côtes malgaches. La végétation sur ces îles est rare[7], voire inexistante comme dans le cas de Bassas da India qui représente une couronne de récifs coralliens pratiquement immergée à marée haute et dont une partie seulement est découverte à marée basse. L'eau potable n'y étant pas existante, ces îles sont pratiquement inhabitables. Quatorze militaires du détachement de la Légion étrangère et un gendarme français se relèvent cependant sur ces îles, preuve de leur caractère habitable.

Ces formations insulaires sont assez différentes du point de vue du contexte historique dans lequel elles ont été insérées.

Tout d'abord, il faut noter que la Grande île a été annexée, en 1896, par une loi déclarant Madagascar et les îles qui en dépendent comme colonie française[8]. Ainsi, historiquement, les Îles Éparses ont été rattachées à l'administration malgache[9] de différentes manières.

Ainsi, elles étaient rattachées implicitement à l'empire colonial français dénommé alors « Madagascar et ses dépendances ». Certaines îles étaient rattachées administrativement à différentes provinces de Madagascar et les concessions accordées dépendaient également de ces administrations. Cependant, bien avant la colonisation, ces îles étaient utilisées par les pêcheurs malgaches lors des périodes de ponte pour la pêche à la tortue marine, par exemple.

Concernant les évènements politiques qui se sont déroulés dans la Grande île, par un référendum du 14 octobre 1958, le peuple malgache a exprimé sa volonté d'être rattaché à la Communauté française. Ce statut consistait en une pseudo-indépendance des territoires qui la composent car bien que les territoires en question jouissent d'une autonomie d'administration, ils étaient rattachés à la France. Ce mécanisme pourrait être qualifié de fédéralisme. Ce processus amena à l'adoption de la Première Constitution de la République malgache, le 29 avril 1959.

En outre, par le décret du 1er avril 1960[10], ces îles lui ont été retirées, un jour avant le paraphe des accords de négociation avec la France. Toutefois, ces accords ont été approuvés par une loi du 17 juin 1960[11] et l'indépendance de Madagascar fût déclarée le 26 juin 1960.

Ainsi, par rapport à ce décret, d'une part, la revendication malgache pourrait s'appuyer sur le fait que la France avait pris possession de ces îles à l'occasion de

[7] Sur les îles Glorieuses, on rencontre une cocoteraie et des dunes ; quant à Europa, on y observe une mangrove et des steppes.
[8] Loi du 6 avril 1896, *JORF*, 8 août 1896, p. 4557.
[9] *JORF*, 31 octobre 1897, p. 6090.
[10] *JORF*, 13 et 14 juin 1960, p. 5343.
[11] *JORF*, 18 juin 1960, p. 5471.

la colonisation de Madagascar et qu'elle ne pouvait ainsi en modifier l'administration à la veille de son indépendance par la publication au Journal officiel du décret du 1er avril 1960. D'autre part, pour la France, le Gouvernement malgache aurait accepté le maintien de l'ensemble des Îles Éparses sous la souveraineté française lors de l'indépendance, en juin 1960, et que les Gouvernements malgaches antérieurs à la colonisation n'ont jamais exercé leur souveraineté sur ces îles.

• L'intérêt de cette étude réside dans le fait que le différend franco-malgache présente des enjeux économiques et politiques.

Du point de vue terrestre, les Îles Éparses ne présentent aucun intérêt économique conséquent ; leur trésor réside dans la mer, notamment dans la définition de leur ZEE.

En effet, ces îles peuvent générer environ 360.400 km² de ZEE, en application de la CNUDM, ce qui représente environ trois quarts du Canal du Mozambique. Ainsi, cette zone est littéralement un puits de ressources biologiques et minérales. Par ailleurs, la découverte d'un gisement pétrolier au large du Mozambique a fait du canal éponyme le nouvel « eldorado du pétrole ». Ainsi, la détermination du territoire maritime est décisive dans l'octroi des autorisations de prospection et d'exploitation. Cet état de fait, en considération de l'expansion des exploitations offshore, démontre que la résolution du litige sur la souveraineté est inévitable car elle serait un préalable à la définition des limites maritimes définitives de chacun des États concernés dans le canal du Mozambique.

Concernant le volet politique, certaines limites maritimes malgaches et celles tracées par la France sur les Îles Éparses se chevauchent, ce qui entraîne des questions de souveraineté sur les ressources. Ceci, est par exemple, le cas dans le domaine de la pêche. En 2001, un accord de partenariat a été signé entre la Commission européenne et Madagascar, autorisant les navires de certains États membres de l'Union européenne à pêcher dans la « zone de pêche malgache ». Il s'avère que la zone de pêche en question, précisée dans ledit accord, empiète les zones considérées comme sous juridiction française, avec de légers chevauchements. Ainsi, elles demeurent des limites virtuelles en attendant l'établissement d'un accord entre les parties.

En outre, la détermination de la souveraineté sur les Îles Éparses impliquerait la détermination des limites maritimes des États riverains du Canal du Mozambique. En effet, si la souveraineté sur les Îles Éparses revenait à Madagascar, celle-ci devrait conclure des accords avec le Mozambique et les Comores. Cependant, un accord a déjà été passé entre la France et Madagascar concernant les frontières maritimes entre cette dernière et l'île de La Réunion. Par

contre, si la souveraineté revenait à la France, la détermination des limites maritimes devrait être négociée entre les deux États (la France et Madagascar) ou découler de la décision juridictionnelle dans le cas où l'affaire serait portée devant les juridictions internationales.

Ensuite, 350 millions de tonnes de pétrole brut transitent chaque année par le Canal du Mozambique, ce qui le place au rang d'« autoroute du pétrole » et de ce point de vue, les Îles Éparses constituent un enjeu hautement stratégique pour le contrôle de la navigation. Parallèlement à cela, les questions environnementales font des îles Eparses un site à haut risque pour les pollutions marines issues des activités pétrolières.

Ainsi, compte tenu du contexte juridique du différend et des principes gouvernant la succession d'Etats (I), la question est de savoir quelle est l'issue à laquelle pourrait aboutir le litige franco-malgache sur les Iles Eparses du Canal du Mozambique (II) ?

I. Les termes juridiques du différend

Il n'existe pas, dans le droit international, de paramètres généraux permettant de déterminer la souveraineté d'un État sur un territoire en cas de différend. Plusieurs modes de preuves sont considérés par le juge et l'arbitre international : l'accord, principalement, la souveraineté originaire, les effectivités, le comportement des États, les cartes et, à moindre mesure, les considérations géographiques ou d'équité. Concernant le cas particulier des anciens territoires non autonomes, l'héritage colonial tient une grande place pour la détermination des frontières terrestres et donc les limites territoriales de la souveraineté.

L'originalité du différend opposant Madagascar et la France sur les Îles Éparses réside dans le fait qu'aucun accord n'a été conclu entre les parties, que ce soit durant ou après la colonisation. Toutefois, les actes juridiques de l'époque coloniale et les « effectivités coloniales » donnent un aperçu du statut de ces îles durant cette période. C'est sur cette base que Madagascar a étayé sa revendication fondée sur une décolonisation inachevée (A) et par lequel la France avait fondé sa souveraineté sur le comportement du Gouvernement malgache, qui avait accepté le maintien de la souveraineté française sur les îles Éparses (B).

A. Une décolonisation partielle du territoire

En 1958, la France reconnaissait solennellement la caducité de la loi d'annexion de « Madagascar et ses dépendances » du 6 août 1896[12]. Cette caducité implique qu'en l'absence de texte contraire, les îles Éparses demeuraient dépendance de la République de Madagascar. Or, le décret du 1er avril 1960 est venu soustraire ces îles de l'administration malgache, conduisant ainsi à l'anéantissement de plus d'un demi-siècle d'« effectivités coloniales », par une entorse aux principes de la succession d'État. À cet effet, dans le cadre juridique, on pourrait confronter le pouvoir de disposition d'une puissance coloniale sur le territoire colonisé (1) au principe de l'*uti possidetis* (2).

1. Le pouvoir de disposition de la puissance coloniale sur le territoire non autonome

La libre disposition des territoires non autonomes par les Puissances coloniales a suivi un long processus allant vers la restriction de la mainmise de ceux-ci sur les anciennes colonies, grâce aux travaux de la Commission sur la décolonisation.

La Charte des Nations Unies comporte des dispositions relatives aux territoires coloniaux : le Chapitre XI intitulé « Déclaration relative aux territoires non autonomes ». Bien que considérée comme une « *simple déclaration de principes, qui n'est assortie d'aucune sanction spéciale* »[13], ces considérations ont disparu lors de la consécration d'un véritable droit de la décolonisation, s'illustrant par la Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 portant « Déclaration sur l'octroi d'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux »[14]. Le principe de l'intégrité territoriale est consacré dans cette Résolution, dans son article 6, en ces termes : « *Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies* ». Ainsi, les compétences des métropoles sur les territoires non autonomes ont été limitées.

En outre, le territoire est le substrat matériel de la souveraineté sur lequel s'exercent les compétences étatiques à l'égard des personnes qui s'y trouvent. Ainsi, le principe de l'intégrité territoriale est étroitement lié au droit à l'autodétermination du peuple vivant sur ledit territoire. Mais la difficulté est toute autre quand il s'agit d'îles inhabitables – anciennement inhabitées – comme le cas

[12] *Journal Officiel de la République Malgache,* 18 octobre 1958, p. 2311.
[13] Voir par exemple A. MATHIOT, « Le statut des territoires dépendants d'après la Charte des Nations Unies », *RGDIP,* vol. 50, 1946, p.192.
[14] *Résolution 1514 (XV) portant Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux,* 14 décembre 1960.

des Îles Eparses. Toutefois, la base de l'application de ce droit à l'autodétermination pourrait être tirée du fait que les Îles Eparses avaient été intégrées dans le territoire colonial dénommé « Madagascar et ses dépendances » durant la période coloniale.

De plus, le droit à l'autodétermination, supposant une assise matérielle délimitée, entraîne l'obligation de respecter l'intégrité de ce territoire. Ces deux principes sont alors corollaires, ce qui exclut toute possibilité de contradictions[15]. La Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies définit dans son Principe VI les options par laquelle les peuples des territoires non autonomes exercent leur droit à l'autodétermination. Ce droit peut être exercé de trois manières : soit par l'accession à l'indépendance proprement dite, soit par libre association à un Etat indépendant, soit par intégration à un État indépendant.

La deuxième méthode est celle qui nous intéresse dans notre étude. La libre association à un État indépendant « *doit résulter d'un choix libre et volontaire du territoire [non autonome]* », exprimé selon les méthodes démocratiques et largement diffusées. Dans le cas de Madagascar, celui-ci avait exprimé, par un référendum ayant amené à la première Loi constitutionnelle malgache le 14 octobre 1958[16], sa volonté d'ériger Madagascar en État membre de la Communauté française. On peut alors estimer que Madagascar a atteint la pleine autonomie et qu'ainsi, le phénomène colonial a disparu le 14 octobre 1958. À partir de là, la Grande Île ne pouvait plus être qualifiée de colonie française et donc la puissance coloniale n'avait plus le pouvoir de libre disposition du territoire malgache.

En effet, ce serait un non-sens juridique de considérer que les Îles Eparses, ayant été inoccupées durant un certain temps ou même inexplorées, à cette époque, ne constituaient pas une assiette de l'exercice du droit à l'autodétermination, alors qu'au moment du référendum, ces îles faisaient partie intégrante du territoire de « Madagascar et ses dépendances ».

De la même manière, la jurisprudence internationale a remis en question la capacité de l'État administrateur à conclure des traités intéressant les éléments essentiels du droit des peuples, tel est le cas du territoire. Cette capacité est limitée à partir du moment où un processus de libération nationale s'est déclenché. Au regard du principe d'autodétermination des peuples, ceci aurait pour conséquence logique une restriction du *jus tractatus* de l'État colonisateur à partir du début d'un

[15] O. CORTEN, « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et *uti possidetis* : deux faces d'une même médaille ? », *in* O. CORTEN, B. DELCOURT, P. KLEIN et N. LEVRAT (dir.), *Démembrements d'Etats et délimitations territoriales : l'uti possidetis en question(s)*, Bruxelles : Bruylant, 1999.

[16] *Journal officiel de la République malgache*, samedi 18 octobre 1958, 74e année, *Nouvelle série, n° 1*, p. 2307 et p. 2313.

processus de libération nationale[17]. Dans l'*affaire de la Délimitation de la frontière maritime (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, le Tribunal arbitral a estimé que concernant les mouvements de libération nationale, la question juridique ne consistait pas à identifier à quelle date précise ce mouvement est né ; le plus important est de savoir à partir de quand son activité a eu une portée internationale[18].

Ainsi, on peut valablement estimer que le détachement unilatéral de ces îles du territoire de « Madagascar et ses dépendances », auquel la République de Madagascar avait succédé, pourrait constituer une disposition à l'encontre d'un territoire ayant accédé à sa pleine autonomie, ce qui serait contraire au droit international. L'édiction du décret du 1er avril 1960 se situerait donc à une période postérieure à celle où le peuple malgache a exercé son droit à l'autodétermination et donc atteint la pleine autonomie.

2. Le principe de l'*uti possidetis juris*

Il est à noter que, littéralement, le principe de l'*uti possidetis* signifie « vous posséderez ce que vous possédiez déjà ». Son origine remonte au droit romain, dans l'expression « *uti possidetis, ita possedeatis* » (comme vous possédez, vous continuez à posséder)[19]. Juridiquement, par définition, ce principe est celui selon lequel les frontières établies sous l'empire d'un système disparu doivent être respectées et maintenues par les nouveaux États. Il s'agit de l'affirmation de la reprise de ce qui était alors l'assiette territoriale de la division administrative concernée. Apparu au moment de l'accession à l'indépendance des pays d'Amérique latine, le champ d'application du principe de l'*uti possidetis* s'est développé dans le cadre du processus de décolonisation des pays africains. Ceci a été affirmé dans une Résolution de la première session de la Conférence des États africains au Caire, datant du 21 juillet 1964, où l'Organisation de l'Union Africaine déclara que « *tous les États membres s'engagent à respecter les frontières existantes au moment où ils ont accédé à l'indépendance* »[20]. Ainsi, le

[17] *Affaire de la détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau/Sénégal), 31 juillet 1989, RSA, volume XX,* p. 119-213, par. 46-52.
[18] *Ibid.* par. 51.
[19] Ce principe vise l'édit du préteur qui, « dans les situations de litige sur un bien, attribue la possession provisoire du bien en cause à la partie qui le possédait à ce moment-là. L'autre partie se voyait de ce fait interdire de perturber le *statu quo* tant qu'une décision finale sur le statut du bien n'était pas intervenue ». P. KLEIN, « Les glissements sémantiques et fonctionnels de l'*uti possidetis* », *in* O. CORTEN, B. DELCOURT, P. KLEIN et N. LEVRAT (dir.), *Démembrements d'États et délimitations territoriales : l'uti possidetis en question(s)*, *op. cit.*, p.299-300. V. en ce sens, M.G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris : PUF, 1997, p. 426 ; *Corps de droit civil et romain en latin et en français*. Trad. Par Henri Hulot, Réimpr. De l'édition de Metz 1804. Aalen, Scientia, 1979, tome 6, p. 478.
[20] Texte reproduit *in* B. BOUTROS-GHALI, *Les conflits de frontière en Afrique (Etudes et documents)*, Paris : Editions techniques et économiques, 1972, p.137.

principe de la succession des États issus de la décolonisation aux limites des anciennes subdivisions coloniales constitue un principe de droit international coutumier[21]. La question qui se pose, et qui nous intéresse dans le cas particulier des Îles Éparses, est de savoir quelle est la date ou la période de référence à laquelle on prend compte des frontières établies ? Est-ce les subdivisions territoriales à l'instant T, le moment de l'accession à l'indépendance[22] ou la période pendant laquelle le nouvel État luttait pour son indépendance[23], ou la période coloniale proprement dite[24] ?

Il faut remarquer que l'application de ce principe se distingue selon qu'il s'agit d'un conflit d'attribution ou d'un conflit de frontière. La CIJ, dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*[25] a mis a mis en lumière, d'une certaine manière, cette différenciation concernant l'application du principe de l'*uti possidetis*.

Cette position fut confirmée dans la décision relative au *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua, (intervenant))* en ces termes : « *l'uti possidetis touche autant à la recherche du titre à un territoire qu'à l'emplacement de frontières* »[26]. De plus, dans cette affaire, traitant des îles à l'intérieur du Golfe de Fonseca, la Cour avait pris en considération « *les textes administratifs de l'administration coloniale, mais aussi des 'effectivités coloniales'* »[27] pour déterminer à quelles divisions administratives de l'appareil colonial espagnol appartenait chaque île en litige. En l'espèce, les îles du Golfe du Fonseca avaient été découvertes par les Espagnols en 1522 et étaient demeurées sous la souveraineté espagnole durant trois siècles. À l'indépendance des États d'Amérique centrale, en 1821, aucune des îles ne pouvait être qualifiée

[21] CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali),* p. 565, par. 20 et 21.

[22] C'est ce qui ressort de la Déclaration de l'OUA de 1964, dans ces termes « frontières existantes au moment où [les Etats] ont accédé à l'indépendance ».

[23] Cette conception ressort d'une Déclaration des Etats non-alignés en 1964, qui fait référence aux « frontières telles qu'elles existaient [lorsque les Etats] luttaient pour leur indépendance ». V. en ce sens, J. DE PINHO CAMPINOS, « L'actualité de l''*uti possidetis' », in La frontière*, Colloque SFDI (Poitiers, 1979), Paris : Pedone, 1980, p. 100.

[24] Tel qu'il résulte de l'affaire du *Différend frontalier Burkina Faso c. Mali*, la CIJ se base plutôt sur les « anciennes délimitations administratives établies pendant l'époque coloniale » ; V. *CIJ Recueil 1986*, p. 566, par. 23.

[25] CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. république du Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil 1986*, p.568 et s.).

[26] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua, (intervenant)),* arrêt du 11 septembre 1992, *CIJ Recueil 1992*, p. 387, par.42.

[27] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua, (intervenant)),* arrêt du 11 septembre 1992, *CIJ Recueil 1992,* p. 211, par. 333. Les effectivités coloniales sont définies dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* comme étant « le comportement des autorités administratives en tant que preuve de l'exercice effectif des compétences territoriales dans la région pendant la période coloniale » (*C.I.J. Recueil 1986*, p.586, par.63).

de *terra nullius*, ce qui conduisit la Cour à considérer que la souveraineté sur ces îles ne pouvait se faire par une occupation du territoire mais selon la succession des États nouvellement indépendants.

Dans le cas des Îles Éparses, bien que découvertes par de navigateurs provenant de différents États européens vers la fin du XIXe siècle, ces îles avaient été rattachées à l'empire colonial français dénommé « Madagascar et ses dépendances » par une Note, en date du 31 octobre 1897, relative à la prise de possession des Îles Juan de Nova, Europa et Bassas da India[28]. Ce qui signifie que les îles en question ne pouvaient juridiquement plus être considérées comme *terra nullius* à partir de ce moment. Selon le principe de l'*uti possidetis*, la date critique à prendre en compte pour la détermination des frontières héritées de la période coloniale est la date de l'indépendance. Ceci correspond, pour Madagascar, au 26 juin 1960. En partant de ce fait, étant donné que les Îles Éparses ont été retirées de l'administration malgache par le décret du 1er avril 1960, à sa date d'indépendance, celles-ci ne feraient donc pas partie du territoire malgache.

En outre, la Note de 1897 fait référence à la loi d'annexion du 6 août 1896 du territoire dénommé « Madagascar et ses dépendances ». Il en découle que ces îles faisaient partie de ce territoire colonial. En tant qu'héritage colonial, la mise en œuvre des règles du droit international amènent à ce que celles-ci reviennent à Madagascar lors du processus de décolonisation ayant abouti à son indépendance en juin 1960. Par ailleurs, en considération de ce principe, seules ces trois îles (Juan de Nova, Europa et Bassas da India), ont fait l'objet d'une prise de possession durant la colonisation, étant donné que celle des Glorieuses s'est faite en 1892, soit 4 ans avant l'annexion du territoire malgache, et donc sont susceptibles d'être restituées à la République de Madagascar. Le sort des Glorieuses serait alors mis à part.

Toutefois, il est de jurisprudence constante que le *jus* en question *« n'est pas le droit international mais le droit constitutionnel ou administratif du souverain avant l'indépendance* »[29]. Les termes « avant l'indépendance » peuvent porter à confusion. En effet, quand il s'agit de la législation coloniale et des effectivités coloniales, faudrait-il faire référence à la pratique durant la période coloniale ou ne considérer que la photo instantanée prise lors de l'indépendance du territoire anciennement non autonome, comme l'indiquait Sir Ian Sinclair[30]? Concrètement,

[28] *JORF*, 31 octobre 1897, p. 6090.
[29] *Ibid.*
[30] Comme l'affirmait Sir Ian Sinclair, dans sa plaidoirie relative au *Différend territorial (Lybie/Tchad)*: « *[...] we must take our photograph of the legal situation as of...the date of Libya's independance. What happenend thereafter cannot modify the situation unles there has been some new cessions of territory [...]* ». En effet, la situation générée par l'*uti possidetis juris* n'est pas immuable. Cette situation peut être modifiée par voie de traité, ou par la décision d'un

le Décret du 1er avril 1960, détachant l'administration des Îles Éparses du giron malgache à la veille de l'indépendance, peut-il annihiler un demi-siècle environ de pratique coloniale ?

Si l'on considère le droit interne français, un décret ou une loi ne peut être opposable que s'il a fait l'objet d'une publication, généralement au Journal Officiel. On pourrait s'interroger sur la motivation du décret du 1er avril 1960 car c'est en celui-ci que se trouve la genèse du litige. En effet, l'opportunité d'un tel décret est relevant car le lendemain, les accords particuliers entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République malgache ont été signés. Il est à rappeler que ce décret n'a été publié au Journal Officiel de la République française que le 16 juin 1960, la veille de l'approbation desdits accords signés, par une loi française du 17 juin 1960. Cette situation pose la question de l'opposabilité du décret du 16 juin 1960 au Gouvernement malgache étant donné qu'il est de principe qu'un décret ou une loi n'est opposable aux tiers qu'après publication. Ceci mettrait un doute raisonnable sur l'ignorance, par le Gouvernement malgache, de l'existence de ce décret du 1er avril 1960 et pose la question de la bonne foi dans son édiction.

De plus, selon la jurisprudence internationale, lorsque référence est faite à un droit interne dans l'application du principe de l'*uti possidetis juris*, celui-ci n'intervient pas en tant que tel, mais seulement comme un élément de fait parmi d'autres, ou comme moyen de preuve et de démonstration concernant ce que l'on a pu appeler le « legs colonial » à la date critique[31]. N'étant alors qu'un élément de fait comme tant d'autres, le décret du 1er avril 1960 ne pourrait, à lui seul constituer un fait ayant fait basculer plus d'un demi-siècle d'administration des Îles Éparses par la colonie française de « Madagascar et ses dépendances ».

Le Professeur Oraison avait estimé que les Îles Éparses du Canal du Mozambique demeuraient des exemples palpables de « décolonisation inachevée » ou « imparfaite » au regard du droit international positif. En réalisant le démembrement du territoire national malgache sans consultation préalable du peuple de Madagascar ou de ses représentants élus, le décret du 1er avril 1960 déroge aux principes généraux de la succession d'États. On peut en effet mettre en doute la thèse française selon laquelle la République de Madagascar aurait acquiescé au démembrement de son territoire. Cette amputation lui a plutôt été imposée par la Puissance dominante à la veille de sa résurrection en tant qu'État

juge ou des arbitres si les parties en ont décidé ainsi. Après cette modification, le titre sur les territoires en question ne sera plus l'*uti possidetis juris.*

[31] CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali),* arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil 1986,* p.586, par.30 ; réitéré dans *Différend frontalier (Bénin/Niger),* arrêt du 12 juillet 2005, *CIJ Recueil 2005,* par.46.

souverain, le 26 juin 1960 »[32]. Ce qui nous amène à aborder la question du pouvoir de disposition de la puissance coloniale sur le territoire non autonome.

Confrontée au principe de l'*uti possidetis*, le droit à l'autodétermination lui est chronologiquement antérieur. En effet, l'origine du litige se situerait avant l'accession à l'indépendance. Ainsi, la question se pose de savoir lequel de ces principes prime sur l'autre ? Étant donné que le droit à l'autodétermination a été exercé au moment du référendum de 1958, ayant abouti à la première Constitution de la République malgache du 29 avril 1959, la déclaration commune d'indépendance du 26 juin 1960 ne serait qu'un acte déclaratif et non constitutif. L'acte constitutif étant l'acte à laquelle avait abouti l'exercice du droit à l'autodétermination. Les Îles Éparses, faisant partie du territoire de « Madagascar et ses dépendances » à ce moment précis de l'exercice du droit à l'autodétermination, et auquel la République de Madagascar a succédé, devraient donc faire partie du territoire malgache.

En tout état de cause, il faut rappeler que le principe de l'*uti possidetis* est un outil à la disposition des États et non une règle qui s'impose dans les conflits frontaliers, dans le cadre d'une succession d'États.

Ceci étant dit, contrairement à cette thèse malgache de la décolonisation inachevée, la France s'appuie sur le maintien de sa souveraineté sur les Îles Éparses, qui était, du moins accepté par le Gouvernement malgache, par acquiescement, lors de son indépendance, et sur la consolidation de ses droits sur lesdites îles par le biais des effectivités.

B. Le transfert de souveraineté

Selon la CIJ, un changement du titulaire de la souveraineté résulte soit d'un accord entre les deux États en question, soit d'un accord tacite, découlant du comportement des Parties, aucune forme particulière n'étant requise. Par contre, le droit international met l'accent sur les intentions des parties[33]. Ainsi, tout changement de titulaire de la souveraineté territoriale fondée sur le comportement doit se manifester clairement, de manière dépourvue d'ambigüité et par des faits pertinents, surtout s'il en découle pour l'une des parties l'abandon de sa souveraineté sur une portion de son territoire. L'adoption du décret du 1er avril 1960 – que le Gouvernement de Paris prétend avoir édicté dans le cadre de sa

[32] A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-malgache sur les Iles Eparses du Canal de Mozambique », *Revue juridique de l'Océan Indien,* n° 11, 2010, p. 145.

[33] CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaysie/Singapour),* arrêt du 23 mai 2008, *CIJ Recueil 2008,* p.50, par. 120 ; voir aussi, par exemple, *Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thailande), exceptions préliminaires,* arrêt du 26 mai 1961, *CIJ Recueil 1961,* p.17 et 31.

souveraineté originaire[34] – viendrait confirmer ces droits de la France sur les Îles Éparses. En effet, le transfert de souveraineté découlerait alors de l'acquiescement du Gouvernement malgache (1) à la souveraineté française au moment de son indépendance, de la consolidation des droits de la puissance colonisatrice et du contrôle effectif de l'île immédiatement après l'indépendance de Madagascar (2).

1. L'acquiescement du Gouvernement malgache à la souveraineté française sur les Îles Eparses

Comme nous l'avons vu précédemment, il est de jurisprudence constante que la date critique, à laquelle les délimitations coloniales deviennent des frontières internationales, soit la date de l'indépendance du territoire anciennement non autonome. La situation ultérieure peut jouer un rôle d'interprétation ou de preuve de la situation existante lors de l'accession à l'indépendance. Dans certains cas, par le biais de ces faits ultérieurs, la souveraineté sur un territoire peut passer à un autre État en l'absence de réaction de celui qui la détenait face au comportement de cet autre Etat, c'est-à-dire face à des manifestations concrètes de l'exercice de la souveraineté territoriale[35]. Toutefois pour que le titre soit déplacé, il faut le consentement de son titulaire. Selon cette thèse de l'acquiescement, le démembrement opéré par le décret du 1er avril 1960 aurait été fait avec l'accord tacite du Gouvernement malgache, à son indépendance, d'autant plus que celui-ci n'a pas contesté la validité dudit décret pendant une dizaine d'année jusque dans les années 1970.

Par définition, l'acquiescement équivaut à « *une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement* »[36]. Selon M.G. Kohen, l'acquiescement obéit à certaines conditions cumulatives : la connaissance des actes ou thèses auxquelles on acquiesce, l'intention de s'engager (dans la direction indiquée par le comportement adopté), la charge de réagir, une acceptation « claire et constante » et que le consentement ne soit pas vicié et légalement possible[37].

En outre, dans la jurisprudence internationale, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de préciser que pour qu'il y ait abandon de souveraineté

---

[34] A. ORAISON, « A propos du différend franco-malgache sur les Iles Eparses du Canal de Mozambique », *op.cit.*, p.488.

[35] *Ile de Palmas (Pays-Bas/Etats-Unis d'Amérique),* sentence, 4 avril 1928, *RGDIP*, tome XLII, 1935, p.164 et 165 [version française]; voir aussi CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaysie/Singapour), op.cit.* par.121.

[36] Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique),* arrêt du 12 octobre 1984, *CIJ Recueil 1984,* p.305, par.130.

[37] M.-G. KOHEN, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *in Le droit international et le temps*, Société Française pour le Droit International, Colloque de Paris, Paris : Edition A. Pédone, 2001, p.131-161.

juridique, celui qui s'en prévaut devait prouver qu'il y a eu un acte volontaire d'abandon[38]. On pourrait estimer que le transfert de la souveraineté devrait être expresse de la part de celui qui le cède et non découler de faits implicites.

Tout d'abord, bien que la connaissance diffère de la prise de conscience de ce que l'acte incriminé pourrait avoir de nuisible pour le droit de l'État en cause, il est à souligner que la prise de conscience est déterminante en matière d'acquiescement dans le droit international[39]. C'est ainsi que, pour être opposables, les « *prises de possessions juridiques* »[40], à l'égard d'un territoire, doivent être publiques, que ce soit par des actes d'ordre interne, judiciaire, législatif ou administratif. Dans les faits relatifs à l'adoption du décret du 1er avril 1960, si la publicité est une condition *sine qua non* pour qu'une « prise de possession » sur un territoire soit opposable, le Gouvernement malgache ne peut être considéré comme ayant acquiescé à un acte, dès lors relevant du droit interne français, qui n'a été rendu publique que dans le *Journal Officiel de la République française* du 14 et 16 juin 1960, soit la veille de l'adoption de la loi d'approbation de l'indépendance de Madagascar, le 17 juin 1960, quatre jours avant la Déclaration de l'indépendance de la République de Madagascar (26 juin 1960) alors que les accords franco-malgaches avaient été signés. Ce qui pourrait amener à considérer que le Gouvernement malgache était devant le fait accompli.

En outre, une des thèses que la France pourrait faire valoir concernerait la remise des documents relatifs aux Îles Glorieuses (21 pièces) et Juan de Nova à l'Ambassadeur de France à Antananarivo le 5 mai 1962 pour étayer l'acquiescement du Gouvernement malgache à la souveraineté française sur ces îles. Ce point de vue pourrait être contesté du point de vue juridique car des documents administratifs ne peuvent, en aucun cas attester de l'exercice de la souveraineté sur un territoire. En effet, ces documents administratifs étaient composés, pour la plupart, de titres domaniaux qui sont, juridiquement, des actes déclaratifs attestant de l'existence de droit réel immobiliers sur un territoire. Ils relèvent alors du droit privé. Il serait inconcevable que le transfert de tels documents équivaille au transfert de la souveraineté, même si cela s'est fait par acquiescement du Gouvernement malgache.

Ensuite, compte tenu de l'importance, en droit international et dans les relations internationales, de la souveraineté étatique sur un territoire et du caractère stable et certain de celle-ci, tout transfert de souveraineté, basé sur le

[38] CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)),* arrêt du 12 octobre 2002, *C.I.J. Recueil 2002,* p.353, par.68.

[39] P. CAHIER, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim,* Genève : Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1968, p. 242-244 et 262.

[40] On entend ici l'acquisition de la souveraineté sur un territoire.

comportement devrait se manifester clairement et sans ambiguïté « *au travers de ce comportement et des faits pertinents* »[41]. C'est particulièrement le cas concernant l'abandon de la souveraineté sur une partie du territoire. Des éléments sont à prendre en considération pour déterminer la portée juridique d'un comportement dans une circonstance déterminée. Tel est le cas dans la relation qu'entretient une puissance coloniale avec son ancienne colonie, au regard du poids respectif des acteurs ou bien du danger d'une attitude inamicale[42]. Un choix fait dans des conditions d'inégalité peut expliquer le retard d'une protestation dans les circonstances qui, normalement, auraient pu provoquer un acquiescement[43]. Cette relation pourrait être à l'origine du retard de la revendication malgache. En effet, Madagascar entretenait des relations politiques, économiques et diplomatiques très étroites avec la France en tant que Membre de la Communauté. Une attitude inamicale aurait pu conduire à une déstabilisation de ces relations et avoir un effet néfaste sur tous les points de vue étant donné qu'au moment de la naissance du litige, Madagascar était en phase d'entrer dans la société internationale par le biais de son indépendance.

2. La thèse de la prescription acquisitive

Le droit international s'est structuré à partir du fait étatique. Son support y trouve alors logiquement une place particulière[44]. Il est alors, sinon incontestable, que les limites du territoire correspondent aux effectivités de la puissance publique. Si les textes législatifs et administratifs, ainsi que les « effectivités coloniales » étaient confus et contradictoires concernant l'attribution des îles, il serait alors approprié d'examiner le comportement des États pendant la période qui a immédiatement suivi l'indépendance. Ainsi, les revendications formulées et la réaction – ou l'absence de réaction – qu'elles ont suscitée pourront faire la lumière sur l'idée que l'on se faisait alors de ce qu'était ou avait dû être la situation au moment de la date critique[45] et ainsi impliquer ou non la prescription acquisitive.

Selon D.H.N. Johnson: « *Acquisitive prescription is the means by which, under international law, legal recognition is given to the right of State to exercise sovereignty over land or sea territory in cases where that State, in fact, exercised its authority in a continuous, uninterrupted and peaceful manner over the area concerned for a sufficient period of time, provides that all other interested and*

---

[41] CIJ, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaysie/Singapour), op.cit.,* par.122.
[42] M.G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale,* Paris : PUF, 1997, p.345.
[43] Voir à ce propos le Document des Nations-Unies A/SPC/34/SR 37 et 39, respectivement du 27 novembre 1979 et du 30 novembre 1979.
[44] CPIJ, *Vapeur Wimbeldon,* arrêt, 17 août 1923, *CPIJ Recueil 1923, série A, n°1.*
[45] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua, (intervenant)), op.cit.* par. 333.

affected States have acquiesced in this exercise of authority »[46]. La prescription acquisitive est alors caractérisée par deux éléments principaux : l'exercice de l'autorité publique de manière continue, ininterrompue et paisible ; et l'acquiescement des États limitrophes, ou directement concernés, à l'exercice de cette autorité.

Par définition, la souveraineté est l'exercice de la plénitude des compétences susceptibles d'être dévolues à un sujet de droit international[47]. La France pourrait arguer que les Îles Éparses étaient initialement des territoires sans maître, des *terra nullius*, la base de la souveraineté étant alors celle de l'occupation effective[48]. Ce principe de l'occupation effective est le plus souvent utilisé en droit des gens et la jurisprudence a élargi son champ d'application. Tel a été, par exemple, le cas de la sentence arbitrale à propos de l'Île Clipperton, situé au large du Mexique, qui faisait l'objet de différend entre la France et le Mexique. En effet, la sentence arbitrale reconnaissait l'effectivité d'une prise de possession sommaire du 17 novembre 1858 dans l'Océan Pacifique, l'exploration, la descente à terre et l'acte de surveillance[49]. La condition de l'exercice de l'autorité publique de manière continue étant alors remplie, la souveraineté de la France n'ayant plus été discutée ni contestée.

Mais cette thèse peut être réfutée, comme l'a démontré le Professeur A. Oraison, par le principe en droit international public selon lequel la souveraineté est un attribut exclusivement réservé aux États et « *l'occupation des territoires sans maître ne peut être mise en mouvement que par un État* »[50]. Ainsi, les particuliers ne peuvent prétendre une occupation acquisitive d'un territoire. Tel fut le cas, par exemple, de G. Caltaux qui avait planté un drapeau sur l'une des îles des Glorieuses vers la fin du XIXe siècle. Ce qui revient à dire que l'acte devant être pris en compte est celui par lequel la France a rattaché ces îles à l'administration de « Madagascar et ses dépendances ».

Ensuite, la prescription, en droit international, est différente de celle en droit interne en ce que les délais préétablis, au niveau international, pour mesurer la validité de la possession dans le temps, sont inexistants. Mais le temps, en tant que tel, dans le domaine international, n'opère pas le transfert de la souveraineté.

---

[46] D.H.N. JOHNSON, « Acquisitive Prescription in International Law », *British Yearbook of International Law*, 1950, p.353.

[47] P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris : Dalloz, 14ème édition, 2018, n°31.

[48] La thèse de l'occupation a été admise par divers arbitrages comme source d'un titre juridiquement valable, codifiée le 26 février 1885 dans l'Acte général de la Conférence de Berlin.

[49] Sentence arbitrale France-Mexique du 28 janvier 1931, *RGDIP*, Tome 39, 1932, p.129-132.

[50] C. ROUSSEAU, *Droit international public*, *Tome III*, Paris : Sirey, 1977, n°114, p. 151-152.

Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras)*, la CIJ avait conclu que bien qu'El Salvador ait formulé une revendication sur l'Île de Meanguera en 1854 (soit près de 33 ans après la date critique correspondant à l'*uti possidetis juris*), il avait pu être considéré comme souverain sur l'île en raison de sa possession et du contrôle effectif[51]. Ainsi, le passage du temps n'est nécessaire que pour pouvoir constater l'effectivité d'une possession, ainsi que les attitudes adoptées par l'État dépossédé et éventuellement des États tiers[52].

Toutefois, dans la jurisprudence internationale, « *l'exercice réel, continu et pacifique des fonctions étatiques est, en cas de litige, le critérium correct et naturel de la souveraineté territoriale* »[53]. La reconnaissance par l'État possesseur des droits de la puissance adverse, ou même le simple engagement de soumettre le différend à un examen, à un débat diplomatique, interrompraient également le cours de la prescription[54]. Cette thèse doctrinale a été confirmée par la jurisprudence internationale, selon laquelle : « *Une autre circonstance, dont doit tenir compte tout tribunal ayant à trancher une question de souveraineté sur un territoire particulier, est la mesure dans laquelle la souveraineté est également revendiquée par une autre Puissance* »[55]. En effet, l'exercice de l'autorité publique de manière paisible est une des conditions de la souveraineté étatique. Sachant qu'il est passé plus d'une dizaine d'années de souveraineté pacifique de la France, c'est-à-dire sans revendication aucune, que ce soit de la part de Madagascar ou des États limitrophes. Par ailleurs, les revendications malgaches ne firent pas de long feu, elles se sont amenuisées au fil du temps. Doit-on en conclure alors une base de souveraineté ?

Selon le Professeur M. G. Kohen, ce n'est pas l'exercice du pouvoir étatique sur un territoire qui permettra de conclure à l'existence de la souveraineté territoriale. Un État peut exercer les compétences étatiques sur un territoire sans pour autant en être souverain. L'exercice des prérogatives de la puissance publique n'est pas le trait distinctif de la souveraineté, elle est sa conséquence[56]. Seule la faculté de disposition du territoire peut conférer à un État la souveraineté sur celui-ci.

---

[51] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua, (intervenant)), op.cit.*, par.367

[52] M.-G. KOHEN, « L'influence du temps sur les règlements territoriaux », *op.cit.*, p.141.

[53] Affaire *Ile de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas),* sentence arbitrale du 4 avril 1928, p. 10.

[54] E. ORTOLAN, « Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'Etat entre les Nations d'après le droit des gens public », Paris : Amyot, 1851, p.129.

[55] CPIJ, *Statut juridique du Groenland oriental,* arrêt du 5 avril 1933, *CPIJ série A/B no 53,* p.46.

[56] M.-G. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale, op.cit.*, p.76-77.

La question se pose alors de savoir si l'effectivité prime sur l'illégalité. Pour répondre à cette question, la CIJ, le 10 octobre 2002 avait accordé la primauté à la première. En effet, dans l'affaire opposant le Cameroun et le Nigeria, la Cour a préféré reconnaitre la validité du titre camerounais qui s'appuyait sur des traités antérieurs et postérieurs à la période coloniale, aux effectivités que le Nigeria invoquait, alors que ce dernier avait déployé sur la Presqu'île Bakassi un ensemble d'activités dont certaines sont généralement reconnues comme constituant l'expression de la souveraineté (créations d'écoles et d'équipements sanitaires, par exemple)[57]. La Cour rejeta ainsi clairement la théorie de la consolidation historique d'un titre qui prétendrait se fonder sur des effectivités contraires à la souveraineté que confère le titre fondé sur un instrument juridique internationalement valide[58].

En conclusion, si les effectivités ultérieures à la période de décolonisation doivent être prises en compte, cela pourrait amener à dire que le titre basé sur l'illégalité et qui perdure dans le temps pourrait être valable au niveau international. Cela ne saurait être juridiquement fondé. Comme le disait le poète H. Heine « *[c]ent ans d'usurpation ne font pas un an de droit* »[59]. Ainsi, il est souhaitable, sinon nécessaire, d'exposer quelles pourraient être l'issue pouvant amener les parties à trouver une solution.

II. La possibilité de résolution du litige

Malgré les revendications de Madagascar devant les instances africaines et onusiennes concernant la souveraineté de la Grande Île sur les Îles Éparses et les résolutions adoptées par lesdites instances, les négociations franco-malgaches semblent dans l'impasse (A). De ce fait, les procédures juridictionnelles et arbitrales semblent être l'issue probable de résolution du litige (B).

A. Des négociations dans l'impasse

La revendication des Îles Éparses par le Gouvernement malgache s'est cristallisée, au plan international par l'introduction d'une demande devant l'Organisation de l'unité africaine (actuelle Union africaine) puis devant les Nations Unies (1) dans les années 1970. Au niveau de la relation entre les parties,

[57] P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op.cit*, p.40.
[58] Voir de même dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, *CIJ Recueil 1951*, p. 116 ; *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt du 22 décembre 1986 (*CIJ Recueil 1986*, p. 554), la position de la Cour, en présence d'un conflit entre titre juridique et effectivités, allait vers la préférence du titre, sauf en cas d'absence totale de réaction de la part du possesseur du titre à l'égard des actions effectives de l'autre.
[59] H. HEINE, *De l'Allemagne*, Tome 2, Paris : Michel Lévy Frères, 1856, p.318.

la question de la souveraineté sur les Îles Éparses était reléguée aux affaires politiques secondaires, la politique de coopération économique étant estimée plus urgente. Aucun accord n'a ainsi pu être signé par les parties (2).

1. Une volonté politique tâtonnante devant les instances internationales

En réaction à la promulgation du décret de février 1978 instituant une zone économique exclusive autour des Îles Éparses, par la France, le Ministre des Affaires étrangères de la République démocratique de Madagascar d'alors avait fait une déclaration lors de la 31e session ordinaire du Conseil des Ministres de l'Organisation de l'Unité Africaine selon lequel les Îles Éparses revenaient géographiquement et historiquement à Madagascar. En conséquence, le Conseil des Ministres avait adopté une résolution dans laquelle celui-ci demandait au Secrétaire Général d'étudier le problème et en soumettre un rapport détaillé au Conseil des Ministres et exigeait le retrait de toute présence étrangère de ces îles[60]. En outre, dans cette résolution, le Conseil des Ministres avait affirmé l'appartenance de ces îles au continent africain.

Cette position africaine fut réitérée dans une résolution du Conseil des Ministres lors de sa 35è session ordinaire, en 1979. En effet, par cette résolution, le Conseil des Ministres, considérant qu'aucun effort de négociation n'avait été constaté de la part du Gouvernement français au regard des actes adoptés par les instances africaines et internationales, avait réaffirmé la souveraineté de la République démocratique de Madagascar sur les Îles Éparses. Par la même occasion, le Conseil des Ministres avait incité le Gouvernement français à amorcer les négociations bilatérales aux fins de restitution desdites îles à Madagascar et à renoncer à toutes mesures tendant à faire obstacle auxdites négociations.

Ces démarches sont restées inexistantes : d'une part, du fait du refus du Gouvernement français de l'époque de discuter sur la souveraineté de ces îles, estimant que celles-ci lui revenaient et d'autre part, par la mollesse de la volonté politique de revendication du Gouvernement malgache sur ces îles, qui était devenue une question secondaire les années qui suivirent.

En dépit de cette procédure devant l'Organisation pour l'Unité Africaine, Madagascar avait élevé sa revendication au niveau international, notamment au niveau du Groupe des non-alignés et des Nations Unies.

Ainsi, la Sixième Conférence des Chefs d'État ou de Gouvernement des pays non-alignés, qui s'est déroulée à La Havane, en septembre 1979, dans sa

[60] *Resolution on the Glorious, Juan de Nova, Bassas da India and Europa Islands*, Thirty First Ordinary Session in Khartoum, 7-18 July 1978, CM/Res. 642 (XXXI).

déclaration politique[61], avait réitéré la position africaine tendant au rattachement géographique et historique des Îles Éparses à Madagascar et demandé à ce que lesdites îles lui soient restituées. Elle considérait, en outre, que le décret du 1er avril 1960 constituait un fait juridique ayant amené à la séparation arbitraire de ces îles du territoire malgache.

La même année, le 12 décembre 1979, Madagascar avait déposé une requête aux fins de la réintégration des Îles Éparses devant l'Assemblée générale des Nations-Unies[62]. Cette dernière avait adopté une Résolution 34/91, lors de sa 94ème séance plénière, sur rapport de la Commission politique spéciale, la même année, intitulée « Question des îles malgaches Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India », reconnaissant le détachement arbitraire des îles du territoire national malgache et invitant la France à engager les négociations avec le Gouvernement malgache en vue de la réintégration desdites îles. L'Assemblée Générale est allée plus loin en demandant au Gouvernement français « *de rapporter les mesures portant atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de Madagascar et de s'abstenir d'en prendre d'autres qui auraient le même effet et pourraient affecter la recherche d'une solution juste au différend* »[63].

Toutefois, aucune solution n'a pu être trouvée car au niveau bilatéral, les négociations demeuraient infructueuses, les années qui suivirent ces différentes résolutions. Par ailleurs, ces dernières années, la revendication a connu un regain dans la société malgache. Bien que restée au stade de simple déclaration verbale, la solution de la cogestion sur les Îles Eparses avait été évoquée par le Gouvernement malgache, à l'image de celle entre l'Île Maurice et la France concernant l'Île Tromelin.

2. L'état des négociations au niveau bilatéral

Après un changement de régime en 1972, survenue dans la Grande Île, lorsque les nouveaux accords de coopération furent signés avec la France le 4 juin 1973, le chef de la délégation malgache déclara au cours des négociations de Paris que la question des îlots avait été soulevée par lui et qu'il lui avait été répondu que c'était là une « affaire de gouvernement » qui serait réglée ultérieurement[64]. Or, rien n'a été entrepris depuis lors.

En mars 1979, la tentative de négociation entre les Ministres des affaires étrangères de la France et de Madagascar, dans le cadre d'une négociation bilatérale avait échoué, dû en grande partie à la réticence du Gouvernement

[61] A/34/542, Annexe, Section I, par.100.
[62] A/34/245.
[63] A/RES/34/91.
[64] *RGDIP, Chronique des faits internationaux,* tome 92, 1978, p.671.

français[65]. Le Général Charles de Gaulle qui y voyait en plus un possible site d'expérimentation nucléaire refusa strictement, en 1961, toute idée de négociation avec Madagascar à leur sujet[66]. Par ailleurs, il est à noter que, n'ayant aucune preuve écrite et officielle de telles négociations pour appuyer l'existence de celles-ci, on pourrait se fonder sur la Résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies du 12 décembre 1979[67] selon laquelle le Gouvernement malgache avait maintes fois réitéré des dispositions à entrer en négociation avec le Gouvernement français en vue de trouver à la question une solution conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies mais que celles-ci n'avaient pas abouti.

En outre, la thèse de la cogestion a été abordée comme étant une option peu probable de résolution du litige. Cette cogestion aurait comme modèle celle établie entre la France et l'Île Maurice sur l'Île Tromelin. L'accord-cadre du 7 juin 2010, signé à Port Louis, entre la France et Maurice, évoque, dès son intitulé, cette vocation économique de la cogestion : *Accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Maurice sur la cogestion économique, scientifique et environnementale relative à l'île de Tromelin et à ses espaces maritimes environnants*. Il définit les obligations de chaque État dans les trois domaines économiques, scientifique et environnemental. La souveraineté n'étant pas abordé car l'accord n'évoque aucunement une « souveraineté partagée ». En outre, comme peut-on imaginer une « souveraineté partagée ». Ce système pourrait porter à confusion dans la pratique, pour le commun des mortels, mais dans son acception purement juridique, la cogestion n'implique pas le partage de souveraineté, étant donné qu'un seul État peut être souverain sur un territoire, mais tout en partageant certaine compétence avec un ou plusieurs autres États. Cette possibilité sera abordée plus loin dans l'exposé.

La question de la protection de l'environnement était abordée par la France comme constituant un des freins pour la restitution de ces îles à Madagascar. Cette thèse semble être infondée car la question de souveraineté n'empêche aucunement le fait que Madagascar requiert de la France son aide ou que la société internationale, par le biais des différents organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, contribue à la gestion du milieu marin de ces Îles Éparses.

---

[65] A. ORAISON, « A propos du différend franco-malgache sur les Iles Eparses du Canal de Mozambique (La succession d'Etats sur les îles Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India », *op. cit.*, p.467.

[66] P. RAKOTOMALALA, « Juan de Nova, du GAZ dans l'eau entre la France et Madagascar »,http://madagoravox.files.wordpress.com/2012/03/juan_de_nova_du_gaz_dans_leau_entre_madagascar_et_la_france.pdf

[67] A/RES/34/91.

Mais étant donné que les solutions juridictionnelles sont loin d'être abordées par les parties, cette pseudo-solution s'avère être le principal point sur lequel les parties pourraient trouver un consensus. Elle ne devrait pas être perdue de vue et ignorée si les procédures juridictionnelles ne venaient pas à aboutir.

B. Esquisse de solution du différend

Principalement, les différends concernant les questions de souveraineté territoriale, sont traitées soit par arbitrage, soit par le biais des juridictions internationales (1) : la Cour Internationale de Justice, principalement ; et pour le cas spécifique de la délimitation maritime, impliquant la détermination préalable de la souveraineté sur un territoire, ou les différends mixtes, la CIJ et le TIDM pourraient être compétent. Par ailleurs, la thèse de la cogestion ne saurait être remise aux oubliettes (2) en tant qu'alternative provisoire en attendant la solution finale du litige.

1. Les juridictions internationales, une difficulté apparente

La question de la souveraineté relève du domaine politique, principalement, dans son aspect de revendication. Mais cela n'empêche pas que celle-ci se base sur des arguments juridiques. Ainsi, dans le règlement des différends mettant en jeu la souveraineté territoriale, les modes de solutions politiques sont privilégiés (négociation, conciliation, enquête, ...). Si ceux-ci s'avéraient inefficaces, à ce moment-là interviendront les modes de solutions juridiques. Étant donné que le différend traite d'un sujet relatif au droit international, la CIJ et le TIDM pourraient être compétents. Il s'agit, en outre, d'un différend ayant une incidence sur la délimitation maritime, donc relatif au droit de la mer ; ce qui offre la possibilité d'introduire une requête mixte devant la lesdites juridictions internationales. Toutefois, cela n'empêche pas les parties de recourir aux procédures d'arbitrage.

Bien qu'il y ait plusieurs possibilités de résoudre le litige, au niveau juridictionnel, il serait approprié d'analyser leur faisabilité au regard des principes gouvernant ce mode de règlement des différends.

Tout d'abord, est un principe en droit international selon lequel aucun État ne peut attraire un autre État, à propos d'un différend entre eux, sans le consentement de ce dernier. « *Si l'on admet, en effet, qu'un État est souverain, il ne peut accepter d'être jugé et de prendre, ainsi, le risque d'être condamné et d'avoir à exécuter une décision prise à son encontre, sans y avoir donné son consentement préalable* »[68]. Ceci fait référence à la compétence consensuelle. Elle est valable tant au niveau de l'arbitrage (compromis d'arbitrage) que les

[68] M. DUBISSON, *La Cour Internationale de Justice*, Paris : LGDJ, 1964, p.146.

juridictions internationales. En effet, par exemple, le consentement des États est nécessaire pour que la CIJ puisse être compétente[69]. Ainsi, la compétence de la Cour requiert deux conditions cumulatives : le requérant doit être un État (article 34 du Statut de la Cour), l'existence du consentement des parties à être soumis à la juridiction de la Cour. Ce consentement peut se traduire par une déclaration de juridiction obligatoire de la Cour ou par un compromis entre les parties dans laquelle ces dernières acceptent de soumettre le litige à la Cour. Concernant la déclaration de juridiction obligatoire, seule Madagascar a soumis une telle déclaration devant le Secrétaire Général des Nations Unies le 2 juillet 1992, contrairement à la France. Un compromis doit donc être conclu entre les deux parties pour que la Cour puisse être compétente.

Toutefois, dans la pratique internationale, il existe une alternative pour le règlement de tels différends, en introduisant une requête mixte. Une telle requête mêle des problèmes entre deux espaces, il s'agit d'une délimitation composite concernant la délimitation maritime mais impliquant la détermination préalable de la souveraineté sur une partie du territoire. La question de la délimitation maritime étant « seconde » mais non secondaire. Elle est secondaire en ce sens qu'elle ne pourra être résolue qu'après que soit tranchée les questions territoriales[70]. Cette alternative avait été utilisée tant au niveau de la Cour Internationale de Justice que devant le Tribunal International du droit de la mer. C'est dans cette pratique que s'illustre l'adage en droit international selon lequel « la terre domine la mer », démontrant l'interconnexion entre ces deux espaces. Comme l'avait spécifié la CIJ, dans son arrêt concernant *l'affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, « *[t]outes les questions en litige [...] au sujet de la souveraineté sur les îles, des frontières maritimes et des eaux territoriales doivent être considérées comme des questions complémentaires formant un tout indivisible qui doit faire l'objet d'un règlement d'ensemble* »[71]. D'où l'importance de la question de la souveraineté territoriale dans la détermination des limites du territoire maritime d'un État.

Cette alternative découle de la CNUDM, dans ses dispositions concernant le règlement des différends relatifs aux délimitations maritimes. Bien que la doctrine soit divisée quant à la recevabilité des requêtes mixtes sur le fondement de la CNUDM[72], il est relevant de noter que dans la plupart des cas la question de

---

[69] CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), questions préliminaires,* arrêt du 15 juin 1954 *CIJ Recueil 1954,* p.32.

[70] Compte rendu d'audience n° 2000/19, *Affaire de la délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et Bahrein*, p.28.

[71] CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Barheïn (Qatar c. Bahrein), compétence et recevabilité, arrêt, CIJ Recueil 1994*, p.6, par.16.

[72] Voir en ce sens, par exemple: P.-C.RAO, « Delimitation Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: Settlement Procedures » *in* T.-M. NDIAYE and R. WOLFRUM (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, *op.cit.*, p.

la souveraineté territoriale est incidente dans un différend relatif à la délimitation maritime. L'irrecevabilité d'une telle requête dénaturerait complètement les dispositions de la CNUDM, relatives au règlement des différends, de son sens. De plus, n'est-il pas spécifié dans l'article 293 de la CNUDM que le droit applicable n'est pas uniquement celui découlant de la Convention mais aussi les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ?

Dans sa Partie XV, la Convention institue une obligation de recourir aux procédures contraignantes dans le cas où les négociations pacifiques n'auraient pas abouti. Le choix de ces procédures étant soit la Cour Internationale de Justice, soit le Tribunal International du Droit de la Mer, soit le tribunal arbitral (prévu en son Annexe VII), soit un tribunal spécial (prévu en son Annexe VIII). Les États n'ayant pas opéré un choix de procédure seront considérés comme ayant accepté l'arbitrage selon les procédures de l'Annexe VII[73]. Madagascar avait émis une déclaration tendant à reconnaitre la compétence du Tribunal international du droit de la mer pour les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de la Convention ; tandis que la France, dans sa déclaration, n'acceptait aucune des procédures susmentionnées pour la résolution des différends relatifs aux délimitations des zones maritimes, ou portant sur les baies ou titres historiques. Ainsi, étant donné la déclaration de la France excluant les procédures de la Section 2 de la Partie XV, le Tribunal international du droit de la mer ne saurait être compétent pour la résolution du litige.

Par contre, l'article 287 paragraphe 5 institue le défaut d'arbitrage. Il dispose que « *[s]i les parties en litige n'ont pas accepté la même procédure pour le règlement du différend, celui-ci ne peut être soumis qu'à la procédure d'arbitrage prévue à l'Annexe VII, à moins que les parties n'en conviennent autrement* ». Les parties ayant choisi différents moyens prévus à l'article 287 de la Convention, ils sont réputés avoir accepté la procédure d'arbitrage. Étant donné que les négociations sont, de plus, infructueuses, la procédure, à défaut d'être diplomatique sera arbitrale.

Il en ressort donc que l'issue la plus probable serait la voie arbitrale. En effet, en matière d'arbitrage, étant donné que la procédure est gouvernée par la loi des parties, comme en droit interne des contrats, l'arbitre ne détient ses pouvoirs que par le biais du compromis d'arbitrage et est limité à celui-ci. De ce fait, il est loisible aux parties de déterminer les bases et modalités de résolution du litige. L'arbitrage constitue ainsi une sorte de conciliation entre les parties mais dont la décision revient à une tierce personne et est obligatoire entre celles-ci. Mais encore faut-il que les parties consentent à recourir à une telle procédure.

877-897; *a contrario:* P.-C. IRWIN, « Settlement of Maritime Boundary Disputes: An Analysis of the Law of the Sea Negotiations », 8 *Ocean Dev.& Int'l L.* (1980), p.114.

[73] Art. 287 par.3 CNUDM.

Toutes ces procédures juridictionnelles mèneraient à une solution définitive du différend. Mais au regard des négociations dans l'impasse et la relative possibilité d'un recours devant les juridictions internationales, une solution provisoire pourrait être avancée en attendant une solution définitive au différend.

2. La thèse de la cogestion, une pseudo-solution

La thèse de la cogestion est une des solutions que les deux parties pourraient envisager comme solution à la résolution du litige. Il faut cependant noter que la cogestion ne saurait résoudre aucunement le litige entre les parties concernant la souveraineté sur les Îles Éparses ; elle pourrait être une alternative de coopération en attendant le moment favorable pour le règlement définitif du litige.

La technique de la cogestion est souvent utilisée dans les zones sensibles. La notion de « cogestion » se rapproche de celle de « *joint development* ». En effet, si la cogestion est définie comme étant « *une cogestion économique, scientifique et environnementale* »[74]; la *joint development zone* a été définie par le Juge T.A. Mensah comme étant la zone dans laquelle les États concernés auraient les droits et les responsabilités et profiteraient des bénéfices, au regard des accords ou des critères conclus entre eux[75]. À l'image du Traité de l'Antarctique du 1er décembre 1959[76], elle a vocation à la coopération des États tout en assurant une certaine neutralité au regard des questions relative à la souveraineté. Cette méthode est surtout utilisée dans le cas des chevauchements des délimitations maritimes opérées par les parties, tel fut le cas entre l'Australie et l'Indonésie (1989), la Malaisie et le Vietnam (1992), la France et l'Espagne dans la Golfe de Gascogne (1974), le Japon et la République de Corée et entre le Sénégal et la Guinée Bissau (1993).

L'exemple le plus marquant dans la région de l'Océan Indien serait l'accord conclu entre la France et l'Île Maurice du 7 juin 2010 relative à la cogestion économique, scientifique et environnementale relative à l'Île Tromelin et à ses espaces maritimes environnants[77].

Les formes de cogestion sont nombreuses : elle va de la simple exploitation des ressources biologiques et non biologiques à la définition d'une situation dans

[74] Telle que le spécifie l'Accord-cadre entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République mauricienne, le 7 juin 2010, signé à Port Louis.
[75] T.-A. MENSAH, « Joint Development Zones as an Alternative to Dispute Settlement Approach in Maritime Boundary Delimitation », *in* R. LAGONI and D. VIGNES, *Maritime delimitation*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.146.
[76] Nations Unies, *Recueil des traités*, 1961, n°57-78, p. 73-102.
[77] V. en ce sens, le projet de loi soumis, dans ce cadre au Sénat, [en ligne] https://www.senat.fr; R. LE MESTRE, « Cent hectares de sables et de corail », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, tome XXXII, 2014, p. 67-93.

laquelle les parties conviennent que l'une d'elles détiendrait la souveraineté formelle sur la zone en question tandis que l'autre recevrait une part du revenu généré par cette dernière[78]. Une cogestion sur les Îles Éparses ne résoudrait en aucune manière la question de la souveraineté. En effet, il faut distinguer la souveraineté sur ces îles des ressources que peuvent générer l'exploitation de la zone économique exclusive car la cogestion n'implique que la gestion de l'aspect économique et technique de l'île. Dans le cadre de l'Accord-cadre entre la France et Maurice, par exemple, il est précisé que celui-ci ne pouvait être interprété comme un changement de la position respective des deux parties en ce qui concerne la question de la souveraineté ou des compétences territoriales et maritimes sur l'Île Tromelin et les espaces maritimes environnants, ni comme une reconnaissance ou un soutien aux positions respectives des parties sur cette question. Ainsi, les questions relevant de la cogestion demeurent donc celles qui sont relatives à la protection de l'environnement marin et la conservation et la gestion des ressources biologiques marines, l'observation des phénomènes naturels et la recherche archéologique.

Toutefois, cette alternative, en tant qu'accord entre les parties, a la particularité d'être définie dans le temps, il est temporaire. Les États y ont recours pour éviter de longues et onéreuses procédures contentieuses durant lesquelles il serait impossible pour eux d'entreprendre des mesures visant à exploiter la zone en question. Comme le notait le Juge T.A. Mensah, «[...] *in some cases, the parties may find it possible to resolve their dispute by negociation or, failing that, by agreement to establish joint development zones as a practical interim agreement, pending a more opportune occasion for a final settlement* »[79].

Par ailleurs, elle constitue une option par laquelle les pays en voie de développement peuvent établir une coopération économique et technique, à défaut de moyens appropriés, pour exploiter de manière efficiente une zone maritime donnée, tout en œuvrant pour la préservation de celle-ci.

Ainsi, bien que cette alternative soit une solution opérant un gel de la question relative à la souveraineté, celle-ci mérite d'être prise en compte comme étant une possibilité dans le cas où aucune procédure, tant amiable que contentieuse, n'a pu être trouvée, pour l'instant. Elle permettrait d'ores et déjà aux deux parties de bénéficier mutuellement des richesses de la zone en litige. En effet, comme dans le cas de l'accord-cadre entre la France et Maurice, depuis

[78] Ce fut le cas dans l'accord entre le Bahreïn et l'Arabie Saoudite en 1958 dans lequel il était convenu que le Bahreïn recevrait la moitié des revenus générés par la zone tandis que l'Arabie Saoudite conserverait les droits souverains sur celle-ci. Texte dans J.-I. CHARNEY et L.-M. ALEXANDER (*eds.*), *International Maritime Boundaries, Vol. II,* Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, Report 7-3, p.1495-1497.

[79] T.-A. MENSAH, « Joint Development Zones as an Alternative to Dispute Settlement Approach in Maritime Boundary Delimitation », *op.cit.*, p.151.

2018, l'autorisation de ratification n'a pu encore être obtenu du Parlement français, d'où la question qui se pose quant à l'efficacité de tels accords[80].

En outre, elle serait conforme à l'esprit de la CNUDM qui, en ses articles 74 et 83, concernant respectivement la délimitation maritime de la zone économique exclusive et du plateau continental, énonce la nécessité pour les États de fournir tous les efforts possibles à la conclusion d'accords provisoires pour des raisons pratiques dans un esprit de compréhension et de coopération. Toutefois, *in fine*, cette disposition précise que de tels accords sont sans préjudice de la délimitation finale.

La cogestion est une alternative qui permettrait aux parties de bénéficier mutuellement des ressources générées par ces îles en attendant un moment propice pour la résolution du litige de manière définitive.

Toutefois, celle-ci peut présenter un grand danger : étant donné qu'un accord est nécessaire, des ambitions politiques ou économiques pourraient pervertir l'essence d'un tel mécanisme.

Conclusion

En définitive, cette étude laisse apparaitre que le différend franco-malgache constitue un différend original, tant dans sa genèse que ses aspects. En effet, si le principe de *l'uti possidetis juris* considère comme date critique le moment où un territoire non autonome acquiert son indépendance pour déterminer ses limites territoriales – et ainsi l'assiette de sa souveraineté territoriale, le principe de l'intégrité territoriale limite considérablement le pouvoir de disposition de la Puissance administrante dès l'instant où le territoire anciennement non autonome entre dans un processus de libération nationale. Par ailleurs, postérieurement à sa date d'indépendance, Madagascar revendiqua les Îles Éparses avec une relative volonté qui s'estompa peu à peu tandis que la France avait exercé des activités sur les Îles Éparses visant à entretenir « sa souveraineté » et préserver celles-ci, ce qui tend à considérer la thèse de la prescription acquisitive. Ainsi, le différend porte sur des intérêts contradictoires mais qui se valent dans la pratique internationale, surtout au niveau des principes de la décolonisation. Il est, en outre, un différend hautement politique, ce qui rend sa résolution assez difficile. Cet aspect peut se voir au niveau des négociations : d'une part, la volonté politique malgache de revendiquer ces îles tend à s'amenuiser au fil du temps, même si le différend est souvent abordé dans les discours politiques de ses dirigeants ; d'autre part, la

[80] P. CHAUMETTE, « L'Accord-cadre entre la France et Maurice sur la cogestion de l'Île de Tromelin. Modèle ou épouvantail ? », *Neptunus e-revue*, Université de Nantes, vol. 23, 2017/1, [en ligne] www.cdmo.univ-nantes.fr

France tient à maintenir sa position fermement. De plus, il semble, d'après notre étude, que la voie juridictionnelle est une issue relativement improbable du litige. Le seul point par lequel les parties pourraient trouver consensus, à l'heure actuelle, relève principalement du domaine économique : la cogestion des Îles Éparses. En partant du fait qu'une telle solution est provisoire, la question se pose de savoir : le litige concernant la souveraineté sur les Îles Éparses serait-il alors voué à être non résolu ?

Articles

SCIENCES POLITIQUES

Les enjeux du concept de vote blanc pour le régime démocratique malgache

—

Hypothèse sur les élections présidentielles de 2018

Bako Mahaliana RABARY-RANOVONA
Lauréate du Concours de mémoires « interrégional » de l'Océan Indien 2019,
Master II - Sciences Politiques, Promotion 2017/2018,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université d'Antananarivo, Madagascar

Résumé :

Le vote blanc est un comportement électoral qui s'insère progressivement dans les sociétés démocratiques actuelles. L'esprit du vote blanc a longtemps fait l'objet de controverses doctrinales, et sa reconnaissance en suffrage exprimé durant les élections nationales ne se constate que dans très peu de sociétés démocratiques. De plus, il revêt plusieurs facettes (« vote-sanction », indicateur de stabilité sociale, acte citoyen), tendant vers un rééquilibrage des relations entre la classe politique et la classe populaire. Mais l'aspect dominant que l'on retrouve dans les doctrines qui lui sont favorables reste la contestation de la qualité de l'offre électorale. Le vote blanc soulève différents problèmes tant juridiques que politiques et sociaux. Il est au centre de la vie publique et devrait être considéré comme gardien de la paix sociale, de la Justice et des droits de l'Homme qui fondent la Démocratie contemporaine. Toutefois, l'utilisation non-encadrée du vote blanc risque effectivement de bloquer le fonctionnement institutionnel de l'Etat.

Abstract:

The blank vote is an electoral behavior which is gradually becoming part of today's democratic societies. The spirit of the blank vote has long been the subject of doctrinal controversy, and its recognition in votes cast in national elections is found in very few democratic systems. Moreover, it has several functions ("sanction-vote", indicator of social stability, civic act), aiming for a rebalancing of relations between the political class and the class of the masses.

But the dominant aspect found in the doctrines that are favorable to it remains the challenge to the quality of the electoral offer. The blank vote raises various legal, political and social problems. It is at the center of public life and should be seen as guardian of social peace, justice and human rights which are the basis of contemporary democracy. However, its unregulated use could be a deadlock for the institutional functioning of the State.

En 2011, dans la ville colombienne de Bello, « un candidat qui se présentait pourtant sans adversaire a été rejeté par une majorité de 56,7% de votes blancs et n'a pas pu se représenter »[1]. En France, en Colombie, en Espagne, en Suède ou encore en Suisse, le vote blanc est une réalité politique de plus en plus ressentie. Un nombre croissant de mouvements citoyens s'insurge pour la reconnaissance du vote blanc comme vote exprimé dans les résultats électoraux. Mais qu'est-ce-que le vote blanc pour qu'il suscite un tel engouement dans la plupart des démocraties modernes ?

Le contexte démocratique implique que le pouvoir politique est détenu et exercé par le peuple. Selon Abraham Lincoln, c'est le « gouvernement du peuple par le peuple, pour le peuple ». La Constitution malgache en vigueur insiste sur la primauté de la souveraineté du peuple dans la République de Madagascar. À l'ère des temps modernes, compte tenu des contraintes géographiques et l'impossibilité pratique d'une **démocratie directe** dans la gestion des affaires publiques, plusieurs pays devenus démocratiques ont laissé place à une **démocratie représentative** à travers la voie électorale. L'aspect participatif n'en disparait pas pour autant grâce à la protection juridique contraignante des droits civils et politiques fondamentaux des citoyens (vote, information, opinion, parole et expression, manifestation, grève, initiative populaire, pétition) dans les textes internationaux ratifiés par le pays et dans la Loi fondamentale, ce qui maintient l'esprit d'une participation citoyenne au gouvernement de la cité. Désormais, il s'agit d'un **gouvernement démocratique indirect, électif et représentatif**.

Dans le système électoral, un **vote** représente la voix d'un citoyen, l'expression de son choix politique en fonction de l'offre électorale qui lui est présentée. En respect du principe fondamental de **représentativité**, les résultats des élections se doivent de refléter la volonté générale de l'électorat. Techniquement, on adopte la règle du **suffrage universel direct**, impliquant une victoire en faveur du candidat qui obtient la majorité des voix. Cependant, le calcul de cette majorité mérite mûre réflexion. Aux termes de l'un des principes fondamentaux de tout système démocratique repris dans la Constitution de la République de Madagascar : « la souveraineté appartient au peuple, source de tout pouvoir, qui l'exerce par ses représentants élus au suffrage universel direct ou indirect, ou par la voie du référendum »[2].

À mi-chemin entre abstention et participation électorale, le vote blanc se comprend généralement comme un acte par lequel l'électeur manifeste, lors d'une consultation électorale, son incapacité ou son refus d'exercer un choix parmi une

[1] A.-A. DURAND, « Que changerait la reconnaissance du vote blanc ? », *Le Monde*, 11 avril 2017 (mise à jour le 15 juin 2018) – www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/04/11/que-changerait-la-reconnaissance-du-vote-blanc_5109675843557770.html

[2] L.O. N°2018-008 relative au régime général des élections et des référendums, Préambule.

offre politique donnée. Le Grand dictionnaire encyclopédique Larousse définit vaguement sa matérialisation sans en préciser le fondement : « un bulletin de vote mis dans l'urne et sur lequel n'est porté aucun nom ni aucune mention »[3]. En matière électorale, le Dictionnaire du vote de Paul BACOT précise qu'il s'agit d'un « bulletin de vote qui, dépourvu de toute inscription, ne comporte donc l'expression d'aucun choix parmi ceux autorisés »[4]. Et techniquement, le Centre d'Information Civique souligne qu'« un bulletin blanc, c'est une feuille de papier blanc et vierge glissée dans une enveloppe »[5]. Généralement perçu comme un vote neutre, dénué de choix, il est classé dans la catégorie des votes non-exprimés à l'inverse des votes exprimés, jugés nettement plus explicites sur leur choix en fonction de l'offre électorale.

Historiquement, le vote blanc naît au cours de la période révolutionnaire lorsqu'est systématisé le vote par bulletin (Loi du 18 Ventôse an VI-1789). Sous le premier Empire, le Conseil d'État français rend un Avis daté du 25 janvier 1807 qui lui confère un semblant de statut. À l'époque contemporaine, depuis le début des années 1990, on a pu constater une augmentation palpable de son taux dans les résultats électoraux du référendum en date du 24 septembre 2000. En 2014, le droit français lui reconnait un statut particulier lors des élections par la loi du 21 février 2014. Quant à Madagascar, il s'agit jusqu'alors d'un comportement électoral mineur, méconnu par la société.

Sous la IVème République démocratique de Madagascar, les résultats officiels de la Commission Electorale Nationale Indépendante sur les récentes élections présidentielles de 2018 indiquent que le taux des votes non-exprimés (votes blancs et votes nuls confondus) a atteint les 7,20% aux côtés des 8% d'abstention. Au vu de la faible croissance du vote blanc depuis 2006, ce phénomène socio-politique reste jusqu'alors, très peu étudié. Pourtant, bon nombre de pays démocratiques ont commencé à reconsidérer ce concept pour tenter d'améliorer et de respecter au mieux la règle fondamentale de la Démocratie : la représentativité.

L'intérêt suscité par ce sujet intéresse principalement la recherche électorale qui est une branche à part entière de la science politique dont les travaux portent sur l'étude du comportement électoral d'une société. En l'occurrence, il s'agit de déceler les causes rattachées à l'émergence du vote blanc et son impact sur l'évolution des sociétés démocratiques. De plus, sur le plan conceptuel, il pose la question de savoir si le vote est nécessairement un choix parmi l'offre électorale

[3] Le Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, vol. 2, Parsi, Larousse, 1982, p. 1280 cité par A. ZULFIKARPASIC, « Le vote blanc : abstention civique ou expression politique ? », *Revue française de science politique*, 51e année, n°1-2, 2001. pp. 247-268. www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_2001_num_51_1_403618

[4] *Ibid*., Dictionnaire du vote de Paul BACOT, 1994

[5] *Ibid*., Centre d'Information Civique

donnée ou bien plus que cela. Qu'advient-il de la sincérité du vote et de la liberté d'opinion des citoyens dès lors que leur choix ne correspond ni n'exprime leur volonté ? La souveraineté du peuple dans le choix de son représentant politique semble prisonnière du jeu électoral dont elle est censée être la bénéficiaire principale. En l'occurrence, le comportement électoral du vote blanc semble pouvoir y remédier. Toutefois, face à son ambiguïté conceptuelle et les risques qu'il suscite pour le fonctionnement de l'État, il faut préalablement en préciser la portée et la compatibilité avec la situation sociopolitique et les pratiques électorales d'une société donnée. Il s'agit ainsi d'en déceler les origines, d'en déterminer la signification pour mieux l'aborder. Ainsi, l'étude se concentrera sur les éléments constitutifs du vote blanc, l'analyse des fondements théoriques de ce phénomène social-politique et de son « esprit » qui le font passer du statut de vote futile à celui d'atout pour la Démocratie.

Comme toute démarche scientifique, il ne peut y avoir ni d'analyse constructive pertinente, ni de conclusion cohérente et adéquate sans délimitation méthodique du problème à traiter. Au regard du droit positif malgache, il est pratiquement impossible de déterminer le nombre exact de vote blancs distincts des votes nuls. Ainsi, à défaut d'une approche quantitative, la présente réflexion reposera sur une approche qualitative des données amassées au cours des recherches sur le présent thème, en particulier pour préciser les points de vue contradictoires à partir desquels le phénomène du vote blanc sera traité.

Entre désintérêt et protestation politique, que représenterait l'expression du vote blanc pour le régime démocratique à Madagascar ? Autrement dit, le vote blanc sert-il ou handicape-t-il la Démocratie ? Depuis longtemps, il y eut débat sur le statut du vote blanc. Compte tenu de son émergence à Madagascar, il est urgent d'aborder la question. Dans le contexte démocratique actuel, la question du vote blanc soulève le débat entre le fond et la forme : le choix souverain des citoyens doit-il céder face à la contrainte procédurale de la continuité de l'Etat ou, une conciliation est-elle envisageable ?

Face à l'ampleur du sujet pour la Démocratie et les droits de l'Homme, et compte tenu de l'ambiguïté de cette notion encore peu étudiée et embryonnaire à Madagascar, il est primordial, avant de se positionner par rapport à la question posée, de commencer par un travail de conceptualisation. Ainsi, la question de fond relative à la reconnaissance du vote blanc en suffrage exprimé implique nécessairement de se lancer à la recherche d'un vote significatif dans le régime démocratique moderne (I), avant de tendre vers une nouvelle conceptualisation du vote blanc comme vote expressif et pilier de la démocratie représentative malgache (II).

I. À la recherche d'un vote significatif dans le régime démocratique moderne

Certes non-comptabilisé, l'existence du vote blanc dans les urnes a toujours été une réalité du processus électoral des régimes démocratiques. La croissance constante du taux de vote blanc aux élections dans différents régimes démocratiques a attiré le regard et l'attention des sciences sociales telles que le droit, la politique, la sociologie. À tel point que d'éminentes personnalités comme Olivier DURAND, Jérémie MOUALEK, Adélaïde ZULFIKAPARSIC, Olivier IHL, Yves DELOYE et bien d'autres encore ont analysé ce phénomène naissant dans les sociétés démocratiques actuelles. Plus encore, la littérature contemporaine, véritable reflet de l'évolution sociale, parle également de l'émergence de ce phénomène dans la société moderne. José de Sousa SARAMAGO, auteur de « La Lucidité », Prix Nobel de littérature en 1998, s'inspire du vote blanc comme expression du désenchantement politique des villageois.

La place du vote blanc dans le processus électoral soulève la question de la représentativité, fondement de toute démocratie moderne. L'enjeu est de taille pour la légitimité du candidat élu et la stabilité politique nationale. Ainsi, l'analyse portera d'une part, sur l'esprit du vote blanc dans le régime démocratique (A), et d'autre part, sur la question de savoir s'il représente une menace pour la Démocratie (B).

A. L'esprit du vote blanc dans le régime démocratique

Le vote blanc est classé comme vote non-exprimé dans la législation électorale en vigueur dans plusieurs pays. Or, voter signifie exprimer une opinion. Dans cette optique, est-ce que le vote blanc revêt un intérêt particulier pour la Démocratie représentative ? Pour y répondre, il faudra établir la compatibilité entre ces deux notions (1) et ensuite, analyser le vote blanc dans le cadre démocratique du comportement électoral malgache (2).

1. Compatibilité du vote blanc avec la démocratie représentative

En l'occurrence, l'objet de l'étude est d'établir l'existence d'un lien entre le vote blanc et le système représentatif dans le contexte démocratique. Cette étape est indispensable pour fonder les différents propos relatifs à l'interdépendance de ces notions qui sera expliquée à travers la conceptualisation originelle du vote blanc (a) et l'évolution du droit français sur son statut depuis l'avènement en 1830 de la Monarchie de Juillet (b).

a. Conceptualisation originelle du vote blanc

D'une manière générale, il s'agit de retracer la naissance et l'évolution du concept de vote blanc jusqu'à son inscription dans le droit positif malgache. Suite à la période coloniale, la nouvelle République malgache a largement repris le cadre normatif français d'entant tel que l'atteste le code électoral malgache actuel. De ce fait, pour comprendre le sens originel du vote blanc à Madagascar, l'évolution historique du système représentatif français paraît indispensable. L'analyse portera d'une part sur, la Révolution française et la naissance du vote blanc, et d'autre part sur la portée du vote blanc dans les résultats électoraux depuis l'avènement de la Monarchie de Juillet en 1830.

La matérialisation formelle du vote blanc par le vote par bulletin

Suite à la Révolution de 1789, la Convention Nationale française procède à l'élaboration de la Constitution de l'an I comme fondement de la Ière République (21 septembre 1792-18 mai 1804). Outre l'aspect politique, cette période représente un tournant considérable dans l'évolution du processus électoral français. Pour la première fois en France, le 21 septembre 1792, les élections ont eu lieu par le système du vote par bulletin. De ce fait, l'apparition du vote blanc est rendue possible par la loi du 18 Ventôse An VI en référence à l'article 31 de la Constitution de l'an III. Avant cela, seule l'abstention (signe de refus) était possible puisque les votes se faisaient à mains levées.

Dans ce contexte, le sens originel du bulletin blanc représentait d'ores et déjà la matérialisation du refus de l'offre électorale. En d'autres termes, s'abstenir de lever la main signifiait une contestation (ou un rejet) des propositions soumises au choix des citoyens. Dès lors, on peut constater que l'apparition du bulletin blanc comme choix politique disponible à partir de la Ière République est en réalité la matérialisation de la liberté d'expression et donc de révocation de l'offre électorale qui, avant l'instauration du vote par bulletin se manifestait par une abstention de lever la main. En clair, le bulletin blanc reflète l'idée originelle d'une contestation politique, et non d'un désintérêt. Il s'agissait dès le départ, d'un non-vote motivé et significatif. Grâce au basculement vers le vote par bulletin, l'apparition formelle du vote blanc dans le processus électoral garantissait le droit pour l'électorat, de révoquer les candidatures non-convaincantes. Par conséquent, l'éventail du comportement électoral comprenait : le vote conventionnel en faveur d'un candidat en lice, le vote blanc qui conteste l'offre électorale, et le vote nul qui ne respecte pas les règles procédurales de l'élection.

b. Le statut du vote blanc en France depuis l'avènement de la Monarchie de Juillet en 1830

Il aura fallu attendre les premières années du second Empire en 1850 pour que soit légalement posée la reconnaissance du vote blanc. Confirmant une

décision prise en 1839 par la Chambre des députés lors de débats portant sur la validation des élections législatives, l'article 30 du décret impérial du 2 février 1852 édicte que « les bulletins blancs, ceux ne contenant pas une désignation suffisante, ou dans lesquels les votants se font connaitre, n'entrent point en compte dans le résultat du dépouillement, mais ils sont annexés au procès-verbal »[6].

L'expression démocratique d'une insatisfaction politique

D'après Adélaïde ZULFIKARPASIC, on peut concevoir principalement le vote blanc en tant qu'expression politique. Selon la tendance actuelle, il est compris dans son sens originel comme révocation de l'offre électorale pour un choix compatible avec la demande de l'électorat. En clair, il s'agit de voter blanc intentionnellement suivant la conviction politique qu'aucun des deux candidats en lice ne sont compétents pour le poste. Ensuite, à un degré moindre, le vote blanc peut exprimer une abstention civique. Dans cette hypothèse, l'action est principalement motivée par le sentiment de devoir remplir une responsabilité ou obligation civique et citoyenne de voter, mais l'hésitation persiste entre les deux candidats de l'offre politique, d'où le choix du vote blanc. Toutefois, il se peut que ces deux comportements se confondent. Le vote blanc est une expression politique qui répond à une offre trop restreinte. Il exprime un sentiment de déception momentanée, lié à un contexte donné ou à l'égard de la politique en général. Il s'agit de faire passer un message, protester contre une offre politique qui ne convient pas.

Selon Bertolt BRECHT, celui qui combat peut perdre, mais celui qui ne combat pas a déjà perdu. Cette situation n'en devient pas pour autant problématique car au final, ces deux attitudes rejettent l'offre électorale proposée et reflètent par ce fait, une véritable insatisfaction politique. En l'occurrence, le refus de l'offre politique par le vote blanc s'oppose au principe du vote utile qui véhicule l'idée de choisir un candidat malgré l'insatisfaction personnelle de l'électeur. En outre, le vote blanc défend le principe d'un choix libre en faveur d'un candidat convaincant mais face à l'urgence des élections, la masse électorale devient l'otage d'un système démocratique dont elle ne détient plus la souveraineté d'antan. C'est un non-vote citoyen face à l'injustice du processus électoral.

Une « abstention cachée » de l'électeur

Au terme de son analyse, Adélaïde ZULFIKARPASIC découvre une troisième typologie du vote blanc : l'abstention cachée. C'est l'unique cas dans

[6] Cité par D. PAUVERT-ROPARS Dominique, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code Electoral et Circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », p. 3.

lequel le vote blanc est assimilé à l'abstention. Elle exprime un choix libre mais involontaire dicté par la pression sociale de l'entourage. Ce phénomène se retrouve surtout en milieu rural au sein duquel la participation citoyenne en matière électorale demeure un rôle essentiel pour la plupart des habitants. C'est une véritable abstention électorale car il n'y a aucune intime conviction qui guide le choix, donc, véritablement aucun intérêt pour la politique. Cela peut être causé par la déception face au pouvoir, un ras-le-bol, une méfiance, ou encore, l'absence d'impact direct de la politique publique sur le quotidien. Similaire aux deux acceptions précédentes par l'insatisfaction politique, elle s'en écarte diamétralement sur la volonté personnelle de ne pas participer au scrutin. En résumé, le vote blanc est le résultat d'un facteur extérieur mais pas inhérente au raisonnement de l'électeur. L'abstention suppose surtout une indifférence à l'égard de la politique. Elle n'est pas considérée comme une option rattachée au droit de vote mais plutôt comme une marque d'irresponsabilité sociale. Il en est ainsi en France et plus encore à Madagascar dont la majorité de l'électorat vit en zone rurale.

2. Le cadre juridique contradictoire du vote blanc

L'histoire des élections présidentielles, tant en France qu'à Madagascar, nous permet d'entrevoir l'évolution historique du vote blanc dans les deux systèmes. Madagascar constate l'apparition du suffrage universel sous la Ière République, notamment lors des élections présidentielles du 30 mars 1965[7]. Comparé au contexte du régime français, cela correspond à la deuxième élection présidentielle française en 1965[8] sous la Vème République. C'est la première élection à se dérouler au suffrage universel direct alors qu'initialement, le 10 décembre 1848, l'élection s'effectuait au suffrage universel masculin et alors qu'une décision prise en Chambre des députés, en 1839, a retiré toute valeur politique au vote blanc. Vide de sens, il représentait le contraire d'une expression politique. Il s'agit d'établir la reconnaissance légale stricto sensu d'une réalité sociale (a) avant d'appréhender le cas du vote blanc dans la société malgache (b).

a. La reconnaissance légale stricto sensu d'une réalité sociale

On peut supposer que l'existence perpétuelle et *de facto* du vote blanc lors des dépouillements ont mené vers une reconnaissance « négative » de son statut. Sa mention dans le code électoral français répond à l'unique nécessité de

[7] Des élections qui ont conduit à la proclamation de M. TSIRANANA Philibert comme Président de la République de Madagascar élu au suffrage universel, pour un mandat de 7 ans, renouvelable indéfiniment à l'époque.

[8] L'élection présidentielle française de 1965 a abouti à la proclamation de Charles de Gaulle comme Président de la République française élu au suffrage universel direct avec 55.20% des voix au second tour, pour un second mandat de 7 ans.

transparence pour garantir la crédibilité des élections. Au fil du temps, on remarque la constance du droit français qui regroupe dans la même catégorie, les votes blancs sans désignations et les erreurs de procédures qui annulent un vote, d'où l'amalgame en droit malgache. On constate que le vote blanc correspond tantôt à l'absence de sélection, tantôt à une erreur procédurale. La loi atteste de son existence matérielle mais se limite à cette seule constatation, à titre indicatif dans les procès-verbaux. On peut en déduire que le législateur a opté pour une simplification de la procédure électorale en neutralisant le statut du vote blanc, et pose implicitement l'idée qu'il est une anomalie dans le processus électoral.

Une pratique électorale désapprouvée et restreinte

Non considéré par les textes compte tenu de son statut équivoque, aucune mesure procédurale sur son utilisation n'a été prévue. La politique législative en matière électorale tend en premier lieu à promouvoir l'émission d'un choix, d'une sélection pour obtenir des élections crédibles et surtout décisives pour la représentation politique. Désapprouvé, le vote blanc n'est pas considéré comme un choix, ni même comme une expression politique. Des mesures contre sa propagation ont été prévues à commencer par la sensibilisation au bon déroulement de la participation électorale effectuée par divers acteurs publics comme la CENI ou autres membres de la société civile (KMF/CNOE, SEFAFI, FFE, SAFIDY). L'objectif est de maintenir « un système électoral à la fois performant du point de vue de la liberté d'expression, et pertinent en termes de verdict »[9]. C'est la finalité de toute élection démocratique. Restreint en droit français, on retrouve cette attitude anti-vote blanc, anti-abstention pour la validité des résultats électoraux. Ainsi, des mesures légales sont prévues pour faciliter le choix des électeurs et éviter toute confusion sur l'étendue de l'offre électorale, par exemple, l'interdiction de produire des bulletins blancs dans les bureaux de vote avant le scrutin. En effet, pour le législateur, il ne faut pas que ce phénomène social se propage, se généralise. Toutefois, les électeurs restent libres de leur action, ils ont le dernier mot. Quant au législateur, sa politique législative doit garantir la protection de leur choix pour la représentativité et la crédibilité des élections. En vertu du principe démocratique du vote libre et secret, le législateur ne peut forcer le choix des électeurs, ils restent totalement libres sur la décision à prendre.

En principe, ce que la loi prévoit doit être assuré de son plein effet juridique. De ce fait, le vote blanc, légalement prévu, devrait recevoir une certaine garantie matérielle de son utilisation ou au moins une procédure explicative sur les modalités de son émission durant le scrutin. Mais considéré comme une marge d'erreur inévitable, le vote blanc n'a donc pas à être perçu comme un choix et ne

[9] O. DURAND et A. MALAFAYE (Préface), *Le vote blanc toujours censuré – Quatre millions d'électeurs ignorés*, Paris, L'Harmattan, « collection Questions contemporaines », 2018, p. 11.

représente pas à Madagascar un comportement électoral. On ne peut inciter la population à boycotter les élections, c'est contraire au comportement électoral exigé dans la conception habituelle du vote.

Hiatus entre le droit positif et la réalité sociale malgache

D'une manière générale, comment le vote blanc est considéré au XXème siècle ? Quelle est la cause défendue par le vote blanc à Madagascar ? On constate l'apparition d'un mouvement social (« Tafafoha ») favorable au vote blanc à Madagascar, depuis 2006, qui se heurte malheureusement au *statu quo* du droit malgache face à la hausse des suffrages blancs et nuls. Aucune proposition de loi n'a été constituée en faveur de la question du vote blanc. Aucun débat parlementaire n'a porté sur un sujet pourtant crucial pour la protection de la souveraineté du peuple, pour la liberté d'expression et d'opinion. Du côté du juge, le contentieux électoral est l'occasion de reproduire une position constante depuis l'apparition du système électif à Madagascar, c'est-à-dire, le *statut quo* matérialisé par la confusion des votes blancs et nuls lors du dépouillement, et leur catégorisation en suffrages non-exprimés. Sachant que le juge a la possibilité de créer le droit par la jurisprudence, cette insensibilité par rapport à une réalité sociale pourtant significative pour la Démocratie et la stabilité du pouvoir suscite des questionnements notamment sur l'hypothèse d'un choix volontaire de ne pas céder à cette tendance. D'une certaine manière, cette hésitation à accorder du terrain au vote blanc peut se comprendre dès lors que l'objectif principal des élections vise à garantir la désignation d'un mandant politique. De ce fait, il s'agit de protéger la structure du gouvernement. Toutefois, cette situation porterait à croire que l'existence formelle d'un gouvernement passe avant la garantie de son caractère représentatif dans l'hypothèse où le candidat élu n'obtient pas véritablement la légitimité supposée être accordée par les élections.

Par ailleurs, la volonté de voter dépend du caractère convaincant des candidats sinon, le vote n'est plus vraiment l'expression d'un choix. Face au monopole de la violence légitime et du pouvoir public, la population doit avoir la possibilité de choisir librement et selon ses convictions le mandant adéquat qui se chargera de servir l'intérêt général. Corollairement, cela signifie la possibilité de dire non aux candidats puisque le vote comporte la liberté d'opinion, d'expression. De ce fait, il devrait intégrer la possibilité d'un non-choix visant le renouvellement de l'offre électorale. Il est à rappeler que le juge a pour mission de dire le droit, c'est-à-dire, ce qui est juste et équitable. Or, soumettre une offre non conforme aux exigences s'écarte de cette finalité.

b. Le vote blanc dans la société malgache

En l'état actuel du droit, le juge électoral malgache s'est limité à la proclamation des résultats électoraux en maintenant la position législative à

confondre votes blancs et nuls. Aucun revirement jurisprudentiel n'est jusqu'à présent constaté. *A priori*, on aurait pu se demander si le système électoral malgache n'avait pas délibérément écarté le sens originel accordé au vote blanc, c'est-à-dire, une abstention contestataire. En réalité, il n'a fait que suivre la tendance au moment de l'élaboration de sa législation. Une autre explication à ce silence réside également dans le fait que les réflexions socio-politiques et juridiques autour du vote blanc restent peu poussées, voire, inexistantes. Il a une signification politique considérable à travers son taux élevé mais reste juridiquement neutre dans les résultats officiels. D'où le débat actuel.

Les multiples facettes du vote blanc en France

En France, selon le sondage officiel de l'IFOP, le vote blanc serait classé comme premier parti de France, soit « 86% des français sont favorables à une VRAIE prise en compte du vote blanc »[10], comme suffrage exprimé. Mais pour quelle raison ? Depuis l'augmentation du taux de vote blanc lors du référendum du 24 septembre 2000, il y a une évolution du droit français qui tend à accorder une certaine considération au vote blanc. Certes, pas encore au point de lui accorder une place parmi les suffrages exprimés, mais le débat autour de cette question est lancé. Ainsi, des sondages réalisés notamment par l'IFOP et le CEVIPOF[11] ont fait apparaitre dans les résultats de leurs recherches que l'utilisation du vote blanc par la population surtout « urbaine » donnait un nouvel aspect à cette pratique qui, auparavant, était impopulaire et écartée. Par ailleurs, selon Olivier DURAND, leader de l'Association pour la reconnaissance du vote blanc en France, la réforme législative datant du 21 février 2014 est sans conteste une avancée démocratique en exigeant de séparer, dans les résultats, les bulletins blancs des bulletins nuls. Mais cela reste limitatif pour sa véritable efficacité.

Désormais en France, le vote blanc est le reflet du mécontentement d'une frange de la population. L'importance numérique du vote blanc ne pouvait plus supposer qu'il s'agisse d'une erreur de vote, d'autant plus que des revendications en faveur du vote blanc émergeaient rapidement au sein de la société française. Ce mouvement réfute et délaisse l'aspect abstentionniste du vote blanc pour soutenir le fait qu'il représente véritablement une autre expression politique à la disposition du citoyen dans la société. Par conséquent, le vote blanc s'apparente à un vote sanction contre un candidat décevant, un vote contestataire de l'offre électorale, donc contre le système politique en général.

---

[10] Synopia – Observatoire des gouvernances, « Sondage IFOP pour Synopia : 40% des français aimeraient voter blanc ! » publié le 28 mars 2017 https://www.synopia.fr/sondage-ifop-pour-synopia-40-des-francais-aimeraient-voter-blanc/

[11] Site de référence du CEVIPOF et IFOP, cité par Adélaïde ZULFIKARPASIC, « Le vote blanc : abstention civique ou expression politique ? », *ibid.*, www.persée.fr/doc/rfsp_0035-2950_2001_num_51_1_403618

La primauté du vote utile dans la pratique électorale malgache

Concrètement, priorité est faite à la nécessité d'avoir un dirigeant. En d'autres termes, la garantie du fonctionnement politique passe avant l'idéal politique confucéen, c'est-à-dire, la recherche de l'homme de bien qui correspond aux exigences éthiques et de compétence exprimées par la société malgache. Ainsi, sans que cela ait été imposé, le vote utile s'est instauré automatiquement comme le principe durant les élections à Madagascar. En outre, l'électeur qui participe aux élections le fait soit par conviction, soit par concession. Par conviction lorsque le candidat politique correspond véritablement au profil recherché par l'électeur tandis que par concession, celui du vote utile, lorsque l'électeur vote « par défaut », par résignation en faveur du candidat dont le profil laisse à désirer mais ne s'écarte pas vraiment des exigences préalablement établies. C'est en ce sens que l'on parle de voter pour le moins mauvais des candidats politiques. L'idée est que le vote émis doit exprimer une position politique, un choix parmi l'offre électorale pour être comptabilisé parmi les suffrages exprimés, contrairement au vote blanc et nul qui reste neutre, sans valeur.

D'une manière générale, même si le dépouillement du scrutin révèle une hausse des votes blancs et nuls, ils acquièrent le même poids que l'abstention électorale sans que l'acte intentionnel de voter soit pris en compte. Revêtu d'un caractère abstentionniste, le vote blanc a le même impact que « le fait de se tenir en dehors des consultations électorales (qui) trahissait un état éminemment répréhensible d'indifférence à l'égard de la société politique »[12]. La période électorale n'a d'objectif que de désigner un vainqueur. Les mesures relatives à l'amélioration du système politique se font *a posteriori* auprès d'institutions publiques démocratiques de médiation. Etant encore une nouveauté, le phénomène du vote blanc reste impopulaire à cause de l'incivisme électoral généralisé. Par conséquent, à Madagascar, le vote utile reste la pratique électorale majoritaire. Il ne satisfait pas véritablement les exigences mais convient aux besoins procéduraux politiques.

B. Le vote blanc, une menace pour la démocratie ?

Il est question d'éclaircir le contexte socio-politique relatif à une éventuelle reconnaissance du vote blanc en suffrage exprimé. Il s'agira de mettre en relief les propos antagonistes sur les enjeux tant juridiques, politiques que sociaux qu'il représente pour la santé du régime démocratique à Madagascar. En outre, *quid* de

[12] Propos d'Alain LANCELOT (Lancelot, op.cit., p.IX) repris par René REMOND, cité par Nonna MAYER, « Chapitre 7. Choisir…de ne pas choisir » in *Sociologie des comportements politiques*, Paris, Armand Colin, collection U, 2010, 288 pp. – www.cairn.info/sociologie-des-comportements-politiques--9782200354251-page-173.htm

la nature, de la perception, de la valeur et des considérations générales accordées au vote blanc au niveau international, et bien évidemment dans le cas particulier de Madagascar lors des élections présidentielles de 2018 ? Est-ce un avantage ou un handicap ? Une opportunité, un risque ou un véritable danger ? Il s'agit de développer d'une part, les contraintes techniques de la comptabilisation du vote blanc (1) et d'autre part, l'existence d'une revendication populaire au nom de l'égalité politique (2).

1. Les contraintes techniques de la comptabilisation du vote blanc

La doctrine majoritaire dominante défend l'idée que le vote blanc représente un danger pour la démocratie car n'en respecte pas les principes fondamentaux. Il s'agira ici de décrire et d'analyser les contraintes soulevées par la reconnaissance du vote blanc. Principalement, le politologue Dominique REYNIE relève deux motifs importants, tantôt la fragilisation du système de parti politique, tantôt, l'incitation au non-choix. De ce fait, la réflexion portera sur le vote blanc comme comportement électoral anti-démocratique, anticonstitutionnel (a) et sur le risque de blocage institutionnel et politique (b).

a. Le vote blanc, un comportement électoral anti-démocratique

La législation électorale malgache repose sur des principes dégagés par la jurisprudence de la Haute Cour Constitutionnelle tels que la non-régression des valeurs constitutionnelles rattachées notamment au mode de désignation des mandants politiques, du non-retour sur l'acquis juridique de l'État démocratique, de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[13]. Dans ce contexte, le vote blanc est considéré comme une incitation au désengagement citoyen et comme une dérive du système électoral.

Une incitation au désengagement citoyen

Les motivations de l'abstention pouvaient provenir d'une déception et d'un mécontentement à l'égard de la politique. Par ailleurs, « Pendant la colonisation, les Malgaches qui faisaient de la politique, c'est-à-dire [ceux qui] luttaient pour l'indépendance se faisaient tuer, tabasser ou emprisonner. Les Français ont alors inculqué aux Malgaches qu'il ne fallait pas faire de la politique car ils y risqueraient leur vie »[14]. L'influence de ce découragement extérieur se retrouve également dans d'autres pays. En Afrique sous la période de l'Apartheid,

[13] Loi Organique N°2018-008 du 11 mai 2018 relative au régime général des élections et des référendums, Madagascar, Préambule, p. 2.

[14] Propos de RASOLOARISON Jeannot (Univ-Tana, Forum de Gauche, Antsirabe, avril 2016) cités par RALAMBOMAHAY, Toavina, « Famaninona ny Malagasy no tsy mirotsaka amin'ny pôlitika – Pourquoi les citoyens malgaches ne s'engagent-ils pas en politique ? », Impression ECOPRIM, p. 8.

SIDELSKY encourage vivement MANDELA à renoncer à la politique en avançant les représailles que cela lui couterait[15]. Pourtant, on peut constater que sans la persévérance de MANDELA, son pays n'aurait pas connu sa libération historique.

Les abstentionnistes s'intéressent peu à la politique, ont peu de connaissance sur le système politique et perçoivent faiblement les enjeux des consultations publiques. C'est à se demander si le vote maintient sa finalité originelle. Dans cette logique, le vote blanc revêt un caractère très dangereux pour le système électoral et surtout la participation électorale. En effet, compte tenu de cet incivisme politique généralisé à Madagascar, le vote blanc devient une échappatoire à l'engagement citoyen dans la prise de décision. Ainsi, au lieu d'être un outil de contestation pour les « démocrates insatisfaits »[16], sa perception générale régresse pour redevenir une « abstention cachée » telle que présentée par Adélaïde ZULFIKARPASIC. Aux termes du rapport d'étude établi par Dominique PAUVERT-ROPARS sur les articles 57-1, 66 du Code électoral français et la circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct, l'état d'esprit ou la conviction qui précède ce choix se résume à l'interrogation de G. GEOFFROY : « pourquoi s'exprimer, en effet, si ce n'est pour prendre une décision ? »[17]. Selon E. ZUCCARELLI, « loin de guider l'électeur vers la citoyenneté, on veut promouvoir, en le caressant dans le sens du poil, un consumérisme grognon où chacun exprimera plutôt des insatisfactions que des volontés, ne votant pas pour quelque chose ou pour quelqu'un mais pour envoyer des avertissements ou des cartons jaunes tous azimuts ! »[18]. Selon cette thèse, le vote blanc est de nature plurielle et indéterminée. C'est un vote d'hostilité[19] pour les résultats électoraux. En effet, on n'en connait pas le sens exact d'où le renvoi à la valeur de vote nul. Dans cette optique, le vote blanc est véritablement un comportement contre la participation électorale.

---

[15] N. MANDELA, *A Long Walk To Freedom*, Abacus, 1994, 768 pp., p. 101: "Nelson, you want to be a lawyer, don't you, If you get into politics, your practice will suffer. You will get into trouble with the authorities who are often your allies in your work. You will lose all your clients, you will go bankrupt, you will break up your family and you will end up in jail. That what will happen if you go into politics"

[16] R. MATTES, « La Démocratie en Afrique – La demande, l'offre, et le 'démocrate insatisfait'» – https://afrobarometer.org/fr/publications/pp54-la-democratie-en-afrique-la-demande-loffre-et-le-democrate-insatisfait

[17] D. PAUVERT-ROPARS, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code électoral et circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », *ibid.*, p. 9.

[18] *Idem.*

[19] *Idem*, p. 8. Propos de J. BRUNHES (PCF) cités par PAUVERT-ROPARS Dominique : « Le vote blanc est un vote équivoque, un vote d'hostilité : ce peut être un vote de censure des acteurs politiques ''tous pourris'', selon l'expression bien connue ».

Le vote blanc : une dérive du système électoral

Considéré comme une déviance, le vote blanc est une entrave à la règle de la majorité électorale. En effet, la Constitution malgache prévoit que le Président de la République est élu au suffrage universel direct à la majorité absolue. Or, dans l'hypothèse où le vote blanc serait considéré pour déterminer les résultats finaux, le vainqueur n'obtiendrait pas la majorité absolue. En France, en considérant le taux de votes blancs et nuls, le vainqueur aurait été élu à la majorité relative avec moins de 50% des voix[20]. Pourtant, il s'agirait là d'un résultat non-conforme aux exigences de la Constitution, donc non-valides. La considération du vote blanc dans le calcul des voix implique nécessairement la révision du texte constitutionnel sur les modalités électorales pour la désignation du Président de la République de Madagascar. Or, réviser la Constitution est un projet lourd de responsabilité. On ne peut changer indéfiniment le contenu des principes à valeur constitutionnelle.

Outre les élections présidentielles, les élections politiques législatives sont également concernées. C'est particulièrement à ce niveau que la considération du vote blanc représente un obstacle pour la répartition des sièges au niveau du Parlement. En droit constitutionnel, la règle de la représentation proportionnelle se comprend comme le *« mode de scrutin qui répartit les sièges entre les listes au prorata du nombre de voix qu'elles ont recueillies »*[21]. Concrètement, lors du décompte des voix, la difficulté réside dans l'obligation de laisser des sièges vides en fonction du nombre de votes blancs recensés. Lors des échanges et séances de votation de loi, les sièges attribués au vote blanc ne seront pas occupés car il n'y aura pas de représentant d'un « parti vote blanc » pour exprimer et défendre sa position. Ces sièges vacants risquent d'handicaper, voire même de paralyser le fonctionnement du pouvoir législatif.

b. Le risque de blocage institutionnel et politique

Au regard de la législation électorale existante et de son impact sur le système politique, la comptabilisation des bulletins blancs susciterait de multiples inconvénients. Entre autres, elle tendrait non seulement vers la perte de crédibilité politique du représentant élu mais également, vers une fragilisation du système des partis politiques.

---

[20] Pauline Hofmann, « Certains présidents doivent beaucoup au manque de reconnaissance du vote blanc », L'Express, 28 mars 2013.
https://www.lexpress.fr/actualite/politique/elections/vote-blanc-certains-presidents-lui-doivent-beaucoup_1303639.html

[21] *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 21ème édition, 2014, p. 815, entrée « Représentation proportionnelle »

La perte de crédibilité politique du représentant élu

Selon J.-F. CLEMENT, « Vouloir prendre en compte les votes blancs dans la détermination des suffrages exprimés aura pour conséquence de décrédibiliser politiquement l'élu »[22]. Le terme « décrédibilisé » se comprend au sens de « délégitimé ». En droit constitutionnel, la légitimité se définit comme la « *Qualité d'un pouvoir d'être conforme aux aspirations des gouvernés, ce qui lui vaut l'assentiment général et l'obéissance spontanée. La légitimité n'est pas immuable : (la) légitimité démocratique (est) fondée sur l'investiture populaire des gouvernants* »[23]. Techniquement, selon Max WEBER, trois aspects servent de grille de lecture pour évaluer la domination légitime d'un candidat au pouvoir : la légitimité légale, la légitimité charismatique et la légitimité traditionnelle[24].

Ainsi, en l'occurrence, la crise de légitimité du pouvoir découlera du non-respect de la règle de la majorité absolue prévue par la Loi fondamentale. Plus précisément, la non-conformité à l'une des principales conditions légales et constitutionnelles fait naître le doute général sur le respect de la représentativité des élections, et par conséquent, sur la reconnaissance légitime du vainqueur à la majorité relative des voies exprimées comme véritable représentant politique de la population. En outre, la majorité absolue est une mesure de sécurité qui garantit le respect du pouvoir nouvellement instauré aux commandes pour exercer sa fonction jusqu' à expiration de son mandat politique. Bien que le vote blanc soit un rempart pour la liberté d'expression, l'impact de la majorité relative en tant que son corollaire durant les élections présidentielles présente un risque trop grand pour l'équilibre politique. Par conséquent, le mandat représentatif du Président de la République nouvellement élu n'aura pas la notoriété nécessaire pour obtenir la confiance publique et sa collaboration. Un tel environnement de méfiance risque d'aboutir à une rupture des échanges entre la classe politique et la classe populaire.

Une fragilisation du système des partis politiques

Le politologue Dominique REYNIE exprime « la crainte que la reconnaissance du vote blanc entraine son expansion électorale, fragilisant ainsi le système des partis politiques »[25]. Clairement, l'insertion d'une pratique certes démocratique mais « déchainée » et difficilement contrôlable serait en

[22] D. PAUVERT-ROPARS, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code électoral et circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », *ibid.*, p. 8.
[23] *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, entrée « Légitimité », p. 556.
[24] E. KAUFFMANN, « Les trois types purs de la domination légitime de Max Weber : les paradoxes de la domination et de la liberté », *Sociologie* [En ligne], n°3, vol. 5, 2014 – http://journals.openedition.org/sociologie/2393
[25] D. PAUVERT-ROPARS, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code électoral et circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », *ibid.*, p. 8.

contradiction avec « le principe fondateur de la Démocratie selon lequel toute personne qui veut contester l'offre politique peut contribuer à l'améliorer en se présentant lui-même comme candidat ou en militant au sein d'un parti »[26]. Cela reviendrait à ternir, voire à remettre en question la place et l'utilité des partis politiques dans la vie publique puisqu'en principe, un parti politique tend à intégrer les citoyens intéressés par la chose publique dans le processus de développement national par la possibilité de se présenter aux élections. Bien évidemment, un tel engagement se fait sur présentation d'un programme politique et sous-réserve de remplir les conditions légalement prévues[27].

À la différence du vote blanc, l'établissement d'un parti politique atteste et démontre véritablement l'engagement du citoyen pour l'amélioration de la vie de l'État. La survie et la continuité du gouvernement sont au centre des préoccupations. Or, l'expansion de cette pratique électorale implique le risque de nouvelles élections répétitives tant qu'il y aura un taux beaucoup trop élevé de votes blancs. C'est en ce sens qu'il s'agira d'un véritable blocage institutionnel, et plus particulièrement, d'un blocage pour la gestion des affaires publiques. Le dilemme du vote blanc est qu'il permet, certes, de contester l'offre électorale sans pour autant y remédier, contrairement au parti politique. Au final, comme le soutenait J. BRUNHES, on peut facilement croire que le vote blanc est « un vote d'hostilité : ce peut être un vote de censure des acteurs politiques dits 'tous pourris', selon l'expression bien connue »[28].

2. Une revendication populaire au nom de l'égalité politique

Les partisans du vote blanc peuvent être assimilés aux femmes discriminées dans la mesure où ces deux groupes de personnes se sont vu refuser, à des degrés différents, la reconnaissance de leur droit de vote. Si la révolte féministe accusait un traitement inégalitaire basé sur le genre, le vote blanc quant à lui dénonce une discrimination basée sur une conception erronée de son statut. De ce fait, à travers le rétablissement d'une égalité politique entre les partisans du vote blanc et les électeurs conventionnels (qui désignent un des candidats proposés), le mouvement social veut révéler le « vrai visage » du vote blanc pour rectifier la perception générale à son égard et espérer une révision du code électoral. Il est question d'établir les principales raisons théoriques politiques à l'origine de la revendication du vote blanc. Peut-on dire qu'il y ait une démocratie représentative effective sans la reconnaissance du vote blanc ? Les réflexions tournent désormais

[26] *Idem*
[27] Loi N°2011-012 du 9 septembre 2011 relative aux partis politiques www.justice.mg
[28] D. PAUVERT-ROPARS, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code électoral et circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », *ibid.*, p. 8.

autour de la reconnaissance du vote blanc (a), on constate l'existence d'une conviction politique embryonnaire à Madagascar à ce sujet (b).

a. Autour de la reconnaissance du vote blanc

Loin de traiter d'une simple question de procédure électorale, il s'agit de s'interroger sur l'acte du vote lui-même et sa signification dans une démocratie moderne. En effet, la performance et la crédibilité des élections doivent assurer à l'électeur qui s'est déplacé pour aller voter, que le bulletin qu'il a déposé dans l'urne aura une valeur numérique et ne sera plus considéré comme quantité négligeable. Ainsi, il est non seulement question de la protection d'un droit civique fondamental qu'est le droit de vote mais aussi de la constatation d'un comportement électoral valide mondialisé.

La protection d'un droit civique fondamental : le droit de vote

Juridiquement, selon la définition constitutionnelle du vote, il s'agit d'un « Acte par lequel un citoyen participe, en se prononçant dans un sens déterminé, au choix de ses représentants ou à la prise d'une décision »[29]. Quant aux élections, toujours selon la conception constitutionnelle, c'est un « choix par les citoyens de certains d'entre eux pour la conduite des affaires publiques. Ce procédé permet aussi aux électeurs de choisir indirectement une orientation politique »[30]. Dès lors, la raison d'être des élections et du droit de vote est véritablement d'exprimer une position politique. Dans cette optique, le non-choix en est une comme le soutient Nonna MAYER lorsqu'elle évoque la possibilité de « choisir…de ne pas choisir », ce qui n'était pas le cas avant car « il ne semblait pas que des phénomènes par définition négatifs puissent faire l'objet d'une investigation positive »[31] ; « Ce refus actif de choisir entre les deux compétiteurs du second tour exprime à l'extrême une tendance forte de ce scrutin : l'incapacité commune aux deux candidats à entrainer une puissante adhésion »[32]. Jérémie MOUALEK, chercheur en sociologie politique à l'Université d'Evry, explique que la catégorisation législative du vote blanc et nul comme « suffrage non-exprimé » masque une réelle pluralité des contestations, « cela montre à quel point la légitimité des candidats est de plus en plus mis à mal et que l'offre politique a du mal à s'adapter aux citoyens »[33]. Par ailleurs, il rajoute que « le vote blanc et nul atteste une forme d'exclusion d'une partie de la population et d'exclusion de

[29] *Lexique des termes juridiques, op. cit.,* entrée « Vote », p. 970.
[30] *Idem* « Election », p. 380.
[31] Reprise des propos de René REMOND par Nonna MAYER in *Sociologie des comportements politiques, op. cit.,* p.173
[32] A. ZULFIKARPASIC, « Le vote blanc : abstention civique ou expression politique ? », *ibid.*
[33] J. MOUALEK, « Ces votes témoignent surtout de rapports socialement différenciés au politique », Chaire citoyenneté - la minute recherche, Science Po Saint-Germain-En-Laye, 2017 chairecitoyennete.com/17297-2/

plusieurs formes de prises de parole qui ne trouvent pas leur place dans l'espace public »[34]. En ce sens, une proposition de loi du 22 mars 1880 pour la prise en compte du vote blanc en suffrage exprimé a été soutenue par l'idée que « Peu importe qu'aucun candidat ne convienne, mettre dans l'urne un bulletin blanc, c'est voter. La conscience de chacun est donc respectée, la liberté ne reçoit pas d'atteinte »[35].

Un comportement électoral valide mondialisé

Par l'importance des revendications favorables au vote blanc, on peut constater que ce phénomène véhicule un message politique lourd de sens et non-négligeable. Entre autres, un début de conscience politique au niveau du citoyen guidé par la conviction que même voter blanc, c'est s'exprimer. Dans les autres régimes démocratiques européens, certains pays ont reconnu, à des degrés différents, le statut et la portée du vote blanc. Tel est notamment le cas de la Suisse concernant certaines élections et les référendums. D'autres ont véritablement instauré le vote blanc comme suffrage exprimé dans leur processus électoral. Tel est le cas en Suède ou en Colombie où sa victoire aux deux tiers des suffrages annule les résultats pour un renouvellement des élections. En Afrique, ce phénomène est encore très faible voire inexistant ; par contre, les contestations postélectorales sont fréquentes et s'expriment par des soulèvements populaires agressifs. Quant à Madagascar, le mouvement du vote blanc existe mais de façon embryonnaire. Dans l'ensemble, il s'agit de citoyens qualifiés de « *démocrates insatisfaits* »[36], par rapport à l'offre de démocratie.

En France, Adélaïde ZULFIKARPASIC relève qu'« il y a presque autant d'électeurs qui se sont déplacés jusqu'à leur bureau de vote pour cautionner l'action d'un parti au Gouvernement […] que d'électeurs qui se sont déplacés pour voter blanc, *en décidant sciemment de ne cautionner l'action d'aucun parti*. Le fait que le vote blanc réalise un score pratiquement aussi élevé que celui d'un parti de gouvernement fait de ce comportement électoral un phénomène non-négligeable. Ceci d'autant plus que certains partis n'atteignent même pas le résultat obtenu par le vote blanc »[37]. Cette affirmation reflète le cas concret de Madagascar lors des élections présidentielles de 2018 lorsque la majeure partie des candidats politiques n'ont même pas dépassé 1% des voix, contrairement aux 7,20% de votes blancs et nuls confondus. Cela rejoint les propos de l'entité

[34] *Idem*

[35] Selon les propos tenus par M. BARDOUX le 13 juillet 1880, cités par D. PAUVERT-ROPARS, « Le vote blanc – article 57-1, 58, 66 du Code électoral et circulaire sur le déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct », *ibid.*, p. 7.

[36] R. MATTES, « La Démocratie en Afrique – La demande, l'offre, et le 'démocrate insatisfait' », *ibid.*, p. 2.

[37] A. ZULFIKARPASIC, « Le vote blanc : abstention civique ou expression politique ? », *ibid.*

Afrobaromètre lorsqu'elle remarque « des citoyens […] qui adoptent une perspective critique envers les dirigeants et institutions actuels de leur pays, autrement dit, des citoyens qui demandent la Démocratie et pensent qu'ils ne l'ont pas »[38].

b. Une conviction politique embryonnaire à Madagascar

On peut retenir de ce qui précède que, non seulement le vote blanc ne porte pas atteinte aux fondements de la Démocratie mais bien au contraire, il les renforce à travers la protection du droit de vote libre, la considération des minorités et l'exigence de qualité envers la classe politique. Il en découle une véritable protection des droits humains et des libertés fondamentales. Quant au contexte sociopolitique et à l'opportunité de son insertion dans le système électorale à Madagascar, quelques difficultés subsistent pour l'exploitation de son potentiel maximum à commencer par la conception négative de tout acte de contestation populaire.

Étude du comportement électoral malgache

Les méthodes classiques de recherche électorale[39] permettent de comprendre les raisons à l'origine du vote. Selon l'approche socio-structurelle de l'école de Columbia « une personne pense, politiquement, comme elle est socialement. Les caractéristiques sociales déterminent les préférences politiques »[40]. Selon cette école, l'appartenance sociale impacte sur la décision de voter pour un parti. C'est le cas notamment des *variables sociologiques lourdes* comme le statut socio-économique (le niveau d'éducation, le revenu, la classe sociale), la religion, ou le lieu de résidence. À titre d'illustration marquante de l'histoire démocratique malgache, les élections présidentielles au premier tour en 1996 ont démontré que « L'électorat de D. RATSIRAKA se recrute avant tout parmi les plus pauvres et les moins éduqués. 62% des votants non-scolarisés se sont exprimés en sa faveur. […] (il) a obtenu 40% des suffrages des ménages du quartier le plus démuni […] ce sont surtout les informels et les chômeurs qui votent pour lui »[41]. En l'espèce, l'aspect socio-économique se caractérise par un niveau d'extrême pauvreté qui laisse présumer que cette théorie reste valable encore actuellement.

---

[38] R. MATTES, « La Démocratie en Afrique – La demande, l'offre, et le 'démocrate insatisfait' », *ibid.*, p. 2.

[39] P. SCIANIRI, « Recherche électorale : développement récents et application au cas de la Suisse », *Swiss Academies Communications*, Vol. 9, n°2, 2014, p. 6

[40] *Idem*, p.4

[41] F. ROUBAUD, *Identités et transition démocratique : l'exception malgache ?*, Paris, L'Harmattan, 2000, 256 pp., p.74

Et d'autre part, l'approche psycho-politique / psychosociologique de l'école de Michigan insiste sur les attitudes politiques, en particulier « *l'identification partisane* »[42]. Selon le célèbre « entonnoir de causalité » établi par cette école, l'identification partisane joue directement et indirectement un rôle décisif dans le choix de l'électeur, parallèlement avec deux autres facteurs : les attitudes par rapport aux candidats et aux personnalités politiques, et les attitudes par rapport aux enjeux politiques telles que le développe l'école du Michigan. En outre, cette théorie souligne que l'attachement durable à un parti politique peut provenir de l'enfance par la socialisation familiale. Si l'identification partisane peut influencer le vote du citoyen, sa perception des candidats et des enjeux politiques peut néanmoins évoluer et affecter son choix. En clair, l'identification partisane ne fait que favoriser une tendance politique par rapport à d'autres du fait de sa socialisation sur le long terme comme c'est le cas de certaines familles qui prônent leur appartenance politique à tel parti politique (ex. : AREMA, TIM, HVM, MAPAR) qui les ont convaincus auparavant. La nouvelle génération se trouve confrontée aux idéologies dominantes dans la famille et s'y plie. On y constate alors un phénomène de suivisme politique, comme dans la théorie précédente.

Le vote blanc : un droit de veto citoyen

Au cours des mandats politiques précédents, on a pu relever une tendance générale à discréditer la classe politique. En effet, « Près de 55% estiment que les hommes politiques ne pensent qu'à leurs intérêts personnels pour s'enrichir et/ou conserver le pouvoir. Ainsi pour la majorité de la population tananarivienne, la classe politique ne pèche pas tant par incompétence que par sa capacité de nuisance. Servir avant tout sa propre cause lorsqu'on est censé représenter une population ou gouverner un pays ne peut en effet que desservir l'intérêt général »[43]. Cette attitude hostile à l'égard de la classe politique critique en réalité l'incapacité des dirigeants élus et placés au pouvoir. En effet, depuis 1997, on a constaté un « désajustement profond entre les discours et les comportements émanant de la sphère politique d'une part, et les préoccupations de la grande majorité des citoyens d'autre part »[44].

Inspirée par le mouvement citoyen en France, en Suisse mais également dans d'autres pays de l'Amérique latine, l'association pour la reconnaissance du vote blanc à Madagascar, dénommée « Tafafoha » (qui signifie « être éveillé » en malgache) a progressivement émergé dans la capitale de Madagascar (Antananarivo) depuis 2006 mais reste à ce jour encore embryonnaire. En 2008,

[42] P. SCIANIRI, « Recherche électorale : développement récents et application au cas de la Suisse », *op. cit.*, p. 6.
[43] F. ROUBAUD, *Identités et transition démocratique : l'exception malgache ?*, p. 115.
[44] *Idem*, p.118.

cette position est renforcée par l'Organisation Non Gouvernementale KMF/CNOE qui soutient que c'est « le peuple qui a le dernier mot lors d'une élection car c'est par le vote qu'il choisit le projet de société qu'il souhaite pour son bien-être ». Selon le secrétaire général de l'entité : « si le taux d'abstention est encore susceptible de différentes interprétations, ce n'est pas le cas du vote blanc, et dans une certaine mesure celui du nul […] (qui) expriment un vrai choix des électeurs qu'il faut prendre en compte. Ils ont pris la peine de se déplacer pour exprimer leur désapprobation »[45]. C'est dans le respect de cette conception de l'acte électoral que l'ONG revendique la nécessité de reconnaitre et de comptabiliser le vote blanc. Elle insiste également sur l'existence d'un message politique que cette partie de l'électorat veut transmettre pour aboutir à des élections sincères, crédibles et performantes. Techniquement, pourvu qu'il soit reconnu comme suffrage exprimé, le vote blanc peut avoir un impact direct sur les résultats électoraux par le renouvellement de l'offre électorale, à condition d'atteindre un seuil préalablement établi. Concernant les élections présidentielles malgaches de 2018, selon les résultats officiels de la CENI confirmés par la HCC, le nombre de votes blanc et nuls s'élève à 386 946, soit un taux de 7,20% des bulletins de vote lors du dépouillement (5 367 550 bulletins de vote).

Le renouvellement de l'offre électorale

Avant les élections présidentielles de 2018, M. Patrick Nirina ANDRIAMAHEFA, leader de l'Association « Tafafoha », a publiquement soutenu de nouveau la cause du vote blanc lors d'une interview et sur les réseaux sociaux, et rejeté en conséquence la tendance générale au vote utile. En effet, face au dilemme d'un choix « entre la peste et le choléra », le leader de « Tafafoha » déclare qu'« il n'est pas question de boycotter dans la mesure où cela incite les électeurs à ne pas être responsable. Il faut voter, mais voter blanc »[46].

Les élections sont un « test de maturité » pour voir si les candidats sont à la hauteur des exigences de la population malgache. Face aux tendances opportunistes de certains candidats politiques, la possibilité de renouveler l'offre électorale est une aubaine tant pour la jeunesse politique que pour faire respecter les exigences qualitatives de la population. En effet, outre la capacité technique, selon les sondages auprès de la capitale, les électeurs sont quasiment unanimes sur la qualité principale que devrait avoir un homme politique digne de représenter la souveraineté du peuple. Entre autres, « un homme politique devrait avant tout faire preuve d'*honnêteté*. L'*éloquence* et le *sens de la diplomatie* […] sont estimés secondaires »[47].

---

[45] Alain ILONIAINA, « Madagascar : percée des votes blancs et nuls », *L'Express de Madagascar* (Antananarivo), 18 mars 2008.
[46] « Mouvement des votes blancs : Pas de boycott, mais ni Rajoelina, ni Ravalomanana ! », *Midi Madagasikara* , 1er décembre 2018 www.midi-madagasikara.mg
[47] F. ROUBAUD, *Identités et transition démocratique : l'exception malgache ?*, *op. cit.*, p. 119.

Toujours selon leurs propos, le respect du droit et de l'équité ne va pas de soi chez les hommes politiques. Les difficultés pour contrôler et condamner les actes illicites de ces derniers font que la population éprouve le besoin de souligner la prééminence de l'intégrité parmi les critères distinguant les hommes politiques dignes de ce nom. Cet aspect concerne l'éthique en politique, c'est-à-dire, les valeurs morales qui « constituent le ciment éthique de tout l'édifice démocratique »[48]. Cette alternative redynamiserait la participation électorale, redonnerait sa valeur au scrutin et au droit de vote. Mais surtout, elle rétablirait la souveraineté du peuple et la légitimité du pouvoir. Selon Paul-Émile LATOKI, « tout régime, même démocratique, qui fait fi des valeurs morales et éthiques, choisit, de son propre chef, le chemin de la décadence car cité sans éthique n'est que ruine de l'État »[49].

II. Nouvelle conceptualisation du vote blanc : un vote expressif et pilier de la démocratie

Pour résumer la première partie, il ressort des réflexions que le vote blanc est un acte intentionnel contrairement au vote nul. C'est un acte engagé dont l'émetteur est conscient de la réalité politique et milite en faveur de l'amélioration de l'intérêt général. Malgré les contestations de certains hommes politiques relatives à son aspect destructeur pour la Démocratie, l'Histoire montre que le vote blanc exprime une conviction politique valide et protectrice de la souveraineté populaire et que son exclusion du système électoral est le résultat d'une facilitation de ce processus. De ce fait, il n'est nullement question d'intégrer un nouveau choix politique à l'éventail électoral mais bien de rétablir une omission du législateur.

Considéré comme l'antichambre de la désobéissance civile, le vote blanc représente d'une manière générale, un moyen pacifique de défense dont l'impact sur la vie publique n'est pas négligeable. A l'image d'une révolution douce contre la médiocratie, ce phénomène défend l'idée d'un gouvernement aristocratique en luttant pour la qualité de l'offre électorale. Aristocratie, en effet, car il faut rappeler que le système de l'élection appartient en réalité au système aristocratique. Mais compte tenu du phénomène mondial de démocratisation et de l'enracinement de ses valeurs au sein de la société actuelle, le qualificatif de démocratie représentative apparait comme une représentation exacte de la réalité sociale : un contrat politique (l'élection) en quête de consensus entre le pouvoir et

[48] P.-E. LATOKI, « La crise de l'éthique et la fin de la démocratie athénienne » cité par D. MAVOUANGUI, *Ethique et Politique*, Vème Semaine Congolaise de Philosophie, p.25-44, Editions Paari, Paris, Brazzaville, juin 2004, p.26
[49] *Idem*, p. 44.

le peuple dont l'objectif commun tend vers la satisfaction du bien-être commun et une paix sociale durable. Il n'est pas question de renverser le pouvoir mais bien de garantir sa légitimité par l'assurance de la confiance publique à son égard. Loin de vouloir neutraliser l'État, il s'agit d'en contrôler l'efficacité, et par là-même de redynamiser la participation publique. D'ailleurs, le caractère universel du suffrage est remis en question, non seulement par les partisans du vote blanc mais également par les citoyens non-résidents d'un pays dont ils ont la nationalité : la diaspora.

De tout ce qui précède, il s'agit de considérer l'insertion du vote blanc dans les rapports de classes à Madagascar notamment comme véritable contre-pouvoir démocratique pacifique (A) et de se pencher sur l'avenir de la démocratie représentative vers une sécurisation de la souveraineté du peuple (B).

A. Un contre-pouvoir démocratique pacifique

D'une manière générale, la participation politique peut se comprendre comme l'ensemble des activités électorales et non-électorales par lesquelles les citoyens tentent d'influencer la sélection des dirigeants et leurs actions. Si l'idéal démocratique est le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » selon la formule d'Abraham Lincoln lors de son discours de Gettysburg en 1863, il suppose la participation de tous suivant le principe d'égalité. Or, au vu de la réalité politique, la possibilité de participer est inégale et socialement biaisée. La participation politique se conçoit plus facilement pour les classes supérieures, aisées et diplômées, tant par leur disponibilité que par les demandes adressées au système politique. Le hiatus entre l'idéal participatif et sa mise en œuvre dans les démocraties représentatives persiste jusqu'à présent. Dans ce contexte, il s'agit de présenter le vote blanc comme antichambre de la désobéissance civile (1) et de procéder à son aménagement dans la démocratie à Madagascar (2).

1. Le vote blanc, antichambre de la désobéissance civile

Dans cette optique, il s'agit d'un instrument stratégique de dissuasion. Le vote blanc, c'est le cri silencieux volontaire d'un citoyen lambda responsable qui ne veut pas voter par défaut. Il réclame le respect de sa liberté d'opinion et son droit à un vote considéré selon le principe « un homme, une voix » y compris en cas de vote blanc, étant établi qu'il exprime une véritable contestation, un refus de l'offre électorale. L'esprit de la révolution contre le pouvoir en place existe depuis l'apparition des sociétés primitives. Les rapports de forces entre dominants et dominés ainsi que la soif du pouvoir ont construit l'Histoire de l'Humanité. Il arrive encore que les conflits d'intérêts aboutissent à des affrontements violents, comme les coups d'Etat, les guerres civiles au cœur des crises politiques. Dans ce contexte, le vote blanc est un mode alternatif de contestation pacifique et

démocratique de l'action publique contemporaine, stratégique pour la société civile. Il sera question d'une nouvelle modalité de l'activisme pacifique en matière électorale (a) avant de l'aborder comme une action publique sécurisée par l'anonymat que procure le vote secret (b).

a. Une nouvelle modalité de l'activisme pacifique en matière électorale

Claude BARTOLONE rappelle que « de la démocratie découlent, en effet, deux exigences : que le citoyen ait le sentiment que sa volonté politique est pleinement représentée, et que cette volonté soit en mesure d'agir sur l'avenir collectif de la Nation. En d'autres termes : que le peuple souverain est maître de son destin »[50]. Or, la réalité politique en général est toute autre. Outre l'espace public habituel, les revendications militantes étendent leurs moyens d'action au domaine électoral grâce au vote blanc, conçu comme est un comportement électoral engagé en quête d'un idéal démocratique : « la résistance et la robustesse de nos institutions, loin de favoriser la vitalité de notre démocratie, l'asphyxiaient en partie. Comme si notre régime n'était plus en mesure de répondre aux attentes légitimes des citoyens et des citoyennes »[51].

Compatibilité du vote blanc avec l'activisme conventionnel

Par définition, « l'activisme politique est une attitude, une règle de conduite ou un engagement politique qui privilégie l'action directe à court terme par rapport aux principes théoriques et aux actions à long terme. Pour parvenir au changement économique, politique, environnemental ou social souhaité, l'activisme peut braver la loi parfois de manière violente, en questionnant la légalité par rapport à la légitimité »[52]. La désobéissance civile, la grève, la propagande sont des exemples de manifestations non-violentes prévues et garanties par la loi, non-répréhensibles par les autorités publiques. Les analyses portées sur le vote blanc ont démontré qu'il s'agit d'un engagement politique, d'une initiative personnelle. Il est utilisé uniquement le jour du scrutin, ce qui correspond à l'idée de l'action directe à court terme pour changer la situation, en l'occurrence politique, le plus vite possible.

Le vote blanc n'est pas illégal, et c'est justement là tout l'intérêt de cet acte politique. Il n'y a aucune violation de la loi, ni même de la procédure électorale puisque le code électoral malgache ne le mentionne qu'à titre indicatif comme

[50] C. BARTOLONE, « Refaire la démocratie », *Revue Politique et Parlementaire*, 2016 n°1080 – www.revuepolitique.fr/refaire-la-democratie/

[51] C. BARTOLONE et M. WINOCK, *Refaire la démocratie. Dix-sept propositions*, Paris, éditions Thierry Marchaise, 2016, 304 pp., p.13

[52] Définition de l'activisme politique par Pierre Tourev, in « La Toupie - Toupictionnaire : le dictionnaire de politique » [en ligne], 2005, consulté le 15 mars 2018 www.toupie.org/Dictionnaire/Activisme_politique.htm

suffrage non-exprimé. La législation n'interdit pas ce choix, et ne peut l'interdire au nom de la liberté et du secret du vote. Or, il ressort des constatations développées auparavant que ce comportement électoral revêt une valeur politique considérable. Et du fait que les élections expriment la volonté du peuple, elles ne peuvent être ignorées selon le principe de la démocratie représentative. Le vote blanc conteste la qualité de l'offre électorale, non pas le système électoral. Il lutte pour une cause et tend à rallier un bon nombre d'électeurs engagés car il vise à alerter le pouvoir sur l'existence d'une injustice, une atteinte à la Démocratie.

Une révolution douce pour la qualité de l'offre électorale

En France, l'abstention, plus répandue, est un comportement électoral qui peut toucher tous les types d'électorat, tandis que le vote blanc est surtout le fait d'électeurs se situant hors du clivage traditionnel gauche-droite (ceux qui ne sont ni de gauche, ni de droite). Cette désaffection à l'égard des partis politiques est donc plus radicale chez les partisans du vote blanc. D'après les conclusions d'Adélaïde ZULFIKARPASIC au terme de son analyse idéologique du vote blanc, les notions de Démocratie, représentativité, et citoyens sont maintes fois évoquées par les électeurs du vote blanc. Cette constatation la motive à rejoindre l'opinion d'Alain LANCELOT qui les classe dans la part plus exigeante du corps électoral, celle des électeurs très politisés (dans le sens d'intéressés par les évènements politiques) qui sont habiles à distinguer les nuances d'un choix et à en peser les implications.

En principe, un choix n'est réel que lorsqu'il est véritablement libre, c'est-à-dire qu'il n'est limité que par les options présentées le jour du scrutin. Par ailleurs, le droit électoral admet la possibilité de ne pas voter, donc de ne pas choisir parmi les candidats proposés (sans en proposer un autre). Par contre, il ne mentionne pas les modalités de cette abstention électorale. L'expression d'un vote blanc est fondamentale pour garantir la traduction et la considération effectives de la pensée de l'électeur, de son opinion politique sur le profil du candidat aux élections, notamment présidentielles. Phénomène mondialisé, le vote blanc est un acte protestataire[53] à l'initiative d'un bon nombre d'électeurs pour « se faire

[53] Un vote protestataire qui mérite d'être pris en considération : « *Tous approuvent l'idée d'une reconnaissance institutionnelle de ce vote. 'Blanc, c'est une façon de protester' ; 'ça pourrait être une arme pacifique, certes, mais pas si négligeable que ça' ; 'C'est comme si il y avait deux millions de personnes qui descendaient dans la rue en disant rien mais qui traversaient Paris… je ne sais pas si c'est du pouvoir mais c'est une présence impressionnante si elle est en nombre'. Ainsi, cet appel lancé sur Internet le 5 septembre 2000 : Citoyennes, Citoyens, nous appelons donc tous ceux et celles envisageant de s'abstenir le 24/09/2000 à voter au contraire massivement ce jour-là en mettant dans l'enveloppe du vote, un simple billet portant ces mots : 'APPLIQUONS LA TAXE TOBIN',* témoignages cités par A. ZULFIKARPASIC, « Le vote blanc : abstention civique ou expression politique ? », *ibid.*

entendre »[54] malgré sa non-comptabilisation aux suffrages exprimés. Ainsi, il se rattache à d'autres formes de revendications pacifiques historiques comme celles menées par Martin Luther King, Mahatma Gandhi ou Nelson Mandela, en faveur des valeurs de la Démocratie. Le gouvernement ne peut y passer outre, il doit considérer et accepter les résultats officiels. En réalité, c'est une nouvelle forme de révolution populaire pacifique contre l'oligarchie politique en faveur d'un idéal aristocratique. Le vote blanc donne la possibilité à l'électorat de contester/refuser l'offre électorale, et par ce fait, réduit le risque de suivisme politique.

Le vote blanc peut par ailleurs être considéré comme un vote sanction. En principe, le vote-sanction exprime un reproche contre un ancien dirigeant qui redépose sa candidature. Ce fut notamment le cas de l'ancien Chef de gouvernement de la IVème République, Hery Martial RAJAONARIMAMPIANINA, lors des élections présidentielles de 2018, en raison de l'insatisfaction publique générée durant son mandat politique précédent. Par ailleurs, le vote blanc tend à sanctionner l'incapacité des candidats composant l'offre électorale à répondre aux exigences des électeurs notamment sur le plan moral, éthique ou idéologique qui ont pourtant une place déterminante dans la balance démocratique.

À la différence de l'abstentionnisme dont l'inaction peut être motivée par autant de propos imaginables, le vote blanc quant à lui, est moins difficile à cerner dès lors qu'il s'agit un acte intentionnel d'exprimer une opinion politique. En effet, dans bon nombre de sociétés démocratiques, le vote blanc est désormais admis comme la manifestation d'un intérêt particulier pour la méritocratie, de la part d'une frange engagée de l'électorat. Sur le plan socio-politique, cette mobilisation collective démontre une évolution de la société démocratique actuelle : un élan vers la sauvegarde de la souveraineté du peuple dans le jeu électoral, une contestation citoyenne et pacifique qui s'érige contre la priorisation du résultat procédural des élections au détriment de la conviction politique d'un choix prétendument libre. En outre, le vote blanc rejette « la consigne de vote face à une offre politique qui ne convient pas »[55]. En France, parmi les diverses mobilisations citoyennes on peut citer celle de 1995 lorsque Jean-Marie LE PEN, candidat présidentiel du Front National et éliminé au 1er tour, incite au vote blanc pour désapprouver les candidats en présence. Bien qu'il s'agisse d'une conviction fondée sur un aspect subjectif, il n'en reste pas moins qu'il s'agit de réclamer la reconnaissance d'un droit de refuser l'offre électorale comme partie intégrante du droit de voter. En l'occurrence, au 2nd tour, nombreux électeurs ont suivi le

[54] Déclaration d'intention du parti blanc sur son site officiel, Parti Blanc à Caen, Hersent-Lechatreux, 30 ans, ingénieur en génie urbain, apolitique, 2000 : « *servir de porte-voix à ceux qui ne sont actuellement pas entendus* » afin d'apparaitre comme « *un révélateur* » du malaise démocratique. Le vote blanc est une révolution douce face au désaveu politique actuel. www.partiblanc.fr

[55] *Idem*.

mouvement dans cette initiative de voter blanc en tant qu'acte intentionnel dont le but est de manifester son désaccord avec l'éventail politique proposé, selon les conclusions d'Adélaïde ZULFIKARPASIC.

b. Une action publique sécurisée par l'anonymat du vote secret

En droit constitutionnel, le vote secret se définit comme « celui qui est organisé de manière que le choix de chacun soit ignoré tant des autorités que des autres électeurs (enveloppe, isoloir, interdiction des signes sur les bulletins). Le secret du vote est la garantie de son indépendance »[56]. Autrement dit, il représente le corollaire indispensable de la liberté du vote. Concrètement, ce principe défend le citoyen contre les violences électorales, que ce soit sur le plan psychologique ou verbal, qui instaure un climat de peur et de terreur résultant de menaces ou d'intimidations à l'initiative des candidats opposants et de leurs partisans. Le caractère secret du vote représente une véritable immunité électorale à l'endroit de l'électeur pour lui garantir la sécurité de sa personne et de ses proches dans un climat politique tendu. Plus particulièrement, par rapport à l'émission d'un vote blanc, c'est une garantie contre le risque de récupération politique du mouvement contestataire pour favoriser un autre parti politique. Les voix en faveur d'un vote blanc restent impartiales et indiquent l'insatisfaction publique par rapport à l'offre électorale. Au-delà de la protection juridique dont bénéficie les droits civils et politiques, le principe du vote secret garantit l'anonymat des citoyens contestataires et leur permet d'exercer de manière indépendante et en toute sécurité leur liberté fondamentale d'expression et d'opinion. Par conséquent, il encourage l'émergence d'une audace politique de la part des citoyens engagés.

Hausse du vote blanc et crise de représentativité

L'augmentation du phénomène « vote blanc » à travers le monde cristallise un aspect caractéristique des démocraties contemporaines : la crise de la représentativité politique. Elle se traduit par le désarroi de l'électeur quant à la position idéologique à adopter face à la multitude des candidats en lice ou au contraire, face à l'insuffisance de l'offre électorale. En guise de réponse, le vote blanc représente le moyen le plus rapide et efficace pour alerter la classe politique sur cette anomalie. L'hypothèse d'un rassemblement d'électeurs insatisfaits soulevée par le roman de J. SARAMAGO intitulé « La Lucidité », publié en 2004, met en relief la puissance et le risque encourus d'un taux élevé de votes blancs pour la stabilité (ou légitimité) des institutions politiques. La souveraineté populaire dans le système représentatif est en concurrence avec le mandat non-impératif du représentant élu dans le respect des règles électorales. Le contexte politique actuel montre que les élections limitent la souveraineté du peuple à choisir un candidat, en priorisant l'aspect procédural. La forme, c'est-à-dire la

[56] *Lexique des termes juridiques, op. cit.,* entrées « vote » et « vote secret », p. 970.

désignation du mandant politique, importerait plus que le fond, c'est-à-dire sa légitimité. Or, de cette dernière dépend la réussite ou l'échec de la stabilité et du développement étatique.

Le vote blanc constituerait un indice préventif d'une éventuelle crise politique ou de coup d'Etat. Plus précisément, le dévoiement du jeu électoral donne une opportunité à certaines factions de s'emparer du pouvoir politique, profitant de cette carence de légitimité politique. Ce comportement électoral révèle un mal social, un phénomène conjoncturel dont l'augmentation prédit ou annonce le soulèvement d'une partie de la population contre le gouvernement. Quoiqu'il en soit, il a le mérite de défendre ceux qui ont démontré leur volonté de participer et de s'exprimer au moment où le taux d'abstention, synonyme de désintérêt, reste remarquablement élevé.

La visibilité d'une minorité électorale pour un reflet intégral exact

« *Un homme, une voix. L'équation simple s'impose à nous avec la force de l'évidence. L'égalité devant l'urne électorale est pour nous la condition première de la Démocratie, la forme la plus élémentaire de l'égalité, la base la plus indiscutable du Droit* »[57]. Selon le Droit constitutionnel, l'électorat se définit comme le droit ou la fonction d'électeur. C'est une « conception découlant de la théorie de la souveraineté populaire, selon laquelle le suffrage est un droit appartenant à titre originaire à chaque citoyen et dont celui-ci est libre d'user ou de ne pas user »[58]. À la différence de celles habituellement considérés comme telles (minorités ethniques, autochtones ou vivant avec un handicap), la minorité électorale concerne la frange d'électeurs qui votent blanc et qui ne représentent encore actuellement qu'une très faible partie de l'électorat. C'est une minorité statistique subissant une inégalité de traitement par rapport aux votes considérés « intentionnels ». D'une manière générale, l'électorat est composé de votants conventionnels qui choisissent l'un des candidats, d'abstentionnistes et plus récemment, d'un nombre grandissant de partisans du vote blanc. S'ils ont le droit de vote comme point commun, les électeurs du vote blanc ne reçoivent pas la même visibilité, le même poids ou autant de considération dans la lecture des résultats électoraux. En clair, le terme de minorité électorale fait ici référence à la tranche de la population qui veut exprimer son refus de l'offre électorale mais dont les voix sont neutralisées par la législation en vigueur. Or, en principe, chaque vote devrait être apprécié de la même manière dès lors qu'il y a une volonté expresse de participer au scrutin. En France, la loi du 21 février 2014 sur la reconnaissance du statut distinct du vote blanc implique une considération politique plus approfondie du phénomène. Bien que la règle de la majorité des

[57] P. ROSANVALLON, *Le Sacre Du Citoyen*, 1992, cité par le site officiel de l'Association française pour la reconnaissance du vote blanc www.vote-blanc.org
[58] *Lexique des termes juridiques, op. cit.,* entrée « électorat », p. 380.

voix ne lui permette pas, en l'état actuel du droit, d'interférer dans les résultats électoraux, son existence dans la balance électorale mérite autant de considération que les autres voix compte tenu de l'ampleur politique qu'elle revêt progressivement dans l'évolution des sociétés démocratiques à travers le monde.

2. L'aménagement du vote blanc dans la démocratie à Madagascar

Être au pouvoir, surtout dans un système démocratique représentatif, est une tâche lourde de responsabilité pour les dirigeants. Sa complexité nécessite que le candidat ait une formation adéquate pour répondre aux fonctions rattachées à son statut. Utilisé comme moyen d'ascension sociale, cette situation provoque un tollé au niveau de la classe populaire, taxée pour subvenir aux besoins de leurs élus. De ce fait, le vote blanc représente un moyen de réduire cette déviance dans la conquête du pouvoir politique. Toutefois, son insertion dans la pratique électorale malgache reste à étudier. Ainsi, une étude portera sur l'intégration sociale et progressive du vote blanc (a), ce qui impliquera l'hypothèse du vote obligatoire comme corollaire du vote blanc (b).

a. Une intégration sociale et progressive du vote blanc

Compte tenu de la finalité du vote blanc, l'objectif de sa reconnaissance en suffrage exprimé tend vers la diminution progressive du vote utile. Toutefois, au regard des risques de déviation de son utilisation ou des conséquences d'une utilisation non-éclairée, son enseignement dans les pratiques électorales est cruciale.

Vers la diminution progressive du vote utile

En France, lors de ses travaux sur la portée du vote blanc dans le processus électoral, Adélaïde ZULFIKARPASIC relève que « s'ils font correctement leur analyse, la manière dont les gens ont voté, forcément ils doivent en tenir compte ; normalement, ils cherchent à savoir pourquoi il y a beaucoup de votes blancs et pourquoi ils votent comme ça ». À Madagascar, le dépouillement reste encore un travail de routine sans questionnement. D'une certaine manière, le vote utile est une forme de soumission de la masse électorale : c'est une manière de lui retirer sa souveraineté tout en respectant, sur la forme, le procédé démocratique. Or, le but est que chaque vote se fasse par conviction. C'est une lutte contre la généralisation du « vote utile » pour sécuriser le pouvoir minimum qui revient au peuple dans ce régime représentatif. Entre autres, il est question de la protection du droit de vote et de la garantie du bon déroulement des élections, de leur sincérité, de leur crédibilité pour leur performance en tant que pilier de la Démocratie. En théorie, le taux élevé de votes blancs aura pour effet de contraindre l'offre électorale à être plus à l'écoute des doléances publiques pour établir un projet de société conforme aux priorités des électeurs, d'où il y aurait

véritablement respect de la souveraineté du peuple et de l'intérêt général. La primauté procédurale du vote utile par rapport aux convictions prônées par le vote blanc renvoie l'électeur à une situation de mal-être démocratique.

L'enseignement du vote blanc dans les pratiques électorales

Nouveauté pour le domaine des recherches électorales, le vote blanc est une bouffée d'oxygène pour une démocratie en mal de représentation et de confiance publique à l'égard de la classe politique. Le fait qu'il y ait revendication citoyenne, c'est-à-dire, réclamation d'un droit auprès du pouvoir public, implique l'existence d'une anomalie contre laquelle la population réagit. En d'autres termes, il s'agit de dénoncer une violence électorale qui porte atteinte à la sincérité du vote. En l'occurrence, la question sur le statut du vote blanc concerne le cas de violence électorale, plus précisément dans sa dimension structurelle. Selon le Dr. Juvence F. RAMASY, Maitre de Conférences de l'Université de Toamasina (Madagascar), les violences électorales sont une sous-catégorie de violence politique. La dimension structurelle correspond aux « cadres institutionnels ou juridiques, manipulations de la loi constitutionnelle ou d'autres lois électorales »[59]. Ainsi, l'objectif est de sensibiliser la population à l'étendue du droit de vote afin qu'elle prenne conscience de son influence sur les résultats électoraux, sur sa possibilité de véritablement imposer sa volonté.

L'éducation citoyenne et électorale dont se charge les différentes entités de la sphère politique malgache tend à éveiller la conscience sur la reconnaissance des différentes formes de violence en matière électorale dont elle peut être victime et à lui procurer les différents moyens de protection adéquats pour garantir le bon déroulement des élections et leur performance (ex. : le type de violence dénoncée, sa manifestation et les institutions à approcher pour y remédier). D'une manière générale, les structures comme les observateurs publics ou les Organisations de la Société Civile s'investissent pour inciter à la prise de conscience sur la réalité politique, sur les responsabilités et les intérêts à défendre en tant que citoyen. Face à la crise de la participation électorale, d'autres formes d'engagement politique voient le jour dont le vote blanc, non pas pour aggraver l'instabilité politique mais bien au contraire pour la redresser.

b. Le vote obligatoire comme corollaire du vote blanc

L'idée est de renforcer le devoir moral et civique de voter. L'objectif sera de tracer la limite entre la liberté individuelle et la responsabilité citoyenne. Il

[59] Projet d'appui à la prévention et à la gestion de conflits et violences potentiels liés aux élections à Madagascar (PEV Madagascar), Séminaire du 25 juin 2018, Université d'Antananarivo avec l'intervention du Dr Juvence F. RAMASY, Maître de Conférences de l'Université de Toamasina (Madagascar) sur la thématique de la « Participation des jeunes à la prévention des violences électorales à Madagascar », 25 mai 2018, p. 2.

s'agit de rappeler les privilèges et obligations rattachés au statut de citoyen dans une société.

Le principe du vote obligatoire : un devoir citoyen

En droit constitutionnel, le vote obligatoire est un « vote imposé par la loi, sous peine de sanction en cas d'abstention »[60]. À Madagascar, le vote est facultatif, c'est-à-dire, un vote que le citoyen est libre d'en émettre un ou non. La précision à ce sujet réside dans la distinction entre ce qui relève de la liberté du citoyen ou de ses engagements au sein de la société. Concrètement en matière électorale, il s'agit de savoir si l'acte de voter est un droit ou une obligation pour le citoyen. D'une part, il s'agit véritablement d'un droit civil et politique reconnu et défendu par les traités internationaux comme étant indissociable du citoyen sans distinction de genre ou de situation économiques dès lors que cette personne remplit les conditions prévues par la loi électorale en vigueur dans son pays. Mais d'autre part, il s'agit également d'une responsabilité du citoyen, plus précisément d'une obligation sociale, d'où l'existence de modes de sensibilisation pour maintenir la connexion entre l'individu et le développement de son environnement. Toutefois, la prétendue contradiction entre ces deux positions résiderait en fait dans la nuance de la « liberté de vote » accordée au citoyen. En réalité, le citoyen est véritablement libre dans le choix politique à faire. C'est d'ailleurs la condition *sine qua non* pour la sincérité du scrutin. Par contre, en tant que citoyen, il endosse la responsabilité de suivre la vie politique de son État et s'engage nécessairement à exprimer sa position pour qu'il y ait véritablement une démocratie représentative. Ainsi, loin d'être contradictoires, ces deux aptitudes du citoyen sont finalement complémentaires pour le bien de la démocratie électorale et représentative.

Sur le plan politique, l'obligation de voter implique le renforcement de la participation électorale mais surtout l'intégration du citoyen dans la conduite des affaires publiques. S'il est tout à fait concevable de revendiquer les droits fondamentaux, et il normal et logique d'en exécuter les contreparties, notamment en matière électorale. Le processus de démocratisation implique nécessairement la responsabilisation du citoyen dans la vie publique et ce, à commencer par la reconnaissance d'un devoir minimum de voter.

Le vote obligatoire pour une meilleure compréhension de l'attente publique

De prime abord, il faut rappeler que l'abstention n'est pas un comportement citoyen responsable : c'est une fuite de responsabilité, une auto-condamnation contrairement au rôle participatif. L'État agit pour l'intérêt général, c'est en fonction des tendances internes qu'il rédige son programme national. Il

[60] *Lexique des termes juridiques, op. cit.,* entrée « vote obligatoire ».

ne faut pas oublier que l'objectif final d'une élection est d'établir un ordre politique reconnu par la majorité comme tel, conscient de la fragilité de son statut en cas de non-respect des doléances publiques qui dictent, en principe, les grandes lignes de la politique générale. De ce fait, la clarté des positions politiques est incontournable pour assurer une lecture des résultats électoraux. Replacé dans son contexte, le vote obligatoire ne revêt un caractère coercitif que pour dissuader le citoyen de se désintéresser du développement de son pays et au contraire, inciter à s'impliquer dans le suivi et la participation publique notamment à travers le budget participatif, la participation aux référendums et l'utilisation des différentes formes de manifestation citoyenne pour garantir l'existence de la souveraineté du peuple, déjà limitée par le mandat non-impératif du représentant politique.

La politique législative s'inscrit dans une lutte contre le laxisme et l'incivisme politique. C'est une opportunité de redynamiser la participation directe lors des consultations publiques. Toutefois, la confusion des citoyens dans la compréhension du vote obligatoire reste un obstacle quant à son application effective. L'instauration du vote obligatoire n'est pas contradictoire avec la liberté individuelle, bien au contraire, il garantit son plein épanouissement en général à travers l'encadrement et la validation préalable de la politique nationale. Certes, l'utilisation de la sanction apparaît quelque peu sévère, néanmoins la proportionnalité d'une telle mesure peut se justifier par l'importance des enjeux politiques et sociaux que revêtent les élections, surtout nationales comme les présidentielles.

B. L'avenir de la démocratie représentative : vers une sécurisation de la souveraineté du peuple

L'élection sincère, crédible et performante légitime le dirigeant légalement, en référence à l'un des composants de la théorie de la domination de Max WEBER. Ainsi, l'obéissance volontaire de la population est de rigueur en contrepartie de la priorisation de l'intérêt général par le mandataire politique, par respect de la souveraineté du peuple. Dans cette optique, le caractère non-impératif du mandat politique garantit véritablement l'autonomie du représentant politique dans la prise de décision. Cette liberté d'action défend la compétence du dirigeant contre toute influence ou pression extérieure qui pourrait altérer ses capacités, et donc sa performance. Toutefois, le non-respect de l'accord de volontés par les parties entrainera des sanctions respectives. D'une part, l'utilisation de la violence légitime contre les émeutes populaires mais uniquement pour le rétablissement de la paix. D'autre part, la désobéissance civile en cas de violation de la souveraineté du peuple par le pouvoir politique. On peut constater que Madagascar constitue comme d'autres démocraties, une République inachevée, en cours de construction.

S'il a été clairement démontré que l'initiative populaire pour la reconnaissance du vote blanc comme suffrage exprimé était non seulement compatible mais surtout indispensable pour le bien-être de la Démocratie, techniquement, la reconnaissance légale et politique de ce choix est-elle envisageable en l'état actuel du droit malgache ? Pour se faire, le nécessaire règlement de la violence systémique à Madagascar (1) est à prioriser avant de passer au contrôle de la qualité de l'offre électorale, étant le critère décisif pour l'électorat malgache (2).

1. Le nécessaire règlement de la violence systémique à Madagascar

En tout état de cause, comme toute chose, le vote blanc représente ses qualités et ses défauts. Néanmoins, il s'agit de savoir l'appréhender et de l'encadrer pour en garantir la bonne utilisation, d'où l'importance de l'éducation citoyenne relative au comportement de l'électorat, et également le règlement progressif de la violence systémique latente à Madagascar. Il faudra du temps pour forger la conscience et le comportement citoyen de la population malgache mais connaître l'existence d'un problème fait partie de sa résolution.

En l'occurrence, il s'agit de présenter la violence structurelle comme mal chronique à Madagascar (a), avant de préciser la place de l'éducation citoyenne dans l'utilisation éclairée du vote blanc (b).

a. La violence structurelle : un mal chronique à Madagascar

En l'espèce, il s'agit d'expliquer l'étendue et l'impact de cette violence chronique sur la situation sociopolitique malgache. Elle se manifeste d'une part, avec la persistance de l'extrême pauvreté à Madagascar et l'utilisation prolongée de la violence légitime en Démocratie.

La persistance de l'extrême pauvreté à Madagascar

L'une des principales critiques relevées sur la question de reconnaitre le vote blanc à Madagascar est de savoir si c'est effectivement la bonne décision à prendre. Cette décision correspond-elle aux besoins de la société malgache ? Donner autant de liberté à une population peu informée sur le fonctionnement de l'Etat peut-elle déterminer quel profil politique correspond au pays ? Ne risque-t-on pas au contraire d'aggraver le blocage institutionnel à travers la reconnaissance du vote blanc ?

A priori, le principe veut que le droit s'adapte à la société. Il appartient au législateur de considérer les réalités sociales pour y ajuster sa politique législative. L'intérêt de relever le phénomène de la pauvreté comme blocage à l'insertion du vote blanc dans la catégorie des suffrages exprimés réside dans le fait que le

populisme et la récupération politique des manifestations publiques sont des faits récurrents à Madagascar. Ils sont rattachés à la précarité économique des habitants. Cela limite leur possibilité de contrôle sur le suivi des affaires publiques et aussi leur conscientisation au moment de prendre une décision. En effet, selon la pyramide de MASLOW, priorité est faite aux *besoins physiologiques primaires* (survie, sécurité) puis le *besoin de reconnaissance de soi* (dignité, autonomie) et enfin le *besoin d'accomplissement* (développement du potentiel, résoudre des problèmes complexes). La question de la politique se trouve dans le besoin d'autoréalisation et ne peut être satisfaite sans l'accomplissement des besoins précédents. Or, on constate que depuis son Indépendance en 1960, Madagascar a subi plusieurs crises sociopolitiques qui se sont répercutées sur la situation économique nationale, et ce, jusqu'à présent en 2019. Ainsi, la persistance de la pauvreté à Madagascar est un obstacle au développement démocratique des électeurs car elle limite leur liberté politique de choisir. La faiblesse économique du pays atteint et neutralise l'opportunité démocratique apportée par le vote blanc.

L'utilisation prolongée de la violence légitime en Démocratie

D'une manière générale, il faut rappeler que « Les libertés publiques correspondent donc à des droits de l'Homme d'une manière bien définie, que la Constitution malgache qualifie de droits civils et politiques »[61]. Les droits de réunion et de manifestation en font partie et représentent les indices de la santé démocratique d'un pays. Le principe en la matière établit la possibilité d'une restriction prévue par la loi mais pas d'une interdiction générale. Les clauses de restriction doivent être précises et ne peuvent servir pour imposer des restrictions vagues ou arbitraires. C'est-à-dire que les forces de l'ordre ont le devoir constitutionnel de maintenir la paix publique par la protection de la sécurité et l'intégrité physique de la population, y compris celle des manifestants. Toutefois, ceux-ci doivent veiller au déroulement pacifique de leur action[62]. Selon le SEFAFI, c'est là le fondement même de toute société démocratique respectueuse de l'Etat de droit, de la justice et de la liberté pour tous.

Or, l'Observatoire a relevé une véritable tendance politique du pouvoir public à « en nier totalement l'exercice et jusqu'à l'existence même [du droit de réunion]. Il est même arrivé que des réunions publiques dans un lieu privé aient

[61] Observatoire de la vie publique à Madagascar – *SEFAFI, D'une crise à l'autre (2001-2013),* Paris, L'Harmattan, 2014, 434 pp., p.17

[62] Le cas du mouvement pacifique des jeunes citoyens Wake Up Madagascar en est un exemple-type : des activistes ont manifesté pacifiquement leur mécontentement sur le parvis du jardin d'Antaninarenina pour protester contre les dépenses engagées par le gouvernement pour la célébration du Nouvel An alors que l'extrême pauvreté sévit dans le pays. Outre l'aspect pacifique, il y eut véritablement un respect mutuel entre eux et les forces de l'ordre, voire même, une collaboration pour le respect de l'ordre publique et de la liberté d'expression.

fait l'objet d'interdiction »[63]. Le souci de préserver l'ordre public et la sûreté publique servent habituellement de motif aux interventions armées. Se faisant fréquentes, celles-ci sont interprétées par le SEFAFI comme la preuve d'une systématisation des interdictions de réunion publique. Cette limitation excessive et généralisée de la liberté d'expression est une grave atteinte à la Démocratie. Elle est due à l'interprétation ambigüe et évolutive des notions d'ordre public, sécurité nationale, sûreté, santé et moralité publiques qui sont prévues selon les textes en vigueur comme motifs de restriction du droit de manifestation publique. Pour tenter d'éclaircir le sujet, les principes de Syracuse établissent une clause de restriction relative à l'ordre public qui le définit comme étant « la somme des règles qui assurent le fonctionnement de la société »[64]. Concrètement, dans un État de droit sous le régime démocratique, respecter les droits de l'Homme fait partie intégrante des mesures d'ordre public. Dès lors, l'utilisation de la force publique n'est légitime que lorsqu'elle respecte la clause de restriction prévue par les principes de Syracuse, c'est-à-dire pour sûreté publique concernant les dangers qui menacent les personnes dans leur sécurité, leur vie ou leur intégrité physique, ou qui peuvent causer des dommages graves à leurs biens. Les réunions pacifiques en soi ne peuvent être génératrices de troubles à l'ordre public.

La concomitance et la permanence des violences structurelles

En plus de la violence ordinaire qui consiste en une attaque physique directe par l'utilisation de la force armée, il existe aussi un autre type de violence, la violence systémique. Elle consiste en des « préjudices graves qui font des victimes chez des gens vulnérables de plusieurs façons, en les soumettant à une pauvreté profonde et persistante, en fragilisant leur santé, en leur imposant des conditions de travail dangereuses, des violations graves des droits humains […] d'une espérance de vie réduite de façon substantielle »[65]. Elle présente une variante du concept ancien de « violence structurelle »[66] théorisé dans les années 1970 par Johan GALTUNG. En ce sens, les faits précités sont l'œuvre de structures plutôt que d'armes mais qui sont toutes autant violentes.

D'après les propos de Slavoj ZIZEK et de Woody GUTHERIE à ce sujet, Stephen D'ARCY relève que la violence systémique avance une thèse fondée sur l'équivalence morale « entre les préjudices violents au sens conventionnel, c'est-

[63] Observatoire de la vie publique à Madagascar – *SEFAFI, D'une crise à l'autre (2001-2013), op. cit.,* p. 15.
[64] *Idem*, p. 15, lors de la Conférence internationale de 1984, sous l'égide des Nations-Unies sur l'élaboration des principes généraux d'interprétation des clauses de dérogation aux principes de l'article 21 du PIDCP (garanti par l'article 10 de la Constitution malgache de 2010)
[65] S. D'ARCY, *Le langage des sans-voix – Les bienfaits du militantisme pour la démocratie*, éditions Ecosociété, Montréal Canada, 2016, p. 217.
[66] J. GALTUNG, « Violence, Peace, and Peace research », *Journal of Peace Research*, vol.6, n° 3, 1969, pp.167-191.

à-dire avec l'utilisation de la force, et des préjudices infligés par le fonctionnement de systèmes et de structures sociaux »[67]. Concrètement, il en est ainsi lorsque les politiques gouvernementales ont pour effet réel de priver plusieurs personnes de leurs droits économiques, sociaux et culturels tels que l'accès à un emploi convenable, aux ressources et services nécessaires à leur subsistance, à leur survie et à leur développement. D'une manière générale, la violence systémique se caractérise par la concomitance des violences structurelles sur une longue période. Elle se matérialise par une pauvreté constante, des formes d'exclusion sociale, la violence policière et une vie au potentiel de revenu réduit, tels que démontrés dans les réflexions en amont. Une telle maltraitance sociale de la population porte gravement atteinte aux droits de l'Homme prétendument universels et indivisibles de l'individu. Elle bloque la pleine participation publique à la vie sociale.

b. La place de l'éducation citoyenne dans l'utilisation éclairée du vote blanc

Concrètement, il s'agit de replacer le citoyen dans son contexte socio-politique. En tant que tel, il a sa part de responsabilité dans la bonne conduite des affaires de l'État. Le respect de l'intérêt général implique une limitation de la pensée individualiste en faveur d'un communautarisme traditionnel malgache. Mais alors, quelle est la place de l'être humain dans le régime démocratique ? Comment encadrer l'état d'esprit de toute une population pour espérer un avenir durable dans la Démocratie, notamment à Madagascar ?

Du statut de « sujet » à celui de « citoyen »

Conformément à la réflexion de Cicéron, la nature humaine et l'intégration dans la société se correspondent. Ainsi, le rôle du citoyen dans la société s'inscrit dans le maintien d'un État de droit tel que « le citoyen est d'abord un acteur de la cité et un défenseur du bien commun. Il doit être un défenseur de la loi et […] ne peut être qu'un défenseur de la république »[68]. En l'occurrence, il est question de renforcer le statut du citoyen dans la société. D'une manière générale, malgré l'évolution du régime politique malgache, allant de la Royauté vers la République actuelle, il faut reconnaitre qu'en réalité, le lien de subordination entre le souverain et les sujets de la couronne qui caractérisait la Royauté persiste, et plus particulièrement dans les zones rurales, auprès des populations paysannes qui constituent la majeure partie des habitants de l'île.

« Le but de l'école n'était-il pas de former de loyaux sujets connaissant leurs devoirs envers l'Administration mais qui n'auraient aucun rôle à jouer dans

[67] S. D'ARCY, *Le langage des sans-voix*, *op. cit.*, p. 218
[68] A. COUTANT, *Histoire des idées politiques en 50 fiches*, éditions Ellipses, 2017, p. 48.

la politique de leur pays ? »[69]. Dans un souci de revitalisation de la démocratie locale respectueuse de la souveraineté du peuple, il s'agit actuellement de replacer l'individu dans la société, non pas avec le traditionnel statut de simple sujet passif soumis mais en tant qu'acteur responsable du développement national, à travers les décisions à prendre selon qu'elles répondent aux besoins du moment tout en considérant un avenir durable. En outre, cultiver l'exigence de redevabilité et de transparence étatiques chez les citoyens grâce au recours possible à différentes institutions publiques qualifiées (BIANCO, PAC, CSI) dans différents domaines comme le processus législatif par l'expression des doléances publiques, le budget participatif, le vote en période électorale, les différentes formes d'action directe, ou encore, en tant que lanceur d'alerte dans la sphère médiatique et sur les réseaux sociaux. En pratique, surtout dans le domaine électoral, la preuve de l'évolution du niveau de leur culture politique dépend de leur choix électoral : arrivent-ils à se repérer ou bien se perdent-ils facilement dans la palette de choix ? À Madagascar, selon les résultats de la CENI, on constate que la panoplie de choix des trente-six (36) candidats tend à disperser les votes.

L'importance de l'Opposition politique pour la Démocratie

L'Opposition politique est un contre-pouvoir officiel prévu par la Constitution de la République de Madagascar et qui veille à ce que le parti politique au pouvoir ne soit tenté de mener une politique qui porterait atteinte aux libertés publiques et fondamentales des citoyens. De plus, elle veille à l'effectivité d'une alternance au pouvoir conformément au principe de pluralisme politique. Enfin, elle permet de renouveler le personnel politique dès lors que la majorité perd le pouvoir.

Pour beaucoup de penseurs, la politique c'est « l'art de tromper les hommes » tel que le perçoit Alembert, ou comme le dit Paul Valéry, elle consiste en la « volonté de conquête et de conservation du pouvoir »[70]. Toutefois, d'autres auteurs comme Voltaire considèrent que la dérive de la politique est due au manque de tolérance mutuelle des hommes politiques, c'est-à-dire que très peu d'entre eux tolèrent les convictions politiques de leurs opposants. Tout se passe comme si la coexistence d'opinions contraires était impensable voire, irrationnelle. C'est justement la non-acceptation de la différence des visions politiques des uns et des autres qui entraîne la dérive politique. Il s'agit là de l'une des raisons principales qui a retardé la mise en place et l'opérationnalisation d'une Opposition politique à Madagascar. L'absence de consensus au sein-même du gouvernement porte une atteinte grave à la stabilité de l'Etat. Pourtant,

[69] Propos d'E. FAGERENG et de M. RAKOTOMAMONJY, *Ny Tantaran'ny firenena Malagasy*, Cours moyen, ed.Salohy, cité par RALAMBOMAHAY Toavina, in « Pourquoi les citoyens malgaches ne s'engagent-ils pas en politique ? », ECOPRIM, p. 9.

[70] *Idem.* Et P. DENGUIKA, « Polis : De l'organisation de la cité à la dérive de la politique », pp.131-136, p. 136.

l'Opposition politique, malgré son appellation, n'est pas l'ennemi de l'Etat. Elle veille à ce que la politique publique et l'intérêt général soient en accord. D'une certaine manière elle s'apparente à la fonction du vote blanc. En effet, elle veille au respect de l'égalité qui est une valeur fondamentale de la Démocratie, notamment lorsque des intérêts divergents en jeu mettent d'une part, une puissance économique minoritaire et d'autre part, une majorité démunie.

2. La qualité de l'offre électorale, un critère décisif pour l'électorat malgache

Actuellement, on constate une tendance pour un profil aristocratique du dirigeant, c'est-à-dire, la réclamation de la technocratie et de la méritocratie pour garantir la performance du représentant politique dans l'exercice de ses fonctions durant son mandat. Un aspect rarement évoqué est la responsabilité du représentant politique à l'égard des personnes qu'il représente. Bien que son mandat impératif lui permette une certaine autonomie d'actions, le fondement de toutes ses initiatives doit partir de la considération de l'intérêt général, donc de la base, à travers les requêtes recueillies lors des consultations publiques que les députés ont la charge de défendre. En pratique, il est question d'établir le critère de compétence politique (a) fortement réclamé. Pour les candidats politiques, la géographie électorale est un atout majeur, d'où l'importance de souligner la place de la diaspora dans l'électorat malgache (b).

a. Le critère de compétence politique

En l'occurrence, il s'agit de revoir les critères en fonction de la tendance communautaire malgache. D'une manière générale, l'art de gouverner la cité vise à créer l'harmonie entre citoyens et État et entre citoyens eux-mêmes. Dans la conception confucéenne, il s'agit de cultiver en soi la force de donner au peuple, la paix et le réconfort. Les principes politiques ne sont valables que s'ils sont fondés sur des principes éthiques. Leur symbiose permet la réalisation d'un gouvernement équitable. C'est de l'accomplissement rigoureux de ces principes que dépendent la bonne gouvernance, la paix et le bonheur du peuple. Gouverner est un art, et comme tout art, il doit être appris et maitrisé.

Le contrôle éthique du candidat

Selon Paul-Émile LATOKI, « Tout régime même démocratique qui fait fi des valeurs morales et éthiques choisit de son propre chef le chemin de la décadence car cité sans éthique n'est que ruine d'Etat »[71]. L'idéal que propose Confucius c'est l'homme de bien par opposition à l'homme de petite envergure (homme de peu). D'après les analyses développées dans la première Partie

[71] P.-E. LATOKI, « La crise de l'éthique et la fin de la démocratie athénienne », *ibid.*, p. 44.

concernant Madagascar à ce sujet, il en est ressorti que ce profil éthique correspond au critère fondamental pour les électeurs au moment de choisir leur représentant politique. C'est la condition *sine qua non* de sa capacité à prendre part au gouvernement de la cité. En effet, « un souverain ne peut gouverner que s'il est lui-même droit, digne d'être un exemple et une norme pour ses sujets »[72]. En outre, devenir homme de bien passe par l'éducation et la pratique de certaines vertus orientées vers la responsabilisation politique. La rectitude, l'exemplarité dont il fait preuve est la force morale (sa vertu) qui lui permet de s'imposer comme souverain. Elle justifie son pouvoir et son autorité. Elle inspire la confiance publique et renforce la légitimité du pouvoir politique. En pratique, il se montre équitable dans ses actions, c'est-à-dire que, « la justice réside dans l'observation stricte des valeurs humaines et seul le respect de ces valeurs rend le souverain homme de bien »[73].

Selon les préceptes confucéens, le premier principe de tout gouvernement qui se veut juste est l'amour de son peuple, de la patrie[74]. Cet intérêt mutuel entre le pouvoir politique et la population crée l'harmonie, l'entente, la concorde entre gouvernants et gouvernés et entre citoyens eux-mêmes. La politique vise donc le bien commun et se réalise par l'ensemble des citoyens. Elle se donne pour tâche de conduire l'ensemble des citoyens au bonheur. Selon René LA SENNE, « ce qui est digne d'être recherché est ce que tout le monde appelle valeur »[75]. Ainsi, cette notion renvoie à ce qui est souhaitable, préférable, à ce qui est recherché par la grande majorité des individus. Elle revêt ainsi un caractère utile, nécessaire et universel. Il en va ainsi de la justice, prôné par le pouvoir politique dans un Etat de droit, de même pour la liberté, l'égalité, la solidarité pour guider les actions gouvernementales. À Madagascar, les valeurs communes de « fihavanana », « fiarahamonina », « firaisankina », sont reconnues et prévues dans la Constitution malgache en vigueur.

La compétence contre l'opportunisme politique

La politique étant une vocation, un autre principe fondamental confucéen prévaut à ce sujet. Il réside dans le choix minutieux des hommes qui domineront les différentes structures du gouvernement. Dans le régime démocratique représentatif, tel qu'il se présente à Madagascar, cette capacité de discernement

[72] R.-G. GAMBOU, « La bonne gouvernance dans les Entretiens de Confucius : Entretiens de Confucius (Paris, 1981, Livre XIII, 6) », pp. 45-56, p. 49 : Référence à la notion de « Rectitude » : « *le souverain incarne-t-il la rectitude ? Nul n'est besoin de ses ordres pour que tout aille bien. Ne l'incarne-t-il pas ? Il multiplierait les ordres qu'il ne serait point obéi* »

[73] *Idem,* p.50

[74] *Idem,* Entretiens de Confucius (Paris, 1981) Livre XII, 22 : *« Gouverner, c'est aimer les hommes »*

[75] R. LA SENNE, *Traité de morale générale,* 1967, p.22, cité par Nestor MAWA, pp.69-78, p.73

s'applique à toute personne qui délègue le pouvoir politique. Il peut s'agir soit, de la population souveraine à travers les élections, soit des représentants exécutifs élus par le biais de la nomination. Selon la pensée confucéenne, il s'agit de « Savoir choisir les hommes droits et les placer au-dessus des hommes pernicieux afin que ceux-ci s'en trouvent redressés »[76]. Par ailleurs, le respect du peuple se manifeste par l'absence de tyrannie, de cruauté envers la population, notamment par l'utilisation abusive de la violence légitime. Le souverain veille à la sécurité de son peuple, à son confort moral, à son bien-être matériel et social[77] pour s'assurer de la confiance publique sans laquelle aucun Etat ne saurait tenir. La compétence des dirigeants se mesure au degré de la satisfaction générale par rapport aux résultats des activités effectuées. Dans cette logique, Confucius soutient que l'autorité d'un représentant de l'Etat ne se marchande pas, elle s'obtient par mérite[78]. En tant que fonctionnaire public, il s'agit de respecter les devoirs de la charge qui lui incombent notamment ceux de probité et d'intégrité pour assurer le bon fonctionnement de l'Administration.

Outre le critère de compétence, le respect de la répartition des tâches est crucial pour aboutir à une bonne gestion des affaires publiques. Confucius le préconise dans le principe du fonctionnement de la hiérarchie sociale. En effet, « Qui n'est pas appelé à occuper un poste, ne se mêle pas d'en concevoir l'organisation »[79]. Il rajoute que dans les pays où le souverain n'agit pas en souverain, le ministre en ministre, le père en père et le fils en fils, les greniers seraient pleins qu'on n'aurait pas l'assurance d'en jouir. Cette illustration démontre que sans le respect scrupuleux de ce précepte, le disfonctionnement du gouvernement de la cité et le désordre s'installeraient. Par conséquent, la répartition préalable des compétences par la loi doit ne doit jamais être ignorée. Le besoin de renforcer l'éthique pour drainer les actions politiques se fait sentir à Madagascar.

Engagement politique et obligation de résultats

Au-delà de la compétence technique, les sondages auprès de la population malgache (au début de la présente analyse) démontrent que la preuve d'une « vie vertueuse » est le principal critère de sélection des hommes capables d'assurer la responsabilité dans le gouvernement. Concrètement, la conduite, le comportement

[76] R.-G. GAMBOU, « La bonne gouvernance dans les Entretiens de Confucius : Entretiens de Confucius (Paris, 1981, Livre XIII, 6) », *ibid.*, Entretiens de Confucius (Paris, 1981) Livre XII, 19, p. 50 : « …faites le contraire, le peuple vous refusera son soutien »

[77] *Idem*, Livre XII, 7, p. 51 : le souverain doit *« veiller à ce que le peuple ait assez de vivre et s'assurer sa confiance »*

[78] *Idem*, Livre XII, 20 « *Être probe de nature, aimer le juste, savoir analyser un propos, observer une expression […], voilà le moyen d'acquérir l'autorité, que ce soit dans un Etat ou dans un clan »*

[79] *Idem*, Livre XIV, 27, p. 53

reflètent une image ou du moins, une apparence vertueuse. Politiquement, il s'agit de travailler pour satisfaire l'intérêt général. Toutefois, la vigilance des citoyens est de mise. Un esprit critique est incontournable face aux tentatives de populisme ou de clientélisme du discours politique émis par les candidats politiques durant la campagne électorale. Étant donné que l'expression de promesses durant cette période n'engage pas véritablement leur responsabilité, elles peuvent relever de la démagogie sans que la population n'en ait connaissance. L'idéal est que le souverain ne manque pas à sa parole, qu'il soit loyal et ne fasse pas de promesse qu'il ne tiendra pas[80]. Cela fait référence aux promesses durant la propagande électorale. Bien qu'elles n'engagent pas le candidat élu, leur concrétisation durant le mandat politique démontre l'éthique du dirigeant par l'absence de tromperie et la rigueur dans l'exercice de ses fonctions. Il montre par là-même, l'exemple à suivre pour l'ensemble du gouvernement.

Inhérents à la nature humaine, les droits humains sont universels, indivisibles et inaliénables. Et de par leur déclaration dans des conventions internationales contraignantes, ce sont des principes juridiques que doivent respecter les législations d'Etat et qui encadrent ainsi les actions de toute personne, conformément aux valeurs de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de justice. Omer MASSOUMOU dénonce une « absurdité politique »[81] en Afrique notamment en critiquant certains régimes despotiques. À ce propos, Norbert LENOIR fait remarquer qu'« à la différence du tyran qui n'inspire que la crainte à ses sujets, le pouvoir despotique ne règne que par l'effet d'un charme, que par la création d'un *temps où les yeux du peuple sont fascinés* »[82]. Cette affirmation illustre ce qui ce passe à Madagascar durant la propagande électorale lorsque les électeurs malgaches, subissant bon nombre de violences systémiques, sont « fascinés » par le charisme et la distribution de dons à l'électorat, sans en considérer le caractère éphémère.

b. La place de la diaspora dans l'électorat malgache

La géographie électorale est un enjeu décisif pour le suffrage. En fait, l'aspect « universel » du suffrage concerne aussi une autre frange de la population, cette fois-ci, non-résidente à Madagascar, la diaspora. La question de lui donner droit de vote a suscité un intérêt tout particulier depuis les années 2000 et le débat à son sujet n'est toujours pas clos à ce jour. Les récentes élections nationales présidentielles de 2018 ont réactualisé le dialogue à ce propos entre les structures diasporiques et l'Etat malgache. Bien que le vote à distance soit reconnu

[80] *Idem*, Livre IX 24, Livre XII 10, p.52 *« Soit avant tout loyal et fidèle à ta parole »*
[81] O. MASSOUMOU, « Absurdité politique et littérature – III.2. L'*absurdité politique* dans le gouvernement démocratique », in D. MAVOUANGUI, *Éthique et Politique, op. cit.*, pp. 151-158, p. 156
[82] *Idem.*

dans plusieurs sociétés démocratiques des cinq continents, le gouvernement malgache n'a pas encore donné sa position.

Un traitement inégalitaire non-fondé au détriment de la diaspora malgache

Juridiquement, on constate la violation d'un droit fondamental, un droit civil et politique, celui de voter dont les victimes sont les citoyens malgaches non-résidents, vivants temporairement ou non à l'étranger. En principe, le droit de vote est un droit fondamental reconnu et garanti par les conventions internationales contraignantes ratifiées par le pays (Pacte International des Droits Civils et Politiques), et prévu dans la Constitution malgache en vigueur. En tant que droit fondamental, il a valeur universelle, indivisible et inaliénable. Il est rattaché à l'obtention de la citoyenneté du pays d'origine concerné. Il dépend aussi de la constatation des conditions d'accès au statut d'électeur prévues par la loi électorale en vigueur (article 3, L.O. 2018-008). En pratique, dès lors qu'il y a la citoyenneté malgache comme lien de rattachement au pays et que l'individu est âgé de dix-huit (18) ans, jouissant de droits civils et politiques, inscrits sur la liste électorale, le droit de vote est automatique. Pourtant, la réalité est toute autre, les électeurs non-résidents à Madagascar ne bénéficient pas de ce droit.

Concrètement, cette limitation arbitraire de leur droit fondamental est due à l'absence de texte normatif à cet effet. ¨En principe, ce sont des citoyens non-résidents jouissant normalement de leurs droits civils et politiques, c'est-à-dire, innocents et capables selon la loi nationale d'accéder à la qualité d'électeur. Or, la réalité porte à croire que le refus du vote diasporique relègue implicitement les citoyens non-résidents à la catégorie des individus ne bénéficiant pas du droit de vote pour cause de condamnation ou d'incapacité mentale[83]. Dès lors, il y a non seulement violation d'un droit civil et politique mais également une véritable atteinte à la dignité humaine des membres de la diaspora.

La diaspora malgache : une force économique nationale invisible dans les urnes

En l'état actuel des choses, la participation électorale de la diaspora constitue un vide juridique. Aucune mention particulière de leur statut n'est faite dans le Code électoral. Et aucune mesure favorable à sa mise en œuvre n'est prévue à ce jour. Pour le moment, le débat est en cours, seul le vote des citoyens

[83] Loi organique N°2012-005 portant Code électoral, article 4 *« Sont privés du droit de voter et ne doivent pas, en conséquence, être inscrits sur la liste électorale : 1. Les individus condamnés pour crime ou délit ; 2. Les individus condamnés lorsque la condamnation empêche d'une manière définitive leur inscription sur la liste électorale ; 3. Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire ; 4. Les interdits et les aliénés internés ; 5. Les individus privés par décision judiciaire de leur droit d'éligibilité. »*

malgaches résidents à Madagascar est admis lors du scrutin. Or, politiquement, tout citoyen est inévitablement concerné par la conduite des affaires publiques du pays dont il a la nationalité, la citoyenneté, quelle que soit sa situation géographique. Actuellement, la diaspora représente principalement une force de développement nationale. En effet, la volonté de contribuer au redressement économique du pays se ressent auprès de la majorité de ses membres, notamment à travers l'élaboration de plusieurs programmes. De plus, elle contribue véritablement à l'expansion de la culture à travers le monde. Elle représente un moyen de faire subsister les spécificités nationales au-delà des frontières. Bien que la diaspora pèse considérablement sur le plan économique, elle reste une masse invisible de l'électorat comme les partisans du vote blanc.

CONCLUSION

En résumé, la reconnaissance du vote blanc est envisageable. Mais qu'en est-il de la volonté politique d'y procéder, et plus objectivement, l'électorat malgache est-il prêt pour la reconnaissance du vote blanc en suffrage exprimé ? À court terme, il faut admettre que le contexte sociopolitique reste fragile par rapport aux risques que représente le vote blanc. Pour mener à bien une telle mutation, il faut nécessairement envisager un encadrement préalable de socialisation afin d'en limiter les dérives pour la vie politique et la continuité de l'État. Des améliorations structurelles sur le plan institutionnel, social et économique sont incontournables pour parvenir à une utilisation éclairée du vote blanc à Madagascar. Quoi qu'il en soit, la précarité actuelle du pays ne suffit pas à motiver le rejet absolu de ce mécanisme électoral compte tenu de son évolution dans la société malgache. En effet, il faut rappeler que la finalité d'une Démocratie, c'est la satisfaction de l'intérêt général, notamment par le respect des droits de l'Homme.

L'analyse du présent thème a abouti à une remise en question de ce que représente effectivement le principe de la démocratie représentative à Madagascar ainsi que les aléas de son application. Il a permis d'aboutir à la conclusion que Madagascar reste une République inachevée et doit fournir des efforts sur les plans juridique et social pour y remédier. Il a également été constaté que, loin d'être une simple erreur textuelle, le vote blanc revêt une signification politique bien précise et indissociable de la Démocratie et des élections pour l'effectivité de la représentation des scrutins à Madagascar. Par extension, ce comportement électoral joue un rôle fondamental dans la légitimation du candidat élu.

De tout ce qui précède, on peut déduire qu'il s'agit certes, d'un phénomène social embryonnaire, mais dont la portée mérite d'être considérée pour la stabilité politique du pays. Aux yeux d'un gouvernement aguerri, la reconnaissance du

vote blanc est, sans conteste, stratégique et inévitable pour la prévention d'une crise électorale car, « gouverner, c'est prévoir ».

Articles

DROIT FISCAL

Da Tributação das Mais-Valias

Latifa ZANDAMELA

Consultora Jurídico-fiscal na PricewaterhouseCoopers Mozambique

Advogada-Estágiaria na Ordem do Advogados de Moçambique

Pesquisadora jurídica

Resumo:

A presente pesquisa aborda o tema da tributação das mais-valias, mais especificamente, tributação de mais-valias provenientes da alienação de acções no sector de petróleo e gás em Moçambique. A abordagem à tal temática mostra-se relevante devido à exponencial contribuição que a indústria petrolífera, através das receitas fiscais, tem tido no Orçamento do Estado nos últimos anos, o que confere algum alento à satisfação das necessidades e interesses públicos, e promove o bem comum. De acordo com o jus fiscalista Klaus Vogel, mais-valia é o ganho derivado da alienação de um bem económico, na medida em que a alienação não constitui objecto específico de uma actividade empresarial, e em respeito ao princípio da capacidade contributiva, faz parte da base tributável do Estado, logo, as mais-valias do sector petrolífero são também tributáveis. No entanto, também se tributa a actividade económica (operações petrolíferas) que o alienante das mais-valias exerce. E nesse processo a lei obriga que se arrole, para efeitos de cálculo do lucro tributável em sede de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas, no grupo das receitas da empresa, o rendimento reputado mais-valia, entretanto proíbe que se considere um custo fiscalmente dedutível aquele imposto pago ao Estado moçambicano. Sujeitando assim as mais-valias, a uma tributação duplicada. Por essa razão discutimos a possível dupla tributação económica interna, pois é evidente que a inclusão de mais-valias como retro-mencionada, faria levitar de forma aparente e injustificada o lucro tributável, propiciando um cenário de inobservância do princípio da rendimento real e justiça fiscal, bem como um financiamento forçado ao Orçamento do Estado e desrespeito às boas práticas internacionais sobre exercício da tributação.

Palavras-chave: mais-valia, dupla tributação económica, petróleo e gás, acções, alienação

Abstract:

This research approaches the topic of "taxation of capital gains", specifically the taxation of capital gains arising from the alienation of shares on the oil and gas industry in Mozambique. The approach to this subject is relevant due to the huge contribution the oil and gas industry has had in the State's Budget through the tax revenues in the last years, which brings about relief to the needs of public interest and fosters the common good. According to the jus fiscalista Klaus Vogel, capital gain is the income derived from the alienation of an economic good, as long as the alienation is not part of the enterprise's specific attributions frame. And in light of the "ability to pay" principle it is part of the taxable base, therefore, the capital gains from the oil and gas industry are also taxable. However, the economic activity of the shares' seller, which provides capital gains, can also be taxed. In this context the law imposes that when calculating the Corporate Income Tax's taxable profit, the capital gains must be stated on the corporation's revenues, but it is forbidden to consider the tax paid to the Mozambican State as a deductible cost. That is the reason why a potential economic double taxation at national level is discussed, moreover, It is clear that the inclusion of capital gains as previously mentioned, would make the taxable profit increase, resulting in a scenario of neglection of the real income principle and of fiscal justice, as well as a forced financing to the State Budget and non-compliance to good international practices in the exercise of taxation.

Keywords: *capital* gains, *economic double taxation, oil and gas, shares, alienation*

Moçambique é rico em recursos energéticos, sublinhe-se, com uma das maiores reservas de gás natural, o que o faz catapultar no *ranking* de países no radar do investimento estrangeiro e como é de esperar, tal conduzirá a um crescimento económico mediante a criação de empresas e geração de emprego, o que alarga a base tributária do Estado moçambicano pelo aumento do número de contribuintes e dos rendimentos por eles gerados, proporcionando também um desenvolvimento económico e materializando assim os fins do Estado: justiça, segurando e bem-estar social.

Em todas as actividades económicas há lugar a tributação, entretanto, nas operações petrolíferas tal é acentuada e se justifica pelo facto desses recursos não serem renováveis e terem um curto hiato de tempo para o seu esgotamento. Daí a necessidade de adopção de uma tributação específica e carga fiscal adequada ao sector petrolífero, uma vez que durante a sua vida útil tais recursos energéticos, contudo não renováveis, geram avultadas receitas para o Estado e investidores.

Dado que os impostos são a principal fonte de receita do Estado e as mais-valias (embora no nosso ordenamento jurídico não sejam formalmente qualificadas como imposto) são uma considerável fonte de receita fiscal, urge compreender a origem e conceito de mais-valia; fazer uma radiografia da tributação das mais-valias decorrentes da venda de acções no sector do petróleo e gás discutindo o principio do rendimentos real face a uma possível dupla tributação económica.

Considerando as recentes discussões e impasses entre a Autoridade Tributária e os Contribuintes sobre o *quantum* a pagar e a consistência da lei fiscal, bem como a recente alteração no seu regime fiscal, justifica-se o estudo da tributação das mais-valias.

Pelo acima exposto, indaga-se se a tributação das mais-valias do sector de petróleo e gás não dará lugar a uma dupla tributação económica no momento em que se tributa os rendimentos decorrentes do exercício da actividade económica de exploração de petróleo e gás, uma vez que ao determinar a matéria coletável para o apuramento do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas (IRPC) devido, inclui-se no quadro de receitas o valor obtido à título de mais-valias, sem que se arrole como custo dedutível (sob o prisma fiscal), o "imposto de mais-valia" pago ao Estado moçambicano.

Com efeito, para o estudo da questão far-se-á fundamentalmente uma análise da doutrina e legislação fiscal de Moçambique. Para aprimorá-lo proceder-se-á a consulta de revistas Institucionais, bem como entrevistas ao Ministério dos Recursos Minerais e Energia e à Autoridade Tributária de Moçambique.

Para isso temos no capítulo que se segue, uma abordagem geral em torno da tributação das mais-valias. No segundo uma análise do seu regime jurídico no sector

petrolífero, no último a discussão da possível dupla tributação económica aquando da sua tributação em sede de IRPC.

Por fim, apresentam-se as devidas conclusões e recomendações, onde se pretende condensar o conteúdo da pesquisa e expor de forma sucinta as questões de fundo entretanto apreciadas.

I. Aspectos Gerais sobre as Mais-Valias

A. Conceito de Mais-Valias

Não tem tarefa fácil nos vários ordenamentos jurídicos trazer o conceito de mais-valia. Pelo menos não de forma expressa e precisa [1]. O que era expectável, uma vez que se está perante um compartimento jurídico que se ingere nos direitos patrimoniais dos cidadãos. Entretanto, para obviar as situações de dúvida insanável, a lei (no ordenamento jurídico moçambicano) traz no conceito legal as situações que configuram mais-valias, no entanto entenda-se, mais-valias realizadas.

Consideram-se mais-valias realizadas os ganhos obtidos relativamente a elementos do activo imobilizado mediante transmissão onerosa, qualquer que título por que se opere, e, bem assim, os resultantes da afectação permanente daqueles elementos a fins alheios a actividade exercida [2].

Não obstante o papel dos legisladores em nos trazer um conceito legal de mais-valia, há o suporte do cluster da doutrina *jus-fiscalista* que apresenta como resultado:

As mais-valias são aumentos inesperados do valor dos bens, sendo que se consideram conservados com o intuito de posteriormente vender[3].

As mais-valias correspondem a ganhos ou rendimentos de caracter ocasional ou fortuito, que não decorrem de uma actividade do sujeito passivo, mas que estão sujeitos a tributação de acordo com o princípio da capacidade contributiva [4].

Do acima exposto resulta que todos os autores são unânimes em afirmar que a mais-valia deve necessariamente ter carácter esporádico, pelo que, sendo um

[1] JL.S. SANCHES, *Sobre o Conceito de Mais-valia*, Fisco, nº 38/39, Lisboa, 1992, p. 45.
[2] Lei n º 34/2007 de 31 de Dezembro, Código do Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Colectivas.
[3] T. RIBEIRO, *A tributação das Mais-valias na reforma fiscal*, Boletim de Ciências Económicas, Vol XXXVIII, 1995.
[4] P. PEREIRA, *Estudos sobre IRPS: rendimentos de capitais e mais-valias*, Edições Almedina, 2005.

rendimento-acréscimo, não pode portanto, derivar de uma actividade económica do beneficiário, já que se assim fosse deixaria de ser um rendimento de produção comum e tributável nos termos gerais dos Códigos de Impostos sobre o Rendimento.

B. Origem da tributação das mais-valias

No princípio eram somente as mais-valias, ou seja, o ser. O que significa que as pessoas singulares, bem como as colectivas, obtinham ganhos esporádicos não directamente relacionados com as actividades económicas por eles exercidas.

No entanto, esses ganhos, ainda que assinaláveis e maiores que os rendimentos normais de produção, não sofriam qualquer carga tributária, pois não eram nessa época considerados rendimentos.

Mais tarde, percebida a necessidade de concretizar o princípio da capacidade contributiva, da igualdade e justiça fiscal, passou-se a considerar a tributação dos rendimentos obtidos a título de mais-valias, e para isso foi necessária a actualização do conceito de rendimento (cuja tarefa de definir não estava na alçada do Direito)[5].

Nesses termos, surge após a I Guerra Mundial uma acepção mais ampla do conceito rendimento, designada de teoria do rendimento-acréscimo, que constitui uma construção conceitual adaptada aos objectivos do sistema fiscal, não se derivando por isso, de conceitos formulados para outros fins de análise económica. Tal teoria, iniciada por Von Schanz e desenvolvida por Haig-Simons, permitiu o começo da tributação das mais-valias evitando distorções aos objectivos da igualdade, neutralidade e eficácia fiscal.

Para uma perfeita compreensão do conceito de mais-valia e da origem da sua tributação é pertinente deixar também em águas cristalinas o que será em termos jurídicos o rendimento na sua versão actualizada com abaixo se indica.

C. Rendimento -Acréscimo patrimonial

Nesta perspectiva não se ignora os resultados das valorizações sofridas por qualquer elemento do património do sujeito passivo, considerado como um todo. Ou seja, para que o tenhamos presente, mostra-se necessário conjugar o rendimento periódico que promana de uma fonte com a avaliação da situação patrimonial de um

[5] Dando voz a Saldanha Sanches, o rendimento-produto é o que provêm de qualquer direito, rendimentos que emanam de um certo activo ou de uma qualidade pessoal e que constituem a base da tributação dentro de um determinado período adoptado pela lei fiscal para efectuar a medida do rendimento total. Ademais, esta teoria é excludente pois, concebe o rendimento apenas como fluxos de receitas que sejam tendencialmente periódicos e que tenham a sua origem num qualquer bem económico do qual alguém seja titular

contribuinte, calculando a diferença entre o valor dos seus bens no início e final do período e de seguida acrescer a esse resultado o valor dos bens consumidos durante o ano [6].

Portanto, se o Senhor João, titular do direito de propriedade de um parque imobiliário e empresário comercial na mesma área, adquire já com o intuito de proceder a uma posterior venda, mais um imóvel ao preço de 100 000 USD. Mais tarde, transmite a titularidade desse imóvel ao senhor Marcos ao preço de 150 000 USD. Neste caso, os 50 000 USD decorrentes da operação aritmética entre o valor investido e o recuperado não se vão considerar mais-valia em sentido fiscal, mas sim, lucro. Sendo tal rendimento tributável nos termos gerais do IRPC, já que o senhor João actuava no exercício da actividade comercial.

Ainda na linha do exemplo supra, se o senhor João não fosse empresário comercial na área imobiliária e não tivesse adquirido aquele imóvel com o intuito de posteriormente proceder a sua venda, nesse caso, os 50 000 USD apurados seriam considerados e tributados como mais-valias e não lucros da actividade empresarial.

Se uma sociedade comercial que se dedica à actividade económica de prospecção e exploração de petróleo adquire do Estado moçambicano por contrato de concessão, o direito de explorar tais recursos petrolíferos por certo período, e mais tarde, antes do termo desse contrato, procede a venda de suas acções à uma terceira sociedade comercial por um valor superior ao desembolsado para a sua aquisição, diremos que a primeira sociedade obteve mais-valias.

Decorrente do acolhimento da teoria do acréscimo, temos no nosso ordenamento jurídico-tributário o artigo 20 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas:

Proveitos ou ganhos

"*Consideram-se proveitos ou ganhos os derivados de operações de qualquer natureza em consequência de uma acção normal ou ocasional, básica ou meramente acessória e designadamente os resultantes de:*

(…)

h) Mais-valias realizadas"

Com o excerto supra, fica claro que para além das actividades normais e periódicas que originem na esfera jurídico-patrimonial do sujeito passivo, rendimento tido como tal na perspectiva da teoria da fonte, também as actividades ocasionais de qualquer natureza, podem produzir ganhos ou proveitos. Ademais, constata-se que só se pode tributar o que estiver legalmente previsto, pelo que, se

[6] JL. S. SANCHES, Manual de Direito Fiscal, 3ª edição, Coimbra Editora, 2007, p.221

o conceito de rendimento numa perspectiva jurídica fosse tão-somente o propalado pela teoria da fonte, nunca (legalmente) seria possível tributar as mais-valias, visto que estas constituem ganhos esporádicos, i.e., não periódicos, como a teoria da fonte reza que os rendimentos sejam.

D. Fundamentos para a tributação das mais-valias

Nos termos da teoria do Contrato social defendida por John Locke e Hobbes, os cidadãos que nascem livres delegam ao Estado parte dos seus direitos que por si sós ou de forma isolada não poderiam de modo satisfatório ser exercidos. Essa entidade suprema congrega além de direitos, obrigações, e tem como fins a justiça, segurança e bem-estar social.

Naturalmente, para lograr tais intentos tem de dispor de recursos financeiros, recursos estes que são debitados da esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos contribuintes e tal é compreensível pois eles beneficiam da protecção do Estado, fazem uso das infra-estruturas e de todos os outros bens públicos que a *entidade suprema* coloca à sua disposição.

Desse modo, entende-se que em paralelo ao propalado pelo professor IBRAIMO[7], a tributação das mais-valias funda-se no seguinte:

- ✓ obtenção de receitas para o financiamento da despesa pública, i.e, a satisfação das necessidades financeiras do Estado;
- ✓ repartição justa da riqueza e dos rendimentos, diminuição das desigualdades tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado social, operando-se assim uma verdadeira redistribuição de riqueza;
- ✓ deixar de tributar os rendimentos provenientes de mais-valia resulta na amputação da igualdade.

Assim, incluir as mais-valias nos rendimentos tributáveis contribui para o progresso do sistema tributário, pois com o alargamento da base tributável fica-se mais próximo do sucesso na prossecução dos objectivos da política fiscal por parte do Governo.

[7] I. IBRAIMO, *O Direito e a Fiscalidade*, ART C, 2002, pp.42-43

E. Fórmula para o apuramento das mais-valias fiscais

MV = VR- (VA-DA-PI-VG) * Coef [8]

Sendo:

– MV - Mais-valia fiscal (se o resultado for positivo ou nulo)

– VR - Valor de realização, líquido dos respectivos encargos

– VA - Valor de aquisição

– DA - Depreciações e amortizações aceites fiscalmente

– PI - Perdas por imparidade e outras correcções de valor

– VG - Valores reconhecidos como gastos fiscais

– Coef – Coeficiente de desvalorização da moeda

Entendida a origem e o conceito de mais-valia em sentido fiscal, e as razões para a sua tributação, **é importante deixar assente que em Moçambique elas são sim tributáveis.** Portanto, vamos no capítulo seguinte analisar detalhadamente o seu regime fiscal no sector de petróleo e gás, fazendo inicialmente uma breve referência aos princípios jurídicos que se aplicam à tributação das mais-valias independentemente do sector de que promanam.

II. Regime jurídico das Mais-Valias

No prelúdio deste capítulo propõe-se uma abordagem geral sobre alguns dos princípios que relevam para o regime jurídico da tributação das mais-valias. Subsequentemente, já na análise propriamente dita do regime jurídico da tributação das mais-valias provenientes da alienação onerosa de acções no sector de petróleo e gás, a abordagem será específica, e far-se-á uma qualificação jurídica demonstrando como nas normas do Sistema Tributário Moçambicano (não) se vêem reflectidos tais princípios.

[8] O coeficiente de desvalorização da moeda é um instrumento usado na correcção monetária e permite calcular o valor do ganho ou perda – a mais ou menos-valia, respectivamente – obtidos com a venda, sendo este valor determinante para o apuramento do imposto a pagar, *in Millennium BCP*, Coeficientes de desvalorização para 2017.

A. Princípios Enformadores da Tributação das Mais-valias

O princípio jurídico é o que na química se poderia chamar átomo, na biologia célula, na arte a obra-prima.

O princípio jurídico é a norma originária do ordenamento jurídico, tem a função de interpretar as normas de si derivadas e de integrar às lacunas, a lei [9].

1. Princípio da capacidade contributiva das empresas

Ensaiado por Adam Smith, o princípio *Leistungsfähigkeit estabelece que os impostos devem ter carácter pessoal e serão graduados segundo a capacidade económica do contribuinte, e que como forma de mensurar a real capacidade contributiva, a Administração Tributária deve estar autorizada a identificar o património, rendimentos e actividades económicas do contribuinte*[10], sem prejuízo dos direitos, liberdades e garantias dos contribuintes protegidos por lei.

É indubitável o facto de o princípio da capacidade contributiva e o da igualdade serem siameses. A Igualdade como princípio significa que se deve tratar de forma igual situações iguais e de modo desigual situações que sejam desiguais. Como forma de proporcionar um tratamento igualitário e justo às pessoas colectivas, o legislador introduziu o princípio da capacidade contributiva, sendo certo que tal norma fundamental vem acompanhada do critério, ou se quisermos, do princípio do rendimento real. Este é paralelo ao das necessidades do agregado familiar que reina em sede de IRPS [11] .

Pelo princípio da capacidade contributiva os empresários comerciais deverão ser tributados quando tiverem rendimentos, e na exacta medida desse mesmo rendimento [12]. Há também no caso das pessoas colectivas o *mínimo vital* como critério de tributação [13].

Por essa razão as mais-valias são nos termos gerais do CIRPC tributáveis à taxas que pela análise do legislador moçambicano se adequam à capacidade do

---

[9] T. WATY, *Direito Tributário*, W&W Editora, Maputo, 2013.

[10] Que traduzido de alemão para português significa capacidade de contribuir. Conforme explica a obra de S. SANCHES – J. GAMA, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010.

[11] Não seria justo que o legislador considerasse para efeitos de IRPS e determinação da capacidade contributiva o critério das necessidades do agregado familiar, desconsiderando a situação dos empresários comerciais para efeitos de IRPC e determinação da capacidade contributiva. Caso assim fosse, estar-se-ia perante uma flagrante violação do princípio constitucional de igualdade e justiça. Razão pela qual se adopta o critério do rendimento real que opera no IRPC.

[12] C. PENE, *Apontamentos de Direito Fiscal Moçambicano*, Editora Escolar, 2014, p.29

[13] C. NABAIS, *Direito Fiscal*, 2ª edição, reimpressão Almedina, Coimbra, 2003, p.153

contribuinte. E nos termos do regime específico para a tributação das operações petrolíferas a carga é maior, devido ao volume de receitas daí proveniente, o que faz com que o legislador imponha a tributação das mais-valias na totalidade (artigo 29, nº 3 da Lei 14/2017 de 28 de Dezembro).

2. Princípio da administrabilidade

A Administração Tributária deve ser capaz de arrecadar as receitas tributárias que o legislador tem em vista ao determiná-las no Orçamento do Estado (OE). Assim, não obstante o facto de os sujeitos passivos terem a prerrogativa de declarar os seus rendimentos (sendo que os empresários comerciais o fazem por via de um balanço comercial), porque a honestidade (principalmente quando se trata de recursos financeiros) não é virtude de todos os contribuintes, e porque associado a isso, a Administração Fiscal não pode de ânimo leve propiciar a fraude fiscal, não se vai confiar plenamente no declarado pelo sujeito passivo.

"*Deve haver ainda, nos termos deste princípio, eficiência fiscal, pelo que, o custo para o Governo angariar cada dólar deve ser razoável. E a Autoridade Tributária deve ser honesta e competente porque, de contrário, a tributação não será justa, simples, clara ou neutra*"[14].

3. Princípio da legalidade tributária

Manifesta-se pelo princípio da reserva de lei (formal e material) e pelo princípio da praticabilidade.

Os impostos são criados ou alterados por lei, que os fixa segundo critérios de justiça social [15].

A relação jurídico-tributária deve ser conforme a lei. A incidência, taxas, garantias e as obrigações do contribuinte e da Administração tributária, bem como os procedimentos básicos de liquidação e cobrança do tributo são determinados na Lei Geral Tributária (LGT) e na Lei de Bases do Sistema Tributário (LBST), sem prejuízo dos impostos autárquicos que tem a sua incidência, taxas e benefícios fiscais determinados pela Lei da Finanças Autárquicas nos termos do artigo 276 CRM e nº3 do artigo 4 da LGT.

Compete exclusivamente à Assembleia da República definir as bases da política dos impostos e do sistema fiscal [16].

[14] R. WESTIN, Moçambique – *Regime Especifico de Tributação da Actividade Mineira – Comentários* CTA.
[15] Cf art. 100 Constituição da República de Moçambique
[16] Cf art. 179 nº 2 alínea o) da Constituição da República de Moçambique

4. Princípio da igualdade

"Traduz-se na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens a determinadas pessoas que se encontrem em situação de inferioridade, carência e menor protecção. A desigualdade de tratamento na origem tem em vista a igualdade no fim" [17].

Há que tributar a todos, entretanto há também que assegurar o chamado mínimo vital, pelo que se um contribuinte aufere rendimentos irrisórios não se há-de tributá-lo do mesmo modo que à um contribuinte que aufere rendimentos exorbitantes. Não seria justo nem rentável à Administração Tributária. Pois cedo as empresas (contribuintes) iriam tornar-se insolventes e se extinguir, o que nos levaria à definitiva perda de postos de trabalho e de receitas fiscais proporcionados por aqueles contribuintes.

5. Princípio da irretroactividade da lei tributária

A lei fiscal não tem efeito retroactivo, salvo se for de conteúdo mais favorável ao contribuinte"[18].

O princípio em causa é uma garantia do contribuinte. A criação de um tributo ou o aumento da sua taxa vigora para o futuro. Não se aplica uma norma nova a factos passados à luz de uma lei antiga sem que disso resulte proveito ao contribuinte. Eis o respeito pelos direitos adquiridos e segurança jurídica.

Não obstante o princípio da não retroactividade, o Professor WATY alerta: "**…***deve-se entender que podem ser admitidas excepções ao princípio da irretroactividade, aceitando a retroactividade nos casos em que a lei seja expressamente interpretativa*"[19].

Com o enunciado da doutrina nacional, conjugado com o disposto na LGT no seu artigo 12 nº 2 b), a norma tributária pode ser retroactiva mesmo que não seja mais favorável ao contribuinte, desde que venha unicamente para eliminar dúvidas de interpretação da legislação vigente.

6. Princípio de declaração e princípio da verificação

Sendo um empresário comercial, a par da obrigação principal (pagar o imposto) na relação jurídico-tributária, o contribuinte está adstrito a obrigações

[17] J. MIRANDA, *Ciência Política e Direito Constitucional, sumários poli-copiados*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1973, p. 226.
[18] Cf nº 5 do art. 127 da Constituição da República de Moçambique.
[19] T. WATY, *Manual de Direito Tributário*, W&W Editora, Maputo, 2013, p. 120.

acessórias: dispor de contabilidade organizada que permita o controlo do lucro tributável. Esta obrigação que no prisma fiscal se reporta acessória, no prisma do Direito Comercial se reporta especial, ou seja, principal [20].

Assim sendo, deverá o contribuinte, escriturar todas as operações ligadas a sua actividade, e ainda, arrolar no quadro das suas receitas os ganhos ou proveitos ocasionais ou acessórios (mais-valias realizadas). Todos esses dados vêm descritos no balanço comercial da empresa, entretanto poucas vezes esse balanço comercial coincide com o balanço fiscal devido a norma que cura dos custos não dedutíveis no prisma fiscal.

Os sujeitos passivos têm o poder-dever de declarar os seus rendimentos [21]. Cabendo à Administração Tributária conferir os balanços comerciais apresentados pelos sujeitos passivos e, sendo necessário, fazer a correcção, transformando esse balanço comercial em fiscal. Tal é perceptível pois nem todos os contribuintes são honestos e declaram o seu real rendimento, devendo, por isso, o sujeito activo da relação tributária usar dos seus poderes legalmente atribuídos para fazer o devido controle, através da Autoridade Tributária [22].

Esse controle tem explicação no facto de nem sempre a verdade declarativa coincidir com a material. Por essa razão o legislador qualifica a declaração de rendimentos feita pelo contribuinte com o fito de determinar a base tributária[23], como uma prova ilidível.

B. Regime Jurídico da tributação das mais-valias no sector de petróleo e gás em Moçambique

No caso de Moçambique o petróleo e o gás são recursos naturais, energéticos e não renováveis de inegável importância social e económica.

Esses recursos são propriedade do Estado moçambicano. Por essa razão todas as entidades não proprietárias desses recursos, pretendendo proceder a sua

[20] Cf. Alínea b) e d) do art. 16 do Código Comercial conjugado com o art. 75 do Código do IRPC por força da alínea k) nº e do nº 3 do art. 2 da Lei nº 2/2002 de 22 de Março.

[21] M.-B. LOURENÇO, *O paradigma do rendimento real – contributos para a (des) construção de um mito*, dissertação apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho para culminação do Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, 2013.

[22] Preconiza o art. 102 da Lei Geral Tributária que a Administração tributária pode comprovar e investigar os factos, situações, actividades, explorações e demais circunstâncias que integrem ou condicionem o facto tributário, sem prejuízo dos limites impostos por lei.

[23] Pode-se depreender do consagrado nos artigos 88 e 89 da Lei Geral Tributária que base tributária é determinada, em regra, pelo método de avaliação directa. O que pressupõe a comunhão dos princípios da investigação e da verdade material, e são estes dois últimos que correspondem ao princípio da verificação.

exploração devem ser signatárias de um contrato de concessão [24] por período determinado em que o concedente será naturalmente o Estado Moçambicano e o concessionário a entidade que anseia proceder a exploração.

Em Moçambique temos a Empresa Nacional de Hidrocarbonetos (ENH) que é a empresa pública responsável pela prospecção, produção e comercialização de produtos petrolíferos e que representa o Estado nas operações dessa natureza. E qualquer investidor interessado nas operações petrolíferas em Moçambique, deve entrar em parceria com a ENH [25].

As entidades, quer residentes, quer não residentes [26] (no entanto o facto de ser uma entidade não residente não a desobriga de efectuar o seu registo em Moçambique) que pretendam a exploração de recursos constitucionalmente consagrados como de domínio público do Estado devem requerer o direito de pesquisa e produção de petróleo nos termos da lei. Pelo que os rendimentos obtidos por tais entidades serão tributados pelo Estado moçambicano. Estará inclusive sujeito a tributação, o rendimento imputável a estabelecimento estável situado em território moçambicano. Ora, nos termos do nº 1 e 2 a) do art. 3 do CIRPC os poços de petróleo ou de gás onde são exercidas actividades industriais são considerados estabelecimentos estáveis [27].

Celebrado o contrato de concessão, e visado pelo Tribunal Administrativo, o empresário comercial inicia a sua actividade económica.

Neste sector ocorrem mais-valias tributáveis quando uma entidade concessionária para exploração do petróleo e gás aliena onerosa ou gratuitamente, no todo ou em parte os seus direitos petrolíferos[28] a uma terceira entidade. Sendo certo que o valor da venda deve ser superior ao desembolsado para a aquisição, sem prejuízo da dedução das amortizações e necessárias correcções.

A taxa instituída para tributar as mais-valias do sector petrolífero (32%) é a mesma que vigora no CIRPC para tributar as mais-valias de outros sectores de actividade.

---

[24] A. MACIE, Lições de Direito Administrativo Moçambicano vol. III, Maputo, 2015, p. 260.
[25] Vide Decreto nº 29/2015 de 28 de Dezembro - Estatutos da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos e art. 24 nº 4 da Lei nº 21/2014 de 18 de Agosto.
[26] Nos termos do art. 2 nº 3 do CIRPC não residentes são as pessoas colectivas e outras entidades que não têm sede nem direcção efectiva no território moçambicano.
[27] O preceituado no referido artigo do CIRPC, foi inspirado na Convenção Modelo da OECD no seu artigo 5 que diz: "*For the purpose of this Convention the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which of an enterprise is wholly or partly carried on …The term "permanent establishment" includes especially a mine, an oil and gas well, a quarry or another place of extraction of natural resources*".
[28] Conjunto de poderes atribuídos ao concessionário com vista à realização de operações petrolíferas na área de determinada concessão ou sobre participações sociais dos mesmos.

Entretanto, enquanto nos outros sectores de actividade, havendo alienação de acções, o valor obtido a título de mais-valias nem sempre é tributado na totalidade[29], no sector de petróleo e gás o valor das mais-valias o é [30].

Tal se explica pelo princípio da capacidade contributiva, uma vez que as operações petrolíferas geram rendimentos extremamente avultados se comparados a outras actividades económicas, por conseguinte, a carga tributária das mais-valias decorrentes da alienação desses activos petrolíferos será também adequada ao cenário.

Como se avançou, deve-se tributar o rendimento obtido na exacta medida desse mesmo rendimento. Assim, sem dúvidas vai-se respeitar o princípio da igualdade e do rendimento real.

O quadro legal para a tributação de mais-valias no sector do petróleo e gás é constituído pelas normas da Constituição Fiscal, pela Lei 14/2017 de 28 de Dezembro que introduz alterações e republica a Lei 27/2014 de 23 de Setembro que aprova o regime específico de tributação e de benefícios fiscais das operações petrolíferas e seu Regulamento, pelo Código de IRPC e respectivo regulamento, Lei Geral Tributária, Lei de Bases do Sistema Tributário.

A seguir se apresenta uma análise evolutiva das normas referentes a tributação das mais-valias petrolíferas cujo objecto será a Lei 27/2014 de 23 de Setembro e a Lei 14/2017 de 28 de Dezembro e onde reflectiremos sobre a (im) pertinência desta recente alteração legal.

• Com efeito, na lei 27/2014 de 23 de Setembro no seu artigo 29 temos:

Tributação de mais-valias

1. Os ganhos obtidos por não residentes em território moçambicano, com ou sem estabelecimento estável, resultantes da alienação onerosa ou gratuita directa ou indirecta de direitos petrolíferos em território moçambicano, são tributáveis como mais-valias à taxa de 32%.

[29] Cf Art. 29 nº4 da Lei 23/2014 de 23 de Setembro conjugado com os números 2 e 3 do art 40 do CIRPS e SOCIEDADE de Advogados RL ROGERIO FERNANDES FERREIRA E ASSOCIADOS *Guia Fiscal Mz - Um olhar sobre o Sistema Fiscal Moçambicano*, 2013.
[30] Nº 3, artigo 29 da Lei 14/2017 de 28 de Dezembro – Lei que republica a Lei 24/2014 de 23 de Setembro.

2. Os ganhos a que se refere o nº1…são para efeitos fiscais ganhos relativos a bens imobiliários com fonte em território moçambicano.

Está vertido neste nº 2 do art.29 uma ficção jurídico-fiscal pois esses activos imobiliários são os jazigos e depósitos situados em território moçambicano, e inclui-se o próprio contrato de concessão uma vez que incide sobre esses direitos petrolíferos[31].

3. Consideram-se obtidos em território moçambicano os ganhos resultantes da transmissão onerosa ou gratuita directa ou indirecta, entre entidades não residentes, de partes representativas do capital social de entidades detentoras de um direito petrolífero, ou de outros valores mobiliários emitidos por tais entidades respeitantes a esse direito, envolvendo activos petrolíferos imobiliários situados em território moçambicano independentemente do local onde a alienação ocorra.

A norma retromencionada tem a sua *ratio legis* na necessidade de dar resposta a um problema muito recente: o da divergência de interpretação da norma jurídica no que concerne a tributação de mais-valias decorrentes da alienação de acções sobre recursos que estejam situados no território nacional. É que à luz da lei antiga[32], por um lado tínhamos a perspectiva de alguns contribuintes que ia no sentido de que tendo a operação ou o negócio jurídico ocorrido fora do território moçambicano não subsistia a obrigação tributária de pagar ao Estado moçambicano pelas mais-valias obtidas. Por outro lado, a Administração Tributária apresentava um posicionamento diverso, alegando que mesmo que o negócio jurídico com efeitos transmissivos de direitos e obrigações sobre a exploração desses activos imobiliários tenha ocorrido fora do território nacional, pelo princípio da territorialidade, nos termos do seu vector real[33] persistia a

---

[31] Resulta da entrevista à Autoridade Tributaria de Moçambique que em geral o espírito dos Acordos sobre dupla tributação é de que no Estado da fonte se tributem mais-valias provenientes de bens imobiliários, no entanto, pese embora as acções sejam valores mobiliários, como válvula de escape e sob protecção do nº 2 do art. 6 da Convenção Modelo da OCDE, Moçambique através do seu Direito interno deu um significado próprio a expressão ***bens imobiliários*** (A, do Anexo I do glossário da lei 27/2014). Assim, tal como acontece na Noruega, as mais-valias resultantes da transmissão de acções são tributadas no Estado da fonte nos termos do art.21 nº 9 da Convenção *Nórdica "**…allocates the right to tax gains from alienation of the right to survey and exploit hydrocarbon deposits, including a right to a share in or profits from such deposits to the **situs state**"* Cf. *United Nations Handbook on selected issues for taxation of the extractive industries by developing countries*, p. 54.

[32] Cf. Lei nº 34/2007 de 31 de Dezembro – Lei que aprova o Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.

[33] O Princípio da territorialidade apresenta três vectores: negativo e positivo; material e formal; e pessoal e real. Em que o real diz respeito a factos tributários objectivos tais como o local de

obrigação do sujeito passivo pagar o tributo. A conexão que dá sentido a alegação da Administração Tributária é a *rei sitae* (as acções transaccionadas eram relativas ao direito de exploração de recursos minérios situados no território nacional).

Constata-se assim, que mesmo antes da aprovação do actual regime específico para a tributação de mais-valias na indústria extractiva e em especial na do petróleo e gás, já existia o princípio da territorialidade para impedir situações que propiciavam a fuga ao fisco**.** Entretanto, porque esse princípio era como o *invisible palace*[34], foi necessário reduzir a escrito tal imposição como forma de obviar situações de dúvida. Lembrando que a norma tributária deve ser clara e simples.

Pelo que o entendimento com que se fica é de que o nº 3 do art. 29, também nos apresenta uma ficção jurídico-tributária que tem como objectivo a salvaguarda do interesse público, a concretização do princípio da territorialidade e impedir a ocorrência de incumprimento tributário alegadamente justificado. Não obstante a máxima vertida em princípio "*in dúbio contra fisco"*, não parece razoável que o sujeito passivo se furte ao pagamento do tributo das mais-valias, pois os direitos transaccionados incidem sobre bens de domínio público do Estado.

4. Para efeitos de determinação das mais-valias, aplicam-se as normas previstas nos Códigos dos Impostos sobre o Rendimento.

O previsto na lei específica[35] não é *de per si* completo, manda aplicar o Código de IRPC e o de IRPS. Assim, por força do preceituado no art. 29 nº 4 da Lei 27 /2014 de 23 de Setembro, conjugado com o art. 20 h), 37, nº 2, 38 e 45, todos do CIRPC e ainda o art. 13 do CIRPS, a mais-valia, como dissemos no primeiro capítulo, é dada pela diferença entre o valor de realização, líquido dos encargos que lhe sejam inerentes e o valor de aquisição deduzido das reintegrações ou amortizações praticadas, feitas as correcções monetárias necessárias, mediante aplicação dos coeficientes de desvalorização da moeda.

---

exercício da actividade, estabelecimento permanente da fonte de produção, local de situação dos bens, etc, conforme explica o Prof. Waty na obra *Direito Tributário.*

[34] Conotação feita à Constituição Britânica que não é reduzida a escrito como ocorre no nosso sistema e ordenamento jurídico. No Reino Unido não há um documento físico contendo as normas fundamentais que regulam o poder político, o povo e organização social e económica, entretanto, esses princípios fundamentais estão enraizados de forma costumeira em todo o ordenamento.

[35] Lei nº 27/2014 de 23 de Setembro que aprova o regime especifico tributário e benefícios fiscais das operações petrolíferas.

No entanto, para o caso das mais-valias provenientes da venda de valores mobiliários cotados em Bolsa (como é o caso) não há lugar a correcções monetárias do valor de aquisição, usa-se o custo documentalmente provado (art.45 CIRPS).

5. A responsabilidade pelo pagamento deste imposto…é solidariamente imputada a entidade adquirente ou ao detentor do direito petrolífero.

6. *O imposto devido é pago no prazo de trinta dias a contar da data da alienação dos direitos petrolíferos.*

Na relação jurídico-tributária o sujeito passivo deve liquidar a sua obrigação dentro de trinta dias a contar da data de produção de efeitos da alienação dos direitos petrolíferos. Como forma de persuadir o pagamento do tributo, a lei preconiza que o adquirente e a entidade previamente detentora das acções ou direitos petrolíferos são solidariamente responsáveis. Essa norma faz com que o adquirente se certifique que o tributo é liquidado sem mora.

Acoplado a lei do regime específico de tributação das operações petrolíferas temos a LGT [36] que se aplica à todos os tributos nacionais e autárquicos e preconiza no seu art. 22 nº 1: *Sempre que a legislação tributária não estabeleça expressamente uma responsabilidade solidária entre os sujeitos passivos, a responsabilidade é subsidiária.*

A responsabilidade solidária preceituada na norma específica é tributária, legal e passiva, pois há pelo menos duas pessoas, ou sujeitos passivos que se encontram simultaneamente, por imposição de lei, obrigados perante a Administração Tributária a proceder ao total pagamento da prestação tributária devida[37].

Essa responsabilidade solidária passiva que dá o direito à Administração Tributária de exigir a prestação da entidade adquirente (que não obteve com a celebração do negócio jurídico, mais-valias tributáveis) não prejudica o direito que este sujeito passivo solidário tem, de exercer o direito de regresso[38] contra a entidade antes detentora dos direitos petrolíferos.

---

[36] Lei nº 2/2006 de 22 de Março – Lei Geral Tributário.

[37] T. WATY, Direito Tributário, 4 ª Edição, W&W Editora, Maputo, 2013.

[38] Nos termos do art.524 do Código Civil que por força do preceituado no nº 3 alínea a) *ab initio* da Lei Geral Tributária se aplica subsidiariamente. No entanto, se salvaguarda os casos em que as partes (os sujeitos passivos solidários) tenham acordado no seu contrato que a responsabilidade pelo pagamento da prestação tributária irá pender para uma ou outra parte. Caso em que já não haverá lugar ao direito de regresso. Entretanto isso é uma questão obrigacional de cariz civ.

• Temos no artigo 29 da lei nº 14/2017 de 28 de Setembro:

Tributação de mais-valias

1. *Os ganhos resultantes da alienação onerosa ou gratuita, directa ou indirecta de direitos petrolíferos situados em território moçambicano, são considerados como mais-valias.*

2. Consideram-se obtidos em território moçambicano independentemente do local onde a alienação ocorra.

O número acima é uma perfeita transcrição do número três da antiga lei. Portanto, sem qualquer novidade legal. Não obstante tal facto, é *míster* realçar que mesmo nos casos em que a transmissão de direitos petrolíferos seja gratuita, haverá lugar à tributação.

Como é que se vai calcular a mais-valia se a transmissão não conferiu ao suposto beneficiário delas quaisquer ganhos?

Vai-se proceder a uma avaliação das acções em causa. Apurar-se-á o seu preço na data da aquisição e quanto é que elas valem actualmente no mercado. Esse foi um mecanismo que o legislador acolheu para atingir o caso das doações. É uma forma de obviar os casos em que o sujeito passivo desencadeia negócios simulados. Assim, devido a fragilidade que se tem de em tempo útil, atacar tais negócios, o legislador resolveu tributar a transmissão gratuita dos direitos petrolíferos.

3. *As mais-valias resultantes..são tributadas na totalidade*

O número supra constitui uma inovação pois, na lei alterada tal imposição (tributação na totalidade) exigia uma rigorosa interpretação. Nesses termos, porque a lei específica mandava aplicar para efeitos de determinação das mais-valias, o Código de Imposto de Rendimento, muitos leigos pensavam que somente certa parte (85%, 65%, 55%, 50% conforme o caso) do valor obtido a título de mais-valias é que estaria sujeito a tributação a uma taxa de 32%, o que não correspondia à vontade do legislador. Entretanto não perfeitamente expressa.

Desse modo, e pela máxima *nullum tributum sine lege certa*, precaviu-se o legislador impondo de forma certa para os casos de alienação de acções no sector em questão, a tributação na totalidade.

4. *Os ganhos referidos no nº1… quando obtidos por entidades residentes e não residentes em território moçambicano, são tributados de forma autónoma à taxa geral de 32%*

A disposição supra, conjugada com o número 1 do presente artigo é uma reconstrução do disposto no número 1 do artigo 29 da antiga lei, acrescendo, contudo, a indicação de a tributação ser autónoma. Se esta autonomização tivesse efeito *liberatório*, posteriormente, na fase de apuramento do IRPC a final, não seria o contribuinte obrigado a declarar o montante adquirido com a transmissão das acções, desse modo, não cogitaríamos o cenário de dupla tributação económica, entretanto não nos parece ter sido essa a vontade do legislador.

5. *A responsabilidade pelo pagamento...é solidariamente imputada à entidade adquirente ou ao detentor do direito petrolífero.*

6. *O imposto devido deve ser pago no prazo de 30 dias a contar da data da alienação dos direitos petrolíferos.*

Quanto aos números cinco e seis o que se oferece dizer é que também constituem uma fiel transcrição do preceituado na lei antiga. Entretanto uma questão vem à reflexão:

Poderá (se sim, em que medida) uma entidade sem residência fiscal em Moçambique e sem sequer estabelecimento estável no nosso território, adquirir mais-valias provenientes da alienação de activos petrolíferos imobiliários situados em território moçambicano?

O nº 2 a) do artigo 3 do CIRPC inclui na noção de estabelecimento estável os poços de petróleo ou de gás em que seja exercida, total ou parcialmente uma actividade de natureza industrial.

Por sua vez, no nº 3 do artigo 2 do mesmo Código são consideradas residentes as pessoas colectivas que tenham sede ou direcção efectiva em território moçambicano.

Ora, constata-se que é bem possível termos uma entidade não fiscalmente residente no território moçambicano a obter mais-valias com a transmissão onerosa de direitos petrolíferos que incidem sobre os recursos naturais situados

no território moçambicano (como foi o caso da ENI S.p.A). Entretanto, seria difícil vislumbrar o cenário em que uma entidade adquire mais-valias com a alienação de direitos petrolíferos sem que tenha um estabelecimento estável no nosso território. Ora é a própria lei que inclui na noção de estabelecimento estável os poços de petróleo e gás em que são explorados tais recursos. Assim, tendo essa entidade o direito (mediante celebração de um contrato de concessão) de exploração sobre recursos petrolíferos situados em território moçambicano, tem também a nosso ver, um estabelecimento estável [39].

Feita a análise evolutiva dos dois instrumentos concluímos que a recente lei – Lei 14/2017 de 28 de Dezembro carrega vários princípios arrolados na análise do artigo 29 da lei antiga, eles são ainda aplicáveis e explicam a redacção trazida pela lei actual.

Num prisma material diríamos que a alteração dos artigos 22 e 29 da lei 27/2014 de 23 de Setembro configura em certa medida uma interpretação, entretanto não expressa. Pois embora com alguma exigência, o nosso entendimento e inclusive a praxe da AT sempre foi no sentido agora formalizado pela Lei 14/2017 de 28 de Dezembro.

De todo o modo, não se pode negar a pertinência da referida alteração. Se não, vejamos, anteriormente não tínhamos a tributação na totalidade e autonomizada, e ainda, para alcançar o espírito do legislador fiscal nessa área de tributação era necessária uma interpretação sistemática de exponencial rigor[40]. As normas reguladoras se encontravam muito dispersas, o intérprete tinha de usar as vestes de um malabarista para decifrar a vontade do legislador.

No entanto, com a nova lei algumas zonas de penumbra legal ficaram claras. Aperfeiçoando-se assim o cumprimento do princípio da clareza e simplicidade do Direito Fiscal. Que é ao mesmo tempo uma garantia do contribuinte.

C. Alocação do valor das mais-valias

O valor arrecadado pela Autoridade Tributária decorrente da tributação das mais-valias do sector petrolífero entra para o Orçamento do Estado, entretanto

[39] Cf. Artigo 5 da Convenção Modelo da OCDE que inspirou a redacção na norma interna sobre a questão do estabelecimento estável, o que a faz passível de tributação nos termos do critério da fonte plasmado no artigo 5 nº2 CIRPC.

[40] Para saber que era proibida a inclusão do imposto pago a título de mais-valias nos custos fiscalmente dedutíveis era necessário conjugar a lei antiga com o CIRPC… havia diversidade de posições sobre se se tributaria as mais-valias na totalidade ou se, se tributaria parte delas, como acontece no CIRPS.

não irá suportar a despesa pública, mas sim alimentar um fundo soberano para futuros investimentos, o que é compreensível[41].

É *desejável que o Estado contribua positivamente para a geração de poupança, uma vez que um baixo nível de poupança interna constitui um obstáculo para a expansão do investimento na economia*[42]. Por isso há que fazer, sempre que possível, uma contenção da despesa.

III. Dupla Tributação

A. Enquadramento

A dupla tributação em todas as suas ramificações constitui um óbice a actividade empresarial nos seus diferentes sectores.

As actividades de extracção e produção petrolífera exigem investimentos avultados, podendo chegar a custar bilhões de dólares americanos, o que requer um enquadramento jurídico fiscal atractivo às petrolíferas e ao mesmo tempo benéfico ao país detentor das reservas[43].

Um ordenamento jurídico tributário que aplaude a dupla tributação propicia os cenários de fraude fiscal, pois os contribuintes por se sentirem injustiçados irão manipular algumas situações jurídicas com o fito de se beneficiar, prejudicando o sujeito activo. Além disso, pode ocorrer que os contribuintes optem por investir noutros ordenamentos jurídicos em que tal fenómeno (dupla tributação) não tenha lugar.

"A expressão dupla tributação significa a repetição a título impositivo do que se deve pagar, é *ainda conhecida como tributação dupla, tributação plúrima, múltipla tributação e cúmulo de impostos"*[44].

---

[41] Dando voz ao Ministro da Economia e Finanças Adriano Maleiane:..este fundo será alimentado da mesma forma que os outros países alimentam um fundo soberano. O que estamos a defender, como Governo, é que quando a gente receber as mais-valias não é para aumentar a despesa e gastar para depois termos problemas de ajustamento https://www.youtube.com/watch?v=EoWopNM_SWU, acessado às 15:38 de 27 de Junho de 2018.

[42] T.-A. WATY, *Direito Financeiro e Finanças Públicas*, W&W Editora, Maputo, 2011, p. 157.

[43] The Oxford Institute for Energy Studies, *Mozambique's LNG Revolution – A political risk outlook for the Rovuma LNG ventures*, 2014

[44] T.-A. WATY, Tese de Licenciatura em Direito com o tema *Da Dupla Tributação sobre o Rendimento*, Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, p.3

A dupla tributação é um fenómeno que comporta vários sentidos e que pode apresentar duas espécies: internacional e interna, conforme colida com normas tributárias de diferentes Estados soberanos ou quando essa colisão opere dentro de um mesmo Estado. Ora a que nos interessa estudar, é a interna, ou seja, aquela que ocorre quando as normas em concurso pertencem ao mesmo ordenamento tributário.

B. Dupla tributação jurídica e figuras afins

"A dupla tributação corresponde aos casos de concurso de normas. Ora há concurso de normas em Direito Fiscal quando o mesmo facto se integra na previsão de duas normas tributárias distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto"[45].

Nessa ordem de ideia, elenca-se a identidade do facto, que descrita como uma estrutura complexa, abarca quatro elementos – as chamadas quatro identidades :

– Identidade dos sujeitos passivos;

– Identidade do objecto ou pressuposto;

– Identidade do período de tributação; e

– Identidade do Imposto num e noutro Estado.

Contudo para este autor, a diversidade do sujeito passivo não impede que se esteja perante uma dupla tributação jurídica, para ele o essencial para que se esteja perante a identidade do facto e portanto, perante a dupla tributação, é o elemento objectivo, ou seja, todas as últimas três identidades.

"Afigura-se-nos por isso equívoca a distinção entre a dupla tributação económica, que se verificaria mesmo nos casos de diversidade de contribuintes, e dupla tributação jurídica, em que a par da identidade do facto haveria também identidade do contribuinte "[46].

Por outro lado, para Manuel Pires a dupla tributação é a sujeição de um mesmo facto tributário a uma pluralidade de normas, dando origem a mais de um imposto. Nesta linha de raciocínio rejeita-se duas identidades. *"... Não se torna necessária a referência ao aspecto temporal para definir dupla tributação. Se o pressuposto é idêntico, se o facto é o mesmo, idêntico será o aspecto temporal,*

[45] A. XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, vol I, Reimpressão, Lisboa, 1981
[46] *Idem*.

sendo indiferente o momento da liquidação ou da cobrança ou o ano orçamental de referência [47]".

Pires considera que o pressuposto do facto gerador cobre o da identidade do imposto. Pelo que, referir tal identidade, é escusado.

Embora pareçam semelhantes por apresentarem algumas zonas de confluência face a dupla tributação, as figuras que se seguem não nos devem criar confusão[48] :

> – Tributação múltipla: *tem lugar quando se aplica ao mesmo sujeito passivo mais de um imposto em virtude de várias manifestações de capacidade contributiva*.
>
> – Concorrência de tributações*: ocorre quando se aplica ao mesmo sujeito passivo, impostos de entidades fiscais distintas, mas coordenadas entre si ou quando há um adicional a um imposto principal.*
>
> – Tributação excessiva: *quando os impostos cumulados de dois Estados excedem a capacidade contributiva do sujeito passivo.*

C. Dupla tributação económica

Diferente da dupla tributação jurídica e de todas as outras figuras retro-mencionadas como afins, é a dupla tributação económica. Esta constitui principal questionamento da presente pesquisa.

Verifica-se sempre que o imposto de um Estado seja incidente sobre o mesmo período e rendimento na esfera de sujeitos passivos distintos[49] e tal como a dupla tributação jurídica, esta também pode ser interna ou internacional.

No nosso entendimento há dupla tributação económica quando o mesmo objecto é tributado duas vezes, (e isso acontece com as mais-valias, que são tributadas na entidade que as adquire e, depois, em sede de IRPC em decorrência da actividade económica exercida) o mesmo rendimento é tributado por normas tributárias distintas, das quais uma o atinge em sede da tributação autónoma de mais-valias e outra em de IRPC.

---

[47] M. PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional Sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional Casa Da Moeda, Lisboa, p.64 ss

[48] Cf. T. WATY, *Manual de Direito Tributário*, W&W Editora, Maputo, 2013 p. 340.

[49] Entendimento acolhido pela doutrina maioritária e pelo Comité Fiscal da OCDE.

1. Discussão

As mais-valias decorrentes da alienação de acções que digam respeito a operações petrolíferas são nos termos da lei consideradas ganhos ou proveitos [50]. Desse modo tais ganhos são tributáveis a uma taxa de 32%.

Prescreve a lei que as empresas que ao abrigo de um contrato de concessão, se dediquem a actividade ou operações petrolíferas e que estejam registadas em Moçambique, devem se sujeitar aos impostos que integram o Sistema Tributário Moçambicano (art. 25 nº1 da lei de 21/2014 de 18 de Agosto, art.4 da lei 14/2017 de 28 de Dezembro e art.4 nº 1 a) CIRPC). Assim sendo, as entidades que se dediquem a exploração do petróleo e gás em Moçambique, ainda que não residentes, em respeito ao princípio da fonte e por apresentarem estabelecimento estável com lucros a si imputáveis, além de serem tributadas pelas mais-valias realizadas devem pagar o IRPC à uma taxa de 32%.

Ainda nos termos do CIRPC (para efeitos de tributação da actividade económica), as mais-valias realizadas em determinado ano fiscal configuram proveitos ou ganhos. Portanto entram para o quadro das receitas de que se vai apurar o lucro tributável desse mesmo ano fiscal, mediante a dedução dos respectivos custos, desde que se afigurem aceitáveis sob o prisma fiscal.

Entretanto a lei proíbe que as empresas considerem o valor pago ao Estado Moçambicano a título de tributo relativo às mais-valias como encargo fiscalmente dedutível para efeitos de determinação do lucro tributável em sede de IRPC[51]. Pelo que, desse modo, se uma entidade realizar mais-valias num certo ano e por isso for tributada pelo Estado Moçambicano, ainda assim no mesmo ano ela será tributada, em sede do IRPC em decorrência da actividade comercial por si exercida (exploração de petróleo e gás) sem que se deduza da matéria colectável o valor antes pago ao Governo em decorrência das mais-valias. O que nos põe a pensar se não estaria aqui a ocorrer uma dupla tributação económica em prejuízo do sujeito passivo, já que nesses termos o rendimento por ele obtido à título de mais-valia estaria a ser novamente tributado, passando assim a ser um rendimento ilusório.

2. Posição adoptada

Face ao conceito dado pela doutrina, referente a dupla tributação económica é *mister* deixar claro que a situação descrita como problemática, na perspectiva dos que perfilham o pensamento do Professor Pires não se iria qualificar como

[50] Lei 14/2017, sobre o regime específico de tributação e de benefícios fiscais das operações petrolíferas.
[51] Cf. art. 22 alínea l) da Lei 14/2017 de 28 de Dezembro, reforçado pelo art. 36 nº 1 do CIRPC.

dupla tributação económica, pois no caso que pretendemos discutir há uma identidade do sujeito passivo. O que não ocorre (segundo a doutrina clássica) na dupla tributação económica, pois, para estes tem de necessariamente haver diversidade de sujeitos passivos.

Até os dias que correm, perante o labor dos doutrinários, ela é tida como a situação em que se tributa repetidamente o mesmo rendimento, entretanto na esfera jurídica patrimonial de sujeitos passivos distintos.

Propomo-nos (des) construir de forma tímida o actual conceito de dupla tributação económica.

Pensamos nós que não nos devemos inibir de criticar o actual paradigma, afinal de contas mesmo o início da tributação de rendimentos a título de mais-valias só foi possível graças a actualização do conceito de rendimento, caso não, como dissemos no primeiro capítulo, nunca poderíamos tributar as mais-valias.

Ademais, mais gravosa se mostra a situação em que o Estado tributa duas vezes o mesmo rendimento e no mesmo período fiscal ao mesmo sujeito passivo, do que a situação em que tal dupla tributação ocorre em diferentes sujeitos passivos.

Desse modo, a nosso ver, o caso por nós apresentado se reputa uma dupla ***tributação económica sui generis,*** porquanto há identidade do sujeito passivo (quando se for tributar as mais-valias o beneficiário delas é quem vai pagar -sem prejuízo da responsabilidade solidária - e quando se for tributar o IRPC por conta da actividade económica exercida, a entidade alienante das mais-valias, que é simultaneamente o beneficiário delas e empresário comercial é quem terá de pagar o IRPC). Contudo o facto tributário não está totalmente preenchido pois, na tributação do IRPC o pressuposto é o exercício de uma actividade económica geradora de lucros, enquanto na tributação de mais-valias o facto gerador é o ganho esporádico proveniente da transmissão de activos imobilizados.

Esse cenário viola o princípio do Rendimento Real que vigora em sede de tributação das pessoas colectivas. Sequer podemos nos socorrer dos mecanismos para eliminação da dupla tributação económica[52] mediante dedução dos lucros anteriormente distribuídos e do crédito do imposto nos termos dos artigos 40 e 64, ambos do CIRPC, pois dizem respeito a sociedades e entidades com sede ou direcção em Moçambique e que participem uma nas outras.

Para a defesa do princípio do Rendimento Real, e consequentemente desta posição, temos o contributo do saudoso professor SALDANHA, que nos diz: "*o*

[52] S. SANCHES – J. GAMA, *Provisões no âmbito de seguros Unit-linked e dupla tributação económica,* Fiscalidade 33, p. 54

lucro real é um conceito chave do Direito Constitucional fiscal das empresas, tal como as necessidades e os rendimentos do agregado familiar o são em relação as pessoas singulares"[53].

No entanto salienta-se *a não absolutidade* deste princípio, pois é passível de limitações[54]. De todo o modo essas limitações devem apresentar alguma razoabilidade, o que não ocorre no caso em apreço.

É necessário conferir uma distribuição justa dos encargos tributários, tributar duas vezes o mesmo rendimento não parece razoável.

As receitas do Estado moçambicano são maioritariamente tributárias[55] e de facto, as receitas provenientes do sector petrolífero tem elevada expressão no OE. Essa situação é explicada pela elevada capacidade contributiva que o sector apresenta. E por isso a carga tributária deve ser correspondente. Entretanto não se mostra prudente a decisão de sacramentar esta dupla tributação económica pois viola os princípios do Direito Fiscal o que belisca a imagem do Estado moçambicano na sociedade internacional.

Mais adequado seria: no exercício da sua soberania fiscal o Estado aumentar a taxa do IRPC ou das mais-valias[56], não permitindo contudo que o valor pago a título de imposto de mais-valias entre para o quadro das receitas a serem tributadas em sede de IRPC, ou em alternativa, permitir que o sujeito passivo considere custo fiscalmente dedutível o valor pago ao Estado moçambicano a título de imposto de mais-valias.

Ainda assim, sublinhamos que em Moçambique, não obstante o actual cenário de dupla tributação económica, as entidades exploradoras de petróleo e gás e alienantes dos direitos petrolíferos em causa preferem se sujeitar a tal situação pois para elas, mesmo havendo essa dupla tributação económica ela não afecta as projecções de retorno financeiro.

Por derradeiro a resposta ao problema levantado apresenta algumas nuances, porquanto cenários há em que realmente ocorre uma dupla tributação e

---

[53] S. SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra, 2007, p. 371.

[54] Pode sofrer limitações decorrentes das tributações autónomas, das correcções técnicas às declarações de rendimentos - entretanto neste segundo caso, somente aceitável se legitimada como sanção ao sujeito passivo. Como avança SALDANHA na obra *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra, 2007 pp.368 e 407.

[55] Cf. Lei nº 10/2016 de 30 de Setembro e Lei nº 22/2017 de 28 de Dezembro que apontam como receita tributária 169.257.153,16 mil MTN face a uma receita total de 186.333.498,64 MTN e 211.601.946,03 mil MTN de receita tributária face a receita total de 222.859.683,86 mil MTN respectivamente.

[56] Tal como ocorre no Reino da Noruega em que se aplicam taxas na ordem de 78% Cf. *United Nations Handbook on Extractive industries Taxation*, p. 37.

doutra parte em que não ocorre. Os que ocorrem já foram previamente descritos, para o sentido negativo temos a título de exemplo o caso ENI- Exxon Mobil [57] em que o sujeito passivo na tributação das mais-valias não teve de pagar o IRPC no nosso ordenamento jurídico, pois para este caso não era sujeito passivo.

IV. Direito Comparado – O Caso de Angola

Assim como Moçambique, Angola, detentora de assinaláveis reservas de petróleo e gás, definiu na sua *lex fundamental* o regime dominial dos recursos naturais.

Refira-se que o início da tributação das actividades petrolíferas em Angola remonta dos anos cinquenta através dos decretos 41 356 e 41 357, ambos datados de 11 de Novembro de 1957, que acompanharam as primeiras descobertas comercias em concessões petrolíferas angolanas.

No entanto, com o passar dos anos e devido a inúmeras vicissitudes sociais, económicas e jurídicas, foram introduzidas algumas mudanças com vista a proporcionar um tratamento fiscal mais justo e uniforme a todos os contribuintes sujeitos ao regime fiscal da lei [58].

Nos termos da lei angolana, *mais-valias são proveitos ou ganhos realizados mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título porque se opere, em elementos do activo imobilizado ou em bens ou valores mantidos como reserva ou para fruição*. Assim podemos notar que no regime angolano, ao contrário do que acontece no moçambicano, a transmissão é necessariamente onerosa.

Neste ordenamento jurídico as mais-valias da indústria petrolífera são também qualificadas como ganho ou proveito (alínea b) *in fine* do nº 2 do art 20 da referida lei), no entanto são unicamente tributadas dentro do imposto sobre o rendimento do petróleo [59]. Como ilustra o campo nº 05 da demonstração de

[57] Comunicado de Imprensa da Autoridade Tributaria de Moçambique nº 01/2017, dele se depreende que a ENI S.p.A foi quem adquiriu mais-valias devido a venda de suas acções na ENI East Africa S.p.A à Exxon Mobil. No caso em apreço quem desenvolve actividade económica em Moçambique, sendo, portanto, sujeito passivo em IRPC é A ENI East Africa S.p.A. Deste modo aqui não ocorre dupla tributação das mais-valias.

[58] Preâmbulo da lei nº 13/04 de 24 de Dezembro que aprova o regime jurídico para a tributação das actividades petrolíferas em Angola.

[59] Cf. Art 18 nº1 c) que ao falar da incidência do imposto sobre o rendimento do petróleo nos diz: incide sobre outras actividades primariamente ocupadas com a realização das operações referidas na alínea a) resultantes de acções ocasionais ou meramente acessórias, desde que tais actividades não revistam a forma de indústria ou comércio.

resultados Modelo 02 da declaração de rendimentos para efeito de Imposto sobre o rendimento do Petróleo anexo à Lei nº 13/04 de 24 de Dezembro.

Portanto, não há no ordenamento jurídico angolano uma tributação sucessiva das mais-valias do sector petrolífero, pelo que não se coloca o problema de dupla tributação.

Exemplo positivo que Moçambique deveria seguir.

Conclusão

É inegável o importante papel que a indústria do petróleo e gás e a tributação das suas mais-valias desempenha no Orçamento do Estado moçambicano e consequentemente na realização do Plano Económico e Social e materialização dos fins do Estado: justiça, segurança e bem-estar social.

Constatamos que a tributação das mais-valias é resultado de uma persistente luta visando a materialização dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva que reinam em Direito Fiscal. A mais-valia é tida como um ganho derivado da alienação de um bem económico, na medida em que a alienação não constitui objecto específico de uma actividade empresarial. E é oportuno registar que foi graças ao labor de doutrinários como Sanchz (cultores da actualização do conceito de rendimento) que hoje o Estado pode atingir com a sua carga tributária os rendimentos que embora não provenientes de uma actividade económica, ou de carácter permanente do sujeito passivo, revelam uma exponencial capacidade de contribuir para a receita pública e assim, para a satisfação e prossecução do interesse público.

Com a análise da lei do regime específico para tributação das operações petrolíferas e respectiva alteração, percebemos que o legislador pretendia materializar os princípios jurídicos tributários da *clareza*, *simplicidade*, *administrabilidade*, *declaração e verificação*, *capacidade contributiva*, entre outros que imperam em sede de tributação de mais-valias. Pois a lei tributária, porque coarcta o direito fundamental de propriedade e o direito ao património titulado pelo sujeito passivo, tem necessariamente de se observar tais princípios aquando da elaboração e interpretação ou integração das normas jurídicas.

Pudemos aplaudir a opção do Governo em direccionar o valor decorrente da tributação das mais-valias petrolíferas ao investimento através da criação de um fundo soberano, e não à despesa pública directa.

Por fim, o estudo proporcionou-nos o entendimento de que ao tributar as mais-valias decorrentes da alienação de acções no sector do petróleo e gás e de

seguida tributar a actividade económica exercida pelo sujeito passivo (que é ao mesmo tempo beneficiário e por isso sujeito passivo em relação a tributação das mais-valias) inclui-se duplamente na matéria colectável para efeitos de IRPC - tributação de actividade económica geradora de lucros - o valor considerado mais-valia que o alienante adquire aquando da venda das suas acções.

Nestes termos, para nós esse rendimento, ou seja, esse lucro tributável é ilusório e violador do principio do Lucro e rendimento real, pois propicia a situação em que o alienante paga o tributo pelas mais-valias realizadas e de seguida, no final do exercício económico ele é obrigado a declarar no Modelo 22 como receita, o valor proveniente da transmissão das acções sobre direitos petrolíferos, entretanto proibido que considere como custo fiscalmente dedutível o valor pago ao Estado como tributo pela aquisição de mais-valias. Pelo que entendemos essa limitação do Princípio da Rendimento Real como inaceitável, pois não resulta de uma conduta do contribuinte que se afigure censurável.

Não obstante tamanho imbróglio é necessário deixar claro que as entidades exploradoras dos recursos petrolíferos mesmo enfrentando situações de dupla tributação, preferem continuar a operar, sujeitando-se ao sistema tributário moçambicano, pois os rendimentos exorbitantes que auferem desse investimento justificam sem sombra de dúvida tal situação. Em contrapartida o Estado moçambicano, sujeito activo da relação, até o presente momento, mesmo sendo detentor de assinaláveis recursos, não consegue obter rendimentos suficientes para satisfazer a despesa pública.

Não obstante tal facto, recomenda-se que aquando da fase de apuramento do IRPC a final, não se considere como receita do empresário comercial o valor obtido a título de mais-valias, ou então que caso se considere receita tal valor, permita-se ao empresário, arrolar o tributo pago ao Estado moçambicano como custo dedutível para efeito de apuramento do lucro tributável. Essa medida vai evitar o levitar ilusório da base tributável e vai permitir que Moçambique figure na Sociedade Internacional como um Estado que respeita os princípios do Direito Fiscal e não como um Estado tímido em exercer a sua soberania na área.

Como forma de evitar que com a adopção do posicionamento por nós defendido, conduzamos o Estado a perda de receita fiscal, convém ponderar aumentar a actual taxa de 32%. Pois assim protegeríamos a base tributável e assumiríamos uma postura honrada no que concerne as boas práticas internacionais em tributação.

Por fim, e em obséquio a um mínimo de coerência, recomendamos ainda que, através do *Direito a constituir* se resolva a questão da tributação autónoma, -regulando a lei de tributação específica do sector petrolífero, em especial a questão das mais-valias- pois zonas de penumbra afloram quando se aborda a

inovadora tributação autónoma. Não fica claro se se estabelece um paralelo à tributação autónoma das despesas confidenciais e não devidamente documentadas, ou se se pretende na verdade, de forma velada instituir um novo imposto.

Bibliografia

CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações*, vol I, AAFDL Editora, Lisboa, 2001

IBRAIMO, Ibraimo, *O Direito e a Fiscalidade: Um contributo para o Direito Fiscal Moçambicano*, ART C Editora, Maputo, 2002

MACHADO, Jonatas E.M; COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2ª edição, Coimbra, 2012

MACIE, Albano, *Lições de Direito Administrativo Moçambicano*, vol. III, Maputo, 2015

MARTINEZ, Pedro Soares, *Manual de Direito Fiscal*, 8ª edição, reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 1996

MELO, Miguel Luís Cortes Pinto de, *Tributação das mais-valias realizadas na transmissão onerosa de partes de capital pelas SGPS*, Almedina, Coimbra, 2007

MIRANDA, Jorge, *Ciência Política e Direito Constitucional, sumários poli-copiados*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1973

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2011

PENE, Cláudio, *Apontamentos de Direito Fiscal Moçambicano*, Escolar Editora, Maputo, 2013

PEREIRA, Paula Rosado, *Estudos sobre IRS: rendimentos de capitais e mais-valias*, Edições Almedina

PIRES, Manual, *Da dupla Tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, 1984

RIBEIRO, Teixeira, *A tributação das mais-valias na reforma fiscal*, Boletim de ciências Económicas, vol XXXVIII

SANCHES, J.L. Saldanha; GAMA, João Taborda da, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010

SANCHES, J.L. Saldanha, *O conceito fiscal de Valores mobiliários in Direito dos valores mobiliários*, III Coimbra 2001

SANCHES, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal I*, reimpressão, Lisboa, 1981

WATY, Teodoro Andrade, *Direito Financeiro e Finanças Públicas*, W&W Editora, Maputo, 2011

WATY, Teodoro Andrade, *Direito Tributário*, W&W Editora, Maputo, 2013

LEGISLAÇÃO

Moçambicana

Constituição da República de Moçambique

Lei nº 33/2007 de 31 de Dezembro - Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

Lei nº 34/2007, de 31 de Dezembro - Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas

Lei nº 20/2013 de 23 de Setembro - Lei que altera o Código de Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

Lei nº 15/2002 de 26 de Junho - Lei de Bases do Sistema Tributário

Lei nº 2/2006 de 33 de Março - Lei Geral Tributária Estabelece os princípios e normas gerais do ordenamento jurídico tributário moçambicano e aplicáveis à todos os tributos nacionais e autárquicos

Lei nº 21/2014, de 18 de Agosto - Lei dos Petróleos

Lei nº 19/97, de 01 de Outubro - Lei de Terras

Lei nº 27/2014 de 23 de Setembro - Lei sobre o regime específico de tributação e de benefícios fiscais das operações petrolíferas

Lei nº 10/2016 de 30 de Setembro - Lei do Orçamento do Estado para 2017

Lei nº 14/2017 de 28 de Dezembro - Lei que altera e republica a Lei sobre o regime especifico de tributação e benefícios fiscais das operações petrolíferas

Lei nº 22/2017 de 28 de Dezembro - Lei do Orçamento do Estado para 2018

Decreto-Lei nº 47 344 de 25 de Novembro de 1996 que aprova o Código Civil

Decreto-Lei nº 2/2005 de 27 de Dezembro - Código Comercial

Decreto nº 29/2015 de 28 de Dezembro - Estatutos da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos, EP

Decreto nº 34/2015 de 31 de Dezembro - Regulamento das Operações Petrolíferas

Angolana

Lei nº 13/04 de 24 de Dezembro - Lei sobre a Tributação das Actividades Petrolíferas, publicada no Diário da República, I Série, nº 103

ARTIGOS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

AUTORIDADE TRIBUTÁRIA DE MOÇAMBIQUE, *Comunicado de Imprensa nº 01/2017 sobre o enquadramento fiscal da alienação de acções da ENI S.p.A na ENI East Africa S.p.A no contrato de concessão de exploração e produção de petróleo - Área 4 da bacia do Rovuma*

AUTORIDADE TRIBUTÁRIA DE MOÇAMBIQUE, *Modelo 22 IRPC Declaração de Rendimentos*

DIÁRIO DE NOTÍCIAS, *Governo moçambicano quer criar fundo Soberano com as mais-valias dos recursos naturais*

DINIS, Ana Cristina Arromba; LOPES, Cidália Maria, *O papel das tributações autónomas no regime fiscal das sociedades em Portugal: breves reflexões –* Comunicação do XV congresso internacional contabilidade e auditoria, Researchgate,2017317401153_O_papel_das_tributacoes_autonomas_no_regim fiscal_das_sociedades_em_Portugal_breves_reflexoes

FERREIRA, Rogério Fernandes; *A tributação de mais-valias,* FISCO, 101/102 2002

INTERNATIONAL MONETARY FUND UNITED NATIONS; OECD and WORLD BANK **"***Options for Low Income Countries Effective and Efficient Use Tax Incentives for Investments*, 2015. https://www.imf.org/external/nP

SANCHES, J.L. Saldanha **"***O conceito de Mais-Valia depois da reforma***",**Fisco, 20-21, 1990, 59-65.

SANCHES, J.L. Saldanha "*Ainda sobre o conceito de Mais-Valias*", Fisco, 65-66 (1994), 3-18.

SANCHES, J.L. Saldanha; GAMA, João Taborda da, *Provisões no âmbito de seguros Unit-linked e dupla tributação económica,* Fiscalidade, 33, 2008

THE OXFORD INSTITUTE for ENERGY STUDIES, *Mozambique's LNG Revolution – A political risk outlook for the Rovuma LNG ventures*, 2014

THE WORLD BANK, *Actualidade Económic deMoçambique,* Março de 2016.

http://documents.worldbank.org/curated/pt/994831468197380482/pdf/105088-PORTUGUESE-BRI-ADD-SERIES-P156495-Mozambique-Economic-Update-March-2016-PR.pdf

UNITED NATIONS, *Handbook on selected issues for taxation of the extractive industries by developing countries, 2017* https://lnkd.in/eH_a9Xw

VOGEL, Klaus, *Relatório nacional Cahiers de Droit Fiscal Internationel*, vol 41 B WESTIN, Richard, *Moçambique – Regime Específico de Tributação da Actividade Mineira – Comentários,* CTA

MOZAMBIQUE A New Era with New Challenges for the Coal, Oil & Gas Sectors http://www.iflr.com/pdfs/events/ChinaAfrica13/11.50_Mozambique.pdf

TESES E MONOGRAFIAS

AMARO, Carla Cristina, *O Regime de tributação das mais-valias e das menos-valias das empresas em Portugal*, Dissertação, Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, 2016

LOURENÇO, Maria João Bogas, *O paradigma do Rendimento Real*, Dissertação, Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho

WATY, Teodoro Andrade, *da Dupla Tributação sobre o Rendimento*, Trabalho de Fim do Curso de Licenciatura em Direito, Universidade Eduardo Mondlane, 1998

SÍTIOS DE INTERNET

http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf – Convenção Modelo da OCDE para dupla tributação sobre o rendimento

https://www.youtube.com/watch?v=EoWopNM_SWU – Entrevista ao Ministro da Economia e Finanças Adriano Maleiane

ENTREVISTAS

Autoridade Tributária de Moçambique

Ministério dos Recursos Minerais e Energia de Moçambique

Chroniques

Chronique de droit malgache

Sous la direction de Randianina RADILOFE,

Docteur en Droit de l'Université Côte-d'Azur, chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana

Avec la collaboration de Ianjatiana RANDRIANANDRASANA,

Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,

chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana et à l'Université Catholique de Madagascar

1. CHRONIQUE DE DROIT CONSTITUTIONNEL MALGACHE

Randianina RADILOFE, Docteur en Droit de l'Université Côte d'Azur, Chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana

L'actualité constitutionnelle malgache est marquée par les élections présidentielles en novembre (premier tour) et décembre (second tour) 2018. Le 8 janvier 2019, la Haute Cour Constitutionnelle (dite « HCC ») confirme la victoire aux élections du Président de la République actuel. La période 2018-2020 est également l'occasion de revenir sur la première partie du mandat du Président de la République en exercice, le Président Andry RAJOELINA.

I. La fin d'un quinquennat et l'organisation des élections présidentielles de 2018

L'année 2018 marque la fin du quinquennat du Président Hery RAJAONARIMAMPIANINA qui a fait l'objet d'une requête en déchéance auprès de la Haute Cour Constitutionnelle quelques mois avant la fin de son mandat (**A**) et l'organisation des élections présidentielles (**B**).

A. La requête en déchéance

Le quinquennat du Président RAJAONARIMAMPIANINA a connu une fin relativement mouvementée avec l'introduction d'une requête en déchéance introduite le 25 avril 2018 par cinquante-trois députés devant la Haute Cour Constitutionnelle.

Les requérants considèrent que la Haute Cour Constitutionnelle doit constater la carence du Président de la République dans la mise en place de la Haute Cour de Justice (HCJ) sur le fondement de l'article 167 de la Constitution[1]. En outre, ils estiment que le Président de la République « a délibérément retardé la nomination du représentant de la Commission Nationale Indépendante des Droits de l'Homme au sein du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de Droit en vue de compromettre le processus de désignation des membres de la HCJ »[2]. Le défendeur, quant à lui, soulève des vices de procédure quant à sa mise en accusation par l'Assemblée nationale[3].

Dans un premier temps, le juge constitutionnel s'est estimé compétent pour statuer sur la mise en accusation du Président de la République, la procédure s'inscrivant dans une demande de constat de carence du Président de respecter une obligation constitutionnelle[4]. En outre, elle rappelle la jurisprudence de la Haute Cour de 2015[5] relative à une mise en accusation du Président de la République qui considère qu'« il existe une obligation de moyen et non de résultat aux termes de l'article 167 ».

Dans un second temps, si elle considère qu'il s'agit d'une obligation de moyen, la Haute Cour constate la carence du Président de la République dans le processus de mise en place de la Haute Cour de Justice, et ce, « malgré l'injonction faite de la Haute Cour Constitutionnelle de parachever le

[1] L'article 167 de la loi fondamentale dispose : « Afin de respecter le prescrit constitutionnel, le Président de la République, dans un délai de 12 mois à compter de son investiture, invite les Instances compétentes à désigner les membres qui composeront la Haute Cour de justice afin de procéder dès l'expiration de ce délai à l'installation de la Haute Cour de justice. Toute partie justifiant d'un intérêt peut saisir les institutions compétentes de demande de sanction en cas de carence.
En ce qui concerne le Président de la République, exceptionnellement, l'instance compétente est la Haute Cour constitutionnelle qui serait autorisée à prendre les sanctions qu'aurait pu prendre la Haute Cour de justice si elle était installée ».

[2] Voir le Considérant 7 de la Décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 Relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

[3] Notamment les articles 14 à 34 de la loi organique n° 2014-043 du 18 décembre 2014 sur la HCJ.

[4] L'obligation de mettre en place la Haute Cour de Justice prévue à l'article 167 de la Constitution (voir le Considérant 11 de la Décision).

[5] Décision n° 24 – HCC/D3 du 12 juin 2015 relative à une résolution de mise en accusation du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

processus »[6]. Elle estime alors que son rôle est « d'apprécie(r) souverainement la nature de sanctions » qu'implique la carence du Président de la République sur le fondement de l'article 167 de la Constitution.

Par la Décision n°18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery Rajaonarimampianina, la Haute Cour Constitutionnelle déclare la requête recevable, constate la carence du Président de la République dans la mise en place de la Haute Cour de Justice, et contraint le Président de la République à mettre fin aux fonctions du Gouvernement et à procéder à la nomination d'un Premier ministre de consensus (Article 4 de la motivation de la Décision).

Sur le fondement de l'article 167 qui prévoit que la Haute Cour est autorisée à prendre des sanctions qu'aurait pu prendre la Haute Cour de Justice, la Haute Cour Constitutionnelle s'est posée en régulateur du « fonctionnement des Institutions et de l'activité des pouvoirs publics »[7]. Si la nature des sanctions prises est dépourvue de base légale, la Haute Cour a apprécié souverainement celle-ci en tenant compte des circonstances exceptionnelles dictées par la situation politique tendue à Madagascar. Elle justifie à ce titre son intervention en tant que « fonction de régulation des pouvoirs publics » par des éléments de droit comparé[8].

B. L'organisation des élections présidentielles

Préparant ainsi les élections présidentielles, la loi organique n°2018-008 relative au régime général des élections et des référendums et la loi organique n°2018-009 relative à l'élection du Président de la République ont été adoptées le 11 mai 2018. Il faut noter que de nombreuses dispositions des lois organiques relatives à l'organisation des élections ont été déclarées non conformes à la Constitution par la Haute Cour Constitutionnelle[9].

---

[6] Décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 Relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

[7] Considérant 17 de la Décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

[8] Considérant 18 de la Décision n° 18-HCC/D3 du 25 mai 2018 relative à une requête en déchéance du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA : « (…) Cours constitutionnelles ou institutions voisines des pays de la zone Afrique pour ne citer que celles du Gabon et du Bénin ; que la Haute Cour Constitutionnelle de Madagascar est membre et adhère aux principes des diverses Associations de Cours Constitutionnelles ou Institutions voisines de par le monde : Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA), Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF)… ».

[9] Voir Décision n° 16-HCC/D3 du 3 mai 2018 portant sur la loi organique n° 2018-009 relative à l'élection du Président de la République, et la Décision n° 15-HCC/D3 du 3 mai 2018 portant sur la loi organique n° 2018-008 relative au régime général des élections et des référendums.

Sur le fondement de l'article 117 qui confère à la Haute Cour Constitutionnelle le soin de vérifier la constitutionnalité des lois organiques à la Constitution, elle s'est posée en régulateur du bon fonctionnement des élections. Ont notamment été remis en cause le financement de la campagne pour des questions de transparence, ou encore les principes régissant les médias publics et médias privés en période de campagne pour des questions relatives à l'accès équitable des candidats aux médias publics pendant la période électorale[10] qui ont été, par la suite, modifiés pour être conformes à la Constitution.

Par ailleurs, la Constitution de la IVe République prévoit en son article 46 alinéa 2 que « le Président de la République en exercice qui se porte candidat aux élections présidentielles démissionne de son poste soixante jours avant la date du scrutin présidentiel ». Le Président de la République en exercice, Hery RAJAONARIMAMPIANINA, étant candidat à sa propre réélection, il saisit la Haute Cour Constitutionnelle le 7 septembre 2018 pour prendre acte de sa démission.

Sur le fondement respectif des articles 52 et 46, alinéa 2 de la Constitution[11], la Haute Cour constate ainsi la démission du Président de la République et le transfert des fonctions du Président de la République au Président du Sénat qui assure l'intérim dans une Décision n°30-HCC/D3 du 7 septembre 2018 portant constatation de la vacance de la présidence de la République et désignant le président du Sénat en tant que président de la République par intérim.

Les élections présentielles s'organisent progressivement suivant les textes[12], et la date a été fixée pour le 7 novembre 2018. La Haute Cour Constitutionnelle a alors été saisie par un citoyen d'une requête tendant à l'annulation des élections présidentielles prévues le 7 novembre 2018 et à la remise des pleins pouvoirs à l'un des descendants royaux de Madagascar pour diriger le pays[13]. Sans qu'il ne soit nécessaire de statuer sur le fond, la Haute Cour Constitutionnelle déboute le requérant sur le fondement de l'article 119 de la

[10] Concernant les médias privés, la cour ne soumet ces médias à aucune obligation d'égalité, et ont la possibilité de diffuser à leur convenance les déclarations des candidats qu'ils soutiennent (voir le Considérant 32 de la Décision n° 15-HCC/D3 du 3 mai 2018 portant sur la loi organique n° 2018-008 relative au régime général des élections et des référendums).

[11] D'une part, selon l'article 52 de la Constitution, « par suite de démission, d'abandon du pouvoir sous quelque forme que ce soit, de décès, d'empêchement définitif ou de déchéance prononcée, la vacance de la Présidence de la République est constatée par la Haute Cour Constitutionnelle ». D'autre part, l'article 46 alinéa 3 dispose que « dans ce cas, le Président du Sénat exerce les attributions présidentielles courantes jusqu'à l'investiture du nouveau Président ».

[12] Des candidatures ont été invalidées par la Haute Cour Constitutionnelle pour vices de procédure, voir Décision n° 25-HCC/D3 du 22 août 2018 invalidant des candidatures au premier tour de l'élection présidentielle du 7 novembre 2018.

[13] Voir le Considérant 1 de Décision n° 24-HCC/D3 du 14 août 2018 relative à une requête aux fins d'annulation de l'élection présidentielle du 7 novembre 2018.

Constitution[14] dans une Décision n° 24-HCC/D3 du 14 août 2018 relative à une requête aux fins d'annulation de l'élection présidentielle du 7 novembre 2018.

Le premier tour a été organisé le 7 novembre 2018 et le second tour le 19 décembre 2018, second tour qui voit l'élection du Président de la République[15], Andry RAJOELINA.

II. La législation par ordonnance : loi n°2019-001 déléguant le pouvoir de légiférer au Président de la République

L'année 2019 se distingue par une situation des plus singulières pour le paysage politique malgache. En effet, aucune activité législative n'est à signaler pour la période du 6 février au 2 juillet 2019 due à l'absence de siège de l'Assemblée nationale qui laisse le pays sans députés pendant cinq mois.

Cette situation, à tout le moins incongrue, s'explique par la fin de mandat de la législature précédente au 5 février 2019 pour une élection législative le 27 mai 2019 dont les résultats ont été proclamés par la HCC le 2 juillet 2019.

Ce vide institutionnel, qui n'a pas été prévu par la Constitution de 2010, peut conduire à un blocage de la machine administrative du pays qui nécessite l'intervention du législateur pour l'adoption de lois organiques telles que les lois de finances pour valider le budget de l'État, ou à la ratification de textes internationaux comme les accords de financement des banques de développement. En effet, selon l'article 84 de la Constitution, le Sénat ne peut discuter de questions législatives lorsque l'Assemblée nationale ne siège pas. Ses activités sont limitées aux demandes d'avis du gouvernement. Le Parlement, ainsi que toute activité législative, est donc en situation de blocage pendant cinq mois.

La solution qui a été adoptée a été celle de la légifération par ordonnance pour éviter une paralysie de l'administration. À cet effet, outre les situations d'exception prévues à l'article 61[16] qui permet au chef de l'État de prendre des ordonnances qui relèvent du domaine de la loi, l'article 104 permet au Parlement

[14] L'article 119 de la Constitution dispose que : « La Haute Cour Constitutionnelle peut être consultée par tout Chef d'Institution et tout organe des collectivités décentralisées… ».

[15] Des recours en annulation ont été introduits par les opposants politiques devant le juge des élections présidentielles qu'est la Haute Cour Constitutionnelle. Ils considèrent que des irrégularités ont eu lieu au sein de bureaux de vote. Au cours de la proclamation des résultats, la Haute Cour déclare ces recours recevables, mais sans fondement.

[16] Lorsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, son unité ou l'intégrité de son territoire sont menacées et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics se trouve compromis, le Président de la République peut proclamer, sur tout ou partie du territoire national, la situation d'exception, à savoir l'état d'urgence, l'état de nécessité ou la loi martiale. La décision est prise par le Président de la République en Conseil des Ministres, après avis des Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et de la Haute Cour Constitutionnelle.

de « déléguer son pouvoir de légiférer au Président de la République pendant un temps limité et pour un objet déterminé ». L'article 104 précise que « la délégation de pouvoir autorise le Président de la République à prendre, par ordonnance en Conseil des ministres, des mesures de portée générale sur des matières relevant du domaine de la loi ».

Le Parlement a donc adopté la loi n°2019-001 délégant le pouvoir de légiférer au Président de la République, loi qui a fait l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution par la HCC.

Dans une décision n°05-HCC/D3 du 13 février 2019, la Haute cour déclare conforme à la Constitution la loi n°2019-001 sous réserve de respecter les limites matérielles posées par l'alinéa 2 de l'article 104 de la Constitution et les limites fixées par ladite loi[17]. La HCC se pose en gardienne du respect des limites fixées par les textes.

Dans un premier temps, la Haute cour rappelle les limites temporelles de la légiférération par ordonnance[18]. Dans un second temps, elle pose les limites matérielles en invoquant notamment le principe de continuité de l'État, et ainsi éviter un vide institutionnel (§6 de la décision).

Cependant, l'absence de députés élus représente *de facto* un vide institutionnel, qui présente un « caractère exceptionnel » comme l'indique la Cour dans sa décision, et qui a été comblé par une « procédure d'urgence » pour assurer la continuité de l'État. Par ailleurs, si les textes limitent clairement le champ d'application du pouvoir de légiférer par ordonnance, la lecture de la décision de la Cour semble moins claire dans la mesure où elle indique que « les domaines dans lesquels l'autorisation d'empiètement de l'exécutif sur le législatif a été donnée ne sont pas trop étendus, car le législateur n'a pas le droit d'abandonner largement ses pouvoirs à l'exécutif » (§9) en précisant son rôle de vérification du champ d'application du pouvoir délégué au Président.

Elle semble assez floue dans son rôle de gardienne du pouvoir. La formulation de la décision implique une possibilité d'extension du pouvoir de légiférer, dans un cadre pourtant limité par la Constitution.

La légiférération par ordonnance a pu conduire à des extensions considérables du pouvoir du Président de la République. C'est notamment le cas, par exemple,

[17] L'article 1er de la loi n° 2019-001 du 13 février 2019 dispose que « jusqu'à l'entrée en fonction de la nouvelle Assemblée nationale, il est délégué au Président de la République le pouvoir de légiférer par voie d'ordonnance pour la mise en œuvre de son programme ».

[18] L'article 84 *in fine* de la Constitution qui implique que « le Parlement ne (pourra siéger) durant la période concernée » par la légiférération par ordonnance.

d'une ratification par ordonnance d'un accord international qui engage le pays[19], et qui, en temps ordinaire, doit poursuivre la procédure de ratification classique par l'adoption d'une loi par le Parlement. En outre, il s'est posé en véritable pouvoir constituant, tentative qui a connu un échec suite à l'avis de la Haute Cour Constitutionnelle (III).

III. L'échec de la révision constitutionnelle : Avis n°07-HCC/AV du 25 avril 2019

La campagne électorale de l'actuel Président en exercice se distingue par ses engagements de supprimer la deuxième chambre parlementaire de la République qu'est le Sénat[20], dont le régime juridique est prévu aux articles 80 et suivants de la Constitution. Une procédure de révision de la Constitution a ainsi été envisagée par le nouveau régime sur fond de promesses présidentielles[21]. Le Président de la République saisit alors la Haute Cour Constitutionnelle en date du

[19] Voir, Ordonnance n° 2019-014 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt relatif au financement du projet de mise à niveau et de réhabilitation de la RN5A reliant Ambilobe à Vohémar, conclu le 14 juin 2019, et qui a été déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 6-HCC/D1 du 21 juin 2019 ; Ordonnance n° 2019-003 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Aménagement de Corridors et de facilitation du Commerce conclu le 17 décembre 2018 entre la République de Madagascar, la Banque Africaine de Développement et le Fonds Africain de Développement en qualité d'Administrateur de la Facilité d'Appui à la Transition, déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 02-HCC/D1 du 14 mai 2019 ; Ordonnance n° 2019-010 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Aménagement de Corridors et de Facilitation du Commerce conclu le 17 décembre 2018 entre la République de Madagascar et le Fonds Africain de Développement, déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 4-HCC/D1 du 7 juin 2019 ; Ordonnance n° 2020-001 autorisant la ratification de l'Accord de financement de l'opération d'appui budgétaire pour investir dans la politique de développement du capital humain « Investing in Human Capital Developpement Policy Financing » déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 04-HCC/D1 du 24 avril 2020 ; l'ordonnance n° 2019-011 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt relatif au financement du projet de développement de l'accès à l'électricité au moindre coût (LEAD), conclu le 26 mars 2019, déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 5-HCC/D1 du 21 juin 2019 ; Ordonnance n° 2019-004 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt relatif au financement du Projet de construction du pont sur le fleuve Mangoky, l'Aménagement des voies d'accès et de liaison avec la RN9, les travaux connexes et les services de consultance conclu le 8 décembre 2018 entre la République de Madagascar et le Fonds Koweïtiens pour le Développement Économique Arabe, déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 03-HCC/D1 du 14 mai 2019.

[20] Sur l'opportunité d'une suppression de la deuxième chambre parlementaire, voir la partie consacrée à la décentralisation.

[21] Voir la demande d'Avis n° 30/04/PRM/AIN/2019 du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire.

24 avril 2019 sur le fondement de l'article 119 de la Constitution[22] et du dernier alinéa de l'article 41 de l'ordonnance du 18 novembre 2001 relative à la HCC aux fins de demande d'avis sur l'opportunité de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire.

A. Sur la nécessité impérieuse de la révision

La révision de la Constitution est prévue aux articles 161 et suivants de la Constitution qui disposent qu'« aucune révision de la Constitution ne peut être initiée, sauf en cas de nécessité jugée impérieuse » (Article 161). La « nécessité » impérieuse n'est pas définie par la loi fondamentale qui se borne à définir les limites de la révision constitutionnelle[23]. La Haute Cour Constitutionnelle précise dans son avis n°07-HCC/AV du 25 avril 2019 sur le pouvoir du Président de la République de soumettre directement au Peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire qu'il lui appartient d'apprécier la réalité de la « nécessité impérieuse » (§10) sans pour autant donner plus de substance à l'existence ou non en l'espèce de cette nécessité. En effet, elle se limite à « exercer un contrôle du respect de la procédure de révision prévu par la Constitution » (§10).

B. Sur la procédure de révision

L'article 162 de la Constitution prévoit que le « projet ou proposition de révision doit être approuvé par les trois quarts des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat » avant d'être soumis au référendum. Or, le projet de révision constitutionnelle a été initié au cours d'une période de transition entre deux législatures qui se manifeste par une « absence de l'Assemblée nationale », ce que ne manque pas de souligner la demande d'Avis du Président de la République[24]. En outre, le requérant prétend qu'il dispose de la possibilité de

[22] L'article 119 dispose que « (l) a Haute Cour Constitutionnelle peut être consultée par tout Chef d'Institution et tout organe des Collectivités Territoriales Décentralisées pour donner son avis sur la constitutionnalité de tout projet d'acte ou sur l'interprétation d'une disposition de la présente Constitution ».

[23] De manière classique, l'article 163 pose les exceptions à la révision constitutionnelle : la forme républicaine de l'État, l'intégrité du territoire national, la séparation des pouvoirs, le principe d'autonomie des collectivités territoriales décentralisées, la durée et le nombre de mandats du Président de la République.

[24] Avis n° 30/04/PRM/AIN/2019 du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire, p.2.

recourir directement au référendum sur le fondement de l'article 5[25] et 55-5[26], précisant que le peuple est « source de pouvoir constituant »[27].

Par ailleurs, la possibilité du recours au référendum constituant n'est pas nouvelle dans la jurisprudence constitutionnelle malgache. C'est notamment le cas dans une décision n°01-HCC/AR du 27 avril 2007 qui déclare conforme à la Constitution la révision constitutionnelle par voie de référendum du 4 avril 2007. En effet, la Haute Cour a considéré que « les dispositions de la Constitution[28] « confèrent au Président de la République le droit de soumettre, en Conseil des Ministres, la révision de la Constitution à référendum. Selon le considérant de principe, « le référendum constitue un procédé établissant un dialogue sans intermédiaire entre le Président de la République en exercice et les citoyens, dialogue permettant au premier de demander aux seconds de lui accorder constitutionnellement les moyens de sa politique ; » sans en limiter le champ d'application matériel.

Enfin, dans sa demande d'Avis, le requérant estime que la deuxième chambre parlementaire n'aurait pas à prendre part à la procédure de révision constitutionnelle dans la mesure où le projet de révision prévoit une suppression de ladite chambre. Il considère que « les sénateurs seront à la fois juges et parties de la question de son éventuelle suppression »[29].

La question se pose alors de savoir dans quelle mesure le Président de la République peut soumettre une révision constitutionnelle à un référendum.

Sans répondre à la question de la confusion des pouvoirs des sénateurs, le juge constitutionnel émet un avis défavorable à la demande du Président de la République. Tout en rappelant la coexistence d'organes représentatifs et le champ d'application de l'article 55-5 de la Constitution, la Haute cour limite le droit d'initiative de consultation populaire, et exclut ainsi les cas de révision constitutionnelle. En outre, elle rappelle que la légifération par ordonnance prévue à l'article 104 de la Constitution ne permet pas au Président de la République de se poser en pouvoir constituant dérivé.

---

[25] L'article 5 de la Constitution dispose que « la souveraineté appartient au peuple, source de tout pouvoir, qui l'exerce par ses représentants élus au suffrage universel direct ou indirect, ou par la voie du référendum (…) ».

[26] L'article 55-5 prévoit que le Président de la République « peut, sur toute question importante à caractère national, décider en Conseil des ministres de recourir directement à l'expression de la volonté du peuple par voie de référendum ».

[27] Demande d'Avis n° 30/04/PRM/AIN/2019 du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire, p.3.

[28] La Constitution de la IIIe République (la Constitution en vigueur actuellement étant celle de la IVe République).

[29] Demande d'Avis n° 30/04/PRM/AIN/2019 du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire, p.5.

La définition de la « nécessité impérieuse » du référendum constitutionnel n'a pas été abordée dans la demande d'avis qui se limite à des questions d'analyse procédurale, outre les arguments liés aux engagements présidentiels.

Les révisions constitutionnelles sont inhérentes aux changements de régime politique à Madagascar[30]. Cependant, la jurisprudence qui se dessine pose une question de cohérence et de sécurité juridique sur l'opportunité de soumettre par voie de référendum une révision constitutionnelle. En outre, la « nécessité impérieuse » n'a pas été précisée par la Haute cour, ce qui laisse une marge d'interprétation considérable à la jurisprudence en matière de révision constitutionnelle.

Le Président de la République avait déclaré procédé à la révision constitutionnelle dès la mise en place d'une nouvelle législature en juillet 2019. À ce jour, d'après l'actualité, aucune procédure de révision n'est envisagée. En outre, l'esprit de la révision constitutionnelle[31] a été mis en œuvre par une autre voie : la désignation d'un gouverneur par région par décret pris en Conseil des ministres (IV).

IV. La nomination des gouverneurs de région : décret n°2019-1866 du 25 septembre relatif au Gouverneur

Un décret a été adopté en Conseil des ministres le 25 septembre 2019, décret qui organise le statut de Gouverneur. Le Président du Sénat saisit alors la Haute Cour Constitutionnelle pour un contrôle de constitutionnalité dudit décret.

L'article premier du décret définit le gouverneur comme « la fonction exécutive de la Région ». L'article 154 de la Constitution définit le chef de région comme étant « le premier responsable de la stratégie et de la mise en œuvre de toutes les actions de développement économique et social de sa région », et que la direction de la région doit être menée par un Chef de région.

La question se pose alors de savoir s'il y a confusion de pouvoirs entre Chef de région et Gouverneur, et si cela a notamment un impact sur l'organisation administrative de l'État, et notamment le principe d'autonomie prévu par l'article 163 de la Constitution[32].

---

[30] Les référendums du 08/10/1972, 21/12/1975, 19/08/1992, 17/09/1995, 15/03/1998, 04/04/2007, 17/11/2010.

[31] Pour rappel, selon les engagements présidentiels, il s'agit de la mise en œuvre d'une décentralisation, ce reste, à tout le moins, contradictoire avec la nomination de gouvernants locaux.

[32] L'article 163 dispose notamment que le principe d'autonomie qui ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle.

La HCC déclare conforme à la Constitution le décret relatif au statut de Gouverneur en procédant à la confusion entre les fonctions de Gouverneur et les fonctions de Chef de Région. Par ailleurs, elle justifie la désignation du Gouverneur par le gouvernement, à l'instar d'une élection des gouvernants locaux comme le suggèreraient les principes classiques de décentralisation, comme étant « temporaire en vue du passage effectif au statut de collectivité territoriale décentralisée des Régions » (Article 2 de la motivation de la Décision).

La Haute Cour rappelle ainsi l'importance de l'organisation décentralisée de l'État malgache[33], et les principes classiques de droit constitutionnel et droit administratif qui mettent en œuvre cette organisation (§8 de la décision) : le principe d'autonomie et le principe de libre administration. La Haute cour précise également l'alinéa du Préambule de la Constitution qui prévoit une « mise en œuvre de la décentralisation effective par l'octroi de la plus large autonomie aux collectivités décentralisées tant au niveau des compétences que des moyens financiers ».

Cependant, si la Haute Cour met l'accent sur la nécessité d'assurer la continuité des services publics et le caractère temporaire du mode de désignation des gouvernants locaux, elle ne précise pas ce que recouvre « le délai raisonnable » (§8 de la Décision) pour l'organisation d'élections régionales.

Près d'un an après l'adoption du décret en Conseil des ministres, aucune élection régionale n'a été organisée, et plusieurs gouverneurs ont été récemment nommés en Conseil des ministres[34]. En outre, une certaine incohérence subsiste concernant les engagements présidentiels qui justifient la suppression du Sénat par une décentralisation progressive de l'organisation administrative. De manière assez classique en droit public interne, la deuxième chambre parlementaire représente toutefois les intérêts des collectivités locales. La nomination des gouvernants locaux procède d'un renforcement du contrôle du pouvoir central sur les collectivités locales.

V. Les élections législatives

Enfin, l'année 2019 se distingue par une situation des plus singulières en droit constitutionnel : l'absence de l'Assemblée nationale durant cinq mois due à

[33] L'article 3 de la Constitution prévoit que « La République de Madagascar est un État reposant sur un système de collectivités territoriales décentralisées composées de Communes, de Régions et des Provinces dont les compétences et les principes d'autonomie administrative et financière sont garantis par la Constitution et définis par la Loi ».

[34] À titre d'illustration, la nomination par décret pris en Conseil des ministres le 23 juillet 2020 des Gouverneurs des Régions Analanjirofo, Diana et Boeny.

un écart considérable entre la date de fin d'une législature et la date de début de la législature suivante[35].

L'organisation des élections législatives est prévue par la loi organique n°2018-010 relative à l'élection des députés de l'Assemblée nationale qui a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et déclarée conforme à la Constitution en date du 3 mai 2018 dans une décision n°17-HCC/D3 du 3 mai 2018.

La loi n°2019-002 vient modifier et compléter certaines dispositions de la loi organique relative à l'élection des députés. Ainsi, l'article 4 nouveau modifie le mode de scrutin pour l'élection des députés dans les circonscriptions qui comportent plusieurs sièges. Le scrutin la représentation proportionnelle vient remplacer le scrutin majoritaire à un tour.

La Cour rappelle ainsi les modes de scrutin ainsi que leurs implications. En effet, cette combinaison favorise « la personnalisation de l'élu et la constitution d'une majorité solide et durable » d'une part, mais également permettre une meilleure représentativité des partis politiques dans le paysage politique malgache[36].

Les élections législatives ont ainsi été organisées le 27 mai 2019, législations dont les résultats ont été proclamés par la Haute Cour Constitutionnelle.

Il faut également signaler l'adoption de l'ordonnance n°2019-006 portant loi organique modifiant certaines dispositions de la loi organique n°2015-007 du 3 mars 2015 fixant les règles relatives au fonctionnement du Sénat ainsi qu'aux modalités d'élection et de désignation des Sénateurs de Madagascar. Cette ordonnance a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en date du 25 mai 2019. À ce jour, la date des élections sénatoriales n'a pas encore été fixée.

VI. La déchéance d'un Sénateur pour changement de parti politique

La perspective des élections législatives est également l'occasion de voir une application des dispositions légales et constitutionnelles relatives au fonctionnement des institutions de la République. C'est notamment le cas du devoir de loyauté et fidélité envers son parti politique rappelé par la Haute Cour Constitutionnalité dans une décision du 14 mai 2019.

En l'espèce, le 24 avril 2019, le Président du Sénat saisit la Haute Cour Constitutionnelle aux fins de prononcer la déchéance d'un Sénateur du fait de sa

[35] Qui a conduit, pour rappel, à une légifération par ordonnance pour pallier ce vide institutionnel.
[36] Voir le Considérant 6 de la Décision n° 17-HCC/D3 du 3 mai 2018.

démission de son parti politique sous les couleurs desquels il s'est présenté pour les élections législatives pour rejoindre un autre parti politique pour lequel il s'est présenté pour les prochaines élections. Le Président du Sénat demande ainsi à la Haute Cour de désigner un Sénateur issu du parti vainqueur aux élections en remplacement en remplacement sur le fondement de l'article 8 alinéa premier de la loi organique fixant les règles de fonctionnement du Sénat.

La Haute Cour Constitutionnelle accueille la demande du Président du Sénat sur le fondement de l'article 72 alinéa premier de la Constitution qui dispose que « durant son mandat, le Député ne peut, sous peine de déchéance, changer de groupe politique pour adhérer à un nouveau groupe, autre que celui au nom duquel il s'est fait élire ». Le régime juridique applicable au sénateur est assimilable à celui du député conformément à l'article 85 de la Constitution. La Haute Cour rappelle également la loi relative aux partis politiques qui interdit au titulaire d'un mandat public électif de « changer de parti autre que celui au nom duquel il s'est fait élire, sauf à siéger comme indépendant durant son mandat »[37]. Par voie de conséquence, la Haute Cour désigne le suppléant du Sénat frappé de déchéance sur le fondement de l'article 8 alinéa premier de la loi organique fixant les règles de fonctionnement du Sénat.

On y trouve une application intéressante du devoir de loyauté et fidélité de l'élu envers le parti politique pour lequel il s'est présenté, un devoir qui va au-delà d'un simple principe moral tel qu'on pourrait le penser communément. Cependant, ce devoir se trouve être légalement tempéré par la possibilité de quitter son parti politique pour exercer un mandat à titre indépendant. Cette limite au devoir de fidélité peut trouver sa justification dans la liberté d'opinion et d'expression prévue à l'article 10 de la Constitution, liberté qui ne peut être exercée sous couvert d'un parti pour lequel l'élu ne partage pas (ou plus) les convictions politiques.

[37] Article 25 alinéa premier de la loi n°2011-012 du 9 septembre 2011 relative aux partis politiques.

2. CHRONIQUE MALGACHE DE DROIT INTERNATIONAL

Randianina RADILOFE, Docteur en Droit de l'Université Côte d'Azur, Chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana

L'actualité en droit international qui implique l'État malgache est riche pour la période du 1er janvier 2018 au 31 juillet 2020. En effet, elle se distingue par l'adhésion de l'État et/ou la ratification d'accords multilatéraux (I), la ratification d'accords de coopération bilatérale (II), l'implication de l'État malgache dans des contentieux internationaux (III), et enfin, de manière très classique pour un pays en développement, la signature d'une série d'accords de financement du développement (IV).

I. Adhésion et/ou Ratification d'accords multilatéraux

A. Adhésion à la Zone de libre-échange économique continentale africaine (ZLECAf)

Madagascar est signataire de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine le 21 mars 2018, accord conclu lors du 10e Sommet extraordinaire de l'Union africaine à Kigali, au Rwanda. Cet accord crée un marché commun pour les marchandises et les services, conformément aux objectifs et principes énoncés dans le Traité d'Abuja lors de la vingt-cinquième session ordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine tenue à Johannesburg les 14 et 15 juin 2015.

Outre la baisse des barrières tarifaires et douanières, la ZLECAf pose les bases de la création d'une union douanière (Article 3.d) en vue de renforcer la compétitivité des économies africaines sur le plan mondial. La ZLECAf procède d'une élimination progressive des barrières tarifaires et non tarifaires au commerce des marchandises, d'une libéralisation progressive du commerce des services, d'une coopération en matière d'investissement, de droits de propriété intellectuelle et de politique de concurrence, et de manière générale d'une coopération commerciale[1].

Au 31 juillet 2020, les sources officielles indiquent que Madagascar n'a toujours déposé les instruments de ratification de l'Accord.

[1] Voir notamment l'article 4 de l'Accord consacré aux objectifs généraux.

B. Ratification des Statuts de l'Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB)

L'AAIB est une banque multilatérale d'investissement créée à l'initiative de la Chine spécialisée dans le financement d'infrastructures. Inaugurée en 2014, la Chine représente le principal actionnaire. L'Union européenne est le deuxième actionnaire de l'AIIB avec 20% du capital détenu.

Madagascar a adhéré à l'AIIB le 25 juin 2018 avec un capital de cinq millions de dollars ce qui représente 0,2613% du capital.

C. Adhésion à la Trade and Development Bank

La Banque de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe pour le Commerce et le Développement ou Trade and Development Bank (TBD) est une Banque multilatérale d'investissement qui finance principalement les projets de développement des membres du COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa)[2]. La Banque africaine de développement est le principal actionnaire de l'ADB. La Banque arabe pour le développement économique en Afrique (BADEA) et le fonds de l'OPEP pour le développement international (OFID) y sont également actionnaires.

Madagascar a rejoint la Trade and Development Bank en 2018. La loi n°2018-038 autorise la ratification des statuts de la Banque[3].

D. Adhésion à l'Institution de la Mutuelle Panafricaine de Gestion des Risques

L'Institution de la Mutuelle Panafricaine des Risques (ARC) a été créée à l'initiative de la Commission de l'Union africaine en collaboration avec le secrétariat de la Mutuelle panafricaine de Gestion des Risques (ARC) le 23 novembre 2012. L'Institution ARC est une institution spécialisée de l'Union africaine qui soutienne les États membres dans la gestion des catastrophes météorologiques et naturelles extrêmes affectant les populations. À ce titre, elle fournit une assistance financière et technique aux États membres.

[2] Même si les pays non membres du COMESA y sont également éligibles. La Chine est le premier pays non-membre du COMESA à intégrer la TBD en 2000.

[3] Loi déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 41-HCC/D1 du 29 décembre 2018 concernant la loi n° 2018-038 autorisant la ratification des statuts de la « Banque de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe pour le Commerce et le Développement » ou « Trade and Development Bank TDB ».

Madagascar a intégré l'Institution de la Mutuelle Panafricaine, et a ratifié les statuts le 12 juin 2018[4].

E. Coopération internationale en matière d'énergies renouvelables

L'Alliance Solaire Internationale (ASI) est organisation intergouvernementale basée en Inde. Il s'agit d'une initiative conjointe de la France et de l'Inde qui vise à produire des normes et standards en matière d'énergie solaire dont le premier Sommet fondateur se déroule le 11 mars 2018. En outre, elle met en place des mesures de renforcement de capacité et d'instruments financiers en vue d'une harmonisation des politiques publics, des réglementations et des tarifs entre les pays signataires de l'initiative.

Quatre-vingt-trois États ont signé l'accord. Madagascar a signé l'Accord le 15 novembre 2018 en marge de la Conférence de Marrakech sur les changements climatiques. La loi n°2018-005 autorise la ratification de l'Accord[5].

F. Droits de l'Homme

Madagascar a ratifié un certain nombre de traités internationaux en matière de droits de l'Homme en 2018 et 2019. Ces traités sont entrés en vigueur le 11 juin 2020. Il s'agit de :

– la Convention n°143 sur les travailleurs migrants (les dispositions complémentaires)[6] ;

– la Convention n°151 sur les relations de travail dans la fonction publique[7] ;

– la Convention n°154 sur la négociation collective[8] ;

---

[4] Loi déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 23-HCC/D1 du 6 juillet 2018 concernant la loi n° 2018-012 autorisant la ratification de l'Accord portant création de l'Institution de la Mutuelle Panafricaine de Gestion des Risques (ARC).

[5] Loi déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 20-HCC/D1 du 4 avril 2018 concernant la loi n° 2018-005 autorisant la ratification de l'Accord-cadre de l'Alliance solaire Internationale par la République de Madagascar.

[6] Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 35-HCC/D1 du 21 décembre 2018 concernant loi n° 2018-031 autorisant la ratification de la Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (Dispositions complémentaires).

[7] Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 36-HCC/D1 du 21 décembre 2018 concernant loi n° 2018-032 autorisant la ratification de la Convention n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique.

[8] Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 37-HCC/D1 du 21 décembre 2018 concernant loi n° 2018-033 autorisant la ratification de la Convention n° 154 sur la négociation collective, 1981.

– la Convention n°181 concernant les agences d'emploi privées[9] ;

– la Convention n°189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques[10].

En outre, le Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé est également entré en vigueur le 11 juin 2020[11].

Le Président de la République a déposé les instruments de ratification le 11 juin 2019 au siège de l'OIT.

II. Ratification d'Accords bilatéraux

L'année 2018 est marquée par l'entrée en vigueur des textes permettant le renforcement de la coopération entre la République de Madagascar et la République de Maurice. En effet, deux accords bilatéraux sont entrés en vigueur : l'Accord d'établissement de la Commission Mixte entre la République de Madagascar et la République de Maurice[12] d'une part, et l'Accord-cadre général de Coopération entre la République de Madagascar et la République de Maurice[13].

L'Accord d'établissement de la Commission a été signé le 11 mars 2016 lors de la visite officielle du Président de la République de Maurice à Madagascar. Cet accord bilatéral permet de mettre en place un « système de suivi et d'évaluation des accords conclus entre les deux pays »[14]. Cette Commission est présidée par les Ministres des affaires étrangères respectifs des deux pays signataires et composée d'experts dans les domaines économiques, culturels, techniques et scientifiques.

En matière de coopération bilatérale, outre le renforcement de la coopération entre la République de Madagascar et la République de Maurice, un

[9] Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 38-HCC/D1 du 21 décembre 2018 relative à la loi n° 2018-034 autorisant la ratification de la Convention n° 181 concernant les agences d'emploi privées, 1997.

[10] Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 39-HCC/D1 du 21 décembre 2018 relative à la loi n° 2018-035 autorisant la ratification de la Convention n° 189 concernant les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011.

[11]Convention déclarée conforme à la Constitution dans une Décision n° 40-HCC/D1 du 21 décembre 2018 concernant la loi n° 2018-036 autorisant la ratification du Protocole n° 29 de 2014 relatif à la Convention n° 29 sur le travail forcé.

[12] Accord déclaré conforme à la Constitution dans une Décision n° 25-HCC/D1 du 11 juillet 2018 concernant la loi n° 2018-015 du 22 juin 2018 autorisant la ratification de l'Accord d'établissement de la Commission Mixte entre la République de Madagascar et la République de Maurice.

[13] Accord déclaré conforme à la Constitution dans une Décision n° 26-HCC/D1 du 11 juillet 2018 concernant la loi n° 2018-016 du 22 juin 2018 autorisant la ratification de l'Accord-cadre général de Coopération entre la République de Madagascar et la République de Maurice.

[14] Voir l'exposé des motifs de la loi n° 2018-016 autorisation la ratification de l'Accord.

accord aérien entre la République de Madagascar et le Royaume des Pays-Bas signé le 8 novembre 2008 a fait l'objet d'une procédure de ratification en 2018[15].

III. Chronique des contentieux internationaux

Deux principaux contentieux impliquant l'État malgache sont à signaler pour la période 2018-2020 : l'évolution du litige entre la République de Madagascar et la République française d'une part, (A) et la sentence rendue par un tribunal CIRDI sur le différend qui oppose la République de Madagascar à Peter De Sutter, Kristof De Sutter, DS 2 S.A. et Polo Garments Majunga S.A.R.L dans la célèbre affaire dite « PGM » (B).

A. Différend maritime : les îles Éparses

Les Îles Éparses font l'objet d'un différend entre la République de Madagascar et la République française. Madagascar revendique officiellement sa souveraineté sur les Îles Éparses devant les instances internationales, et notamment l'Assemblée générale des Nations Unies qui adopte deux résolutions qui soutiennent les revendications malgaches fondées sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[16], alors que la France considère qu'elle dispose de la souveraineté sur les îles « conformément aux règles du droit international et sans la moindre protestation de la Communauté internationale à l'époque »[17].

L'objet de la chronique est de revenir sur l'actualité récente (2018-2020) qui couvre ce différend de plusieurs décennies. En effet, la revendication des îles Éparses a fait partie des engagements présidentiels au cours de la campagne électorale de 2018. Aussi, au mois de mai 2019, le Président malgache et son homologue français ont prévu trouver un accord commun qui résoudrait le litige pour le mois de juin 2020, qui coïnciderait avec les soixante ans d'indépendance de Madagascar. À cet effet, une commission mixte franco-malgache a été mise en place.

Le 23 octobre 2019, le Président de la République française s'est rendu sur l'île de la Grande Glorieuse où il y a annoncé qu'une partie des îles éparses serait

[15] Accord déclaré conforme à la Constitution dans une Décision n° 44-HCC/D1 du 29 décembre 2018 concernant la loi n° 2018-041 autorisant la ratification de l'Accord aérien entre la République de Madagascar et le Royaume des Pays-Bas signé le 6 novembre 2008.
[16] Résolution 34/91 du 12 décembre 1979 et Résolution 35/123 adoptée le 11 décembre 1980 « Question des îles Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India ».
[17] UN General Assembly, Special Political Committee, "Summary Record of the 42nd Meeting", A/SPC/35/SR.42, § 31, traduit par RICARD P., ROBIN D. -S., *Fiche technique sur les Îles Éparses France/Madagascar*, Projet ZOMAD, juin 2020, https://zomad.eu/fr/ind02-france-madagascar/ (Site consulté le 25 août 2020).

classée réserve naturelle. Dès le 24 octobre 2019, le Président de la République malgache qui indique la nécessité du dialogue pour respecter l'intégrité territoriale de Madagascar tout en rappelant la tenue de la première réunion prochaine de la Commission mixte.

Une première réunion de la Commission mixte s'est alors tenue le 18 novembre 2019. Elle a permis d'acter l'existence d'un différend sur la souveraineté sur les îles. Une consultation nationale malgache s'est tenue à Madagascar entre le 9 et 11 décembre 2019 pour mobiliser l'opinion publique sur les enjeux de la souveraineté des îles Éparses. Par la suite, en mai 2020, la Présidente de l'Assemblée nationale malgache annonce qu'un projet de loi prévoit de rattacher les îles éparses au territoire malgache. Il faut noter qu'une loi n°2018-025 relative aux zones maritimes de l'espace maritime sous la juridiction de la République de Madagascar a été adoptée par le Parlement et déclarée conforme à la Constitution le 14 décembre 2018 dans une Décision n°31-HCC/D3. Elle indique une affirmation implicite la souveraineté malgache sur les îles éparses à travers les méthodes de tracé indiquées dans ladite loi.

De son côté, le 11 mai 2020, une consultation ouverte du public a été mise en ligne par le ministère de la Transition écologique et solidaire français jusqu'au 1er juin 2020 concernant le Projet de décret relatif à la création de la Réserve naturelle nationale de l'archipel des Glorieuses[18]. L'État malgache a réagi à cette consultation par le biais du ministère des Affaires étrangères le 18 mai 2020 qui considère ce projet « de nature arbitraire et non respectueuse du processus de négociation en cours entre les deux États »[19].

L'objectif de trouver un accord pour le 26 juin 2020 n'a pas été atteint compte tenu, notamment, de la situation sanitaire actuelle.

B. Arbitrage d'investissement

Madagascar a fait l'objet d'importants troubles politiques en 2009 ayant mené le pays à une période de transition politique pendant cinq ans. En marge de ces troubles, des émeutes suivies de violences ont conduit à la destruction matérielle de nombreuses industries dans le pays en janvier 2009. C'est notamment le cas de la société Polo Garments Majunga S.A.R.L. (dite « PGM »), société de droit malgache spécialisée dans l'industrie textile. Les capitaux de cette société sont détenus par un investisseur de nationalité belge d'une part, et la

[18] Consultation qui a recueilli 70 % d'avis favorables et 12 % d'avis défavorable http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/rnn_glorieuses_-_tableau_retours_participation_du_public.pdf (Site consulté le 25 août 2020).

[19] Voir le Communiqué du ministère des affaires étrangères du 18 mai 2020.

société anonyme DS2, société de droit luxembourgeois détenu contrôlé par l'investisseur de nationalité belge.

La société PGM fait valoir ses droits auprès de la compagnie d'assurance Ny Havana, dont l'État malgache est le principal actionnaire, pour une indemnisation pour les pertes matérielles subies par la société suite aux pillages et incendies. La compagnie d'assurance ne donne pas droit à la demande d'indemnisation de la société au motif que cette perte était la conséquence d'évènements politiques non couverts par la police d'assurance.

Dans un premier temps, les tribunaux malgaches ont été saisis par l'investisseur. Le Tribunal de première instance accueille les prétentions du demandeur et condamne la compagnie d'assurance à payer la somme de 5.855.586,26 euros[20]. La compagnie d'assurance interjette appel. La Cour d'appel de Mahajanga rejette l'appel et confirme le jugement du tribunal d'instance[21]. Le procureur général auprès de la Cour suprême de Madagascar se pourvoit en cassation dans l'intérêt de la loi, suspendant l'exécution de l'arrêt.

Le 8 mars 2013, la société PGM dépose alors une requête d'arbitrage auprès de la CCI à Paris dirigée contre la République de Madagascar sur le fondement du traité bilatéral d'investissement Madagascar-Union économique belgo-luxembourgeois[22] en vue d'une condamnation à payer des dommages-intérêts correspondant à la somme mise à la charge de l'assureur d'une part, et des intérêts à hauteur de 6% d'autre part[23]. Une sentence CCI rendue à Paris le 29 août 2014 condamne l'État malgache à verser diverses sommes, qui ne correspondent, toutefois pas, aux prétentions des demandeurs[24].

L'État malgache forme alors un recours en annulation de la sentence arbitrale devant la Cour d'appel de Paris qui annule la sentence dans une décision

---

[20] Tribunal de première instance de Mahajanga, 20/10/2010.

[21] CA de Mahajanga, 4 juillet 2011.

[22] Accord entre la République de Madagascar et l'Union économique belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé le 29/09/2005 et entré en vigueur le 29/11/2008.

[23] Parallèlement à la requête d'arbitrage CCI, le Tribunal de grande instance (aujourd'hui tribunal judiciaire) de Créteil a été saisi en vue d'autoriser la saisie conservatoire des avoirs de l'État malgache. Pour les détails de la procédure, voir notamment les jugements du Tribunal de Grande Instance de Créteil du 24 mai 2013, TGI Créteil, 24 mai 2013, n° 13/03229 ; et de la Cour d'appel de Paris du 8 janvier 2015, 8 janvier 2015, N° 13/04646.

[24] D'après le paragraphe 242 de la Sentence CCI, « Les prétentions des demandeurs réclament des dommages-intérêts dont le montant correspond à la somme mise à la charge de (l'assureur) dans le dispositif de l'arrêt de la cour d'appel de Mahajanga ». Toutefois, l'arbitre unique condamne l'État malgache à payer la somme de 691 233,4 euros et les intérêts de 6 % sur les 5 885 333,02 euros. Cette somme correspond « au bénéfice qu'ils n'ont pas pu obtenir » (§251 de la Sentence).

du 15 mars 2016 sur le fondement de la méconnaissance du principe du contradictoire[25], le fondement juridique de la condamnation étant différent de celui formulé dans la demande. L'investisseur se pourvoit en cassation. Toutefois, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel dans une décision du 1er juin 2017 sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile français.

Une requête d'arbitrage devant le CIRDI[26] est alors introduite en date du 14 juin 2017 sur le fondement du TBI Madagascar-Union économique belgo-luxembourgeois. Le 17 avril 2020, le tribunal arbitral rend une sentence en faveur de l'investisseur[27]. Le 21 août 2020, l'État malgache introduit un recours en annulation de la sentence.

IV. Principaux Accords de financements internationaux conclus recensés

L'observation de la pratique montre que la majorité des accords internationaux– voire transnationaux – conclus par l'État malgache recouvre des accords de financement du développement. Onze principaux partenaires ont été recensés des sources officielles[28] pour trente accords conclus au cours de la période concernée.

1. EXIM Bank de Chine

– Accord de prêt relatif au financement du Projet de réhabilitation de la Route Ivato-Tsarasaotra et de la liaison du Boulevard de l'Europe au Village de la Francophonie conclu le 18 mai 2018[29].

– Accord de prêt relatif au financement du Projet d'Aménagement et d'Extension de la Voie rapide reliant le Port de Toamasina et la RN2 conclu le 3 septembre 2018[30].

---

[25] Le tribunal arbitral ayant substitué la demande d'allocation du principal de la condamnation prononcée par la Cour d'appel de Mahajanga assorti d'intérêts au taux légal en vigueur à Madagascar à une demande tendant à l'indemnisation de la perte de bénéfices pendant la durée de l'instance en cassation, Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mars 2016, Cour d'appel de Paris, 15 mars 2016, n° 14/19164.

[26] *Peter De Sutter, Kristof De Sutter, DS 2 S.A. and Polo Garments Majunga S.A.R.L. v. Republic of Madagascar*, ICSID Case No. ARB/17/18.

[27] La sentence n'a pas encore fait l'objet d'une publication sur le site officiel du CIRDI.

[28] Les accords qui ont été recensés sont ceux qui ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et ainsi été déclarés conformes à la Constitution.

[29] Loi n° 2018-023 autorisant la ratification de l'Accord.

[30] Loi n° 2018-040 autorisant la ratification de l'Accord.

– Accord de Prêt relatif au financement du projet de mise à niveau et de réhabilitation de la RN5A reliant Ambilobe à Vohémar conclu le 14 juin 2019[31].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de Modernisation du Réseau de Télécommunication de Madagascar conclu le 19 février 2020[32].

2. Fonds International de Développement Agricole (FIDA)

– Accord de prêt relatif au financement du Programme de Formation professionnelle et d'Amélioration de la Productivité agricole (FORMAPROD) conclu le 1er juin 2018 concernant un Financement Additionnel[33].

– Accord de prêt relatif au financement du Projet d'Amélioration de la Gestion des Opérations du Secteur de l'Électricité (PAGOSE) concernant un Financement additionnel[34].

– Accord de Prêt relatif au financement du projet « Pôles Intégrés de Croissance et Projet SOP-2 (PIC2.2) conclu le 24 octobre 2018[35].

3. Banque européenne d'investissement

– Accord de Prêt relatif au financement du projet de modernisation des réseaux routiers de - Madagascar[36].

– Accord de Prêt relatif au financement du projet « JIRAMA ANDEKALEKA HYDRO EXPANSION »[37].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet JIRAMA WATER III, conclu le 9 décembre 2019[38].

[31] Ordonnance n° 2019-014 autorisant la ratification de l'Accord.
[32] Loi n° 2020-004 autorisant la ratification de l'Accord.
[33] Loi n° 2018-029 autorisant la ratification de l'Accord.
[34] Loi n° 2018-039 autorisant la ratification de l'Accord.
[35] Loi n° 2018-042 autorisant la ratification de l'Accord.
[36] Loi n° 2018-002 autorisant la ratification de l'Accord.
[37] Loi n° 2018-003 autorisant la ratification de l'Accord.
[38] Loi n° 2020-009 autorisant la ratification de l'Accord.

4. Deutsche Bank

– Contrat de crédit relatif à un prêt de soutien budgétaire pour un appui à la restructuration de la Compagnie Air Madagascar entre la République de Madagascar, la Deutsche Bank AG, London Branch en qualité d'Arrangeur et TMF Global-Services (UK) Limited, en qualité d'Agent[39].

– Ratification de l'Accord de contre-indemnisation aux fins de garantir le prêt contracté par la République de Madagascar et Deutsche Bank AG, London Branch entre la République de Madagascar, le Fonds Africain de Développement (FAD) en qualité de Garant et la Banque Africaine de Développement (BAD) en qualité de Garant[40].

5. Financement africain

– Accord de Prêt relatif au financement du Programme de Promotion de l'Entrepreneuriat des Jeunes dans l'agriculture et l'agro-industrie (PEJAA) conclu le 12 février 2018 entre la République de Madagascar et le Fonds Africain de Développement (FAD)[41].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Aménagement de Corridors et de facilitation du Commerce conclu le 17 décembre 2018 entre la République de Madagascar, la Banque Africaine de Développement et le Fonds Africain de Développement en qualité d'Administrateur de la Facilité d'Appui à la Transition[42].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Aménagement de Corridors et de Facilitation du Commerce conclu le 17 décembre 2018 entre la République de Madagascar et le Fonds Africain de Développement[43].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de Renforcement et d'Interconnexion des Réseaux de Transport d'Énergie Électrique à Madagascar PRIRTEM I, conclu le 6 février 2020 entre la République de Madagascar et la Banque Africaine de Développement et le Fonds Africain de Développement (BAD/FAD)[44].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de Renforcement et d'Interconnexion des Réseaux de Transport d'Énergie Électrique à Madagascar

[39] Loi n° 2018-006 autorisant la ratification du contrat de crédit.
[40] Loi n° 2018-007 autorisant la ratification de l'Accord.
[41] Loi n° 2018-013 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt.
[42] Ordonnance n° 2019-003 autorisant la ratification de l'Accord.
[43] Ordonnance n° 2019-010 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt.
[44] Loi n° 2020-007 autorisant la ratification de l'Accord de Prêt.

PRIRTEM I, conclu le 6 février 2020 entre la République de Madagascar et la Banque Africaine de Développement et le Fonds Africain de Développement (agissant à titre d'administrateurs de la Facilité d'Appui à la Transition – BAD/FAT)[45].

6. Association internationale de développement

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Inclusion Financière conclu le 19 avril 2018[46].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de Développement Urbain intégré et de Résilience (PRODUIR)[47].

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet d'Appui à l'Éducation de Base (PAEB) conclu le 19 avril 2018[48].

– Accord de prêt relatif au financement du projet d'appui à la Connectivité des Transports (PACT)[49].

– Accord de financement de l'opération d'appui budgétaire pour investir dans la politique de développement du capital humain « Investing in Human Capital Developpement Policy Financing »[50].

– Accord de Prêt relatif au financement du projet de développement de l'accès à l'électricité au moindre coût (LEAD), conclu le 26 mars 2019[51].

7. Agence française pour le développement

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de Désenclavement des Quartiers précaires de l'Agglomération d'Antananarivo-Lalankely III, conclu le 2 mai 2018[52].

– Accord de prêt relatif au financement du programme Catastroph Deferred Drawdown Option (CAT DDO)[53].

[45] Loi n° 2020-008 autorisant la ratification de l'Accord.
[46] Loi n° 2018-017 autorisant la ratification de l'Accord.
[47] Loi n° 2018-019 autorisant la ratification de l'Accord.
[48] Loi n° 2018-022 autorisant la ratification de l'Accord.
[49] Loi n° 2019-007 autorisant la ratification de l'Accord.
[50] Ordonnance n° 2020-001 autorisant la ratification de l'Accord.
[51] Ordonnance n° 2019-011 autorisant la ratification de l'Accord
[52] Loi n° 2018-018 autorisant la ratification de l'Accord.
[53] Loi n° 2019-006 autorisant la ratification de l'Accord.

8. Fonds de l'OPEP pour le Développement International (OFID)

– Accord de financement relatif au Programme de Développement des Filières Agricoles (DEFIS) conclu le 22 avril 2018[54].

– Accord de prêt relatif au financement partiel du projet de construction du pont sur le fleuve Mangoky, conclu le 17 septembre 2019[55].

9. Financement du gouvernement du Royaume de Belgique

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de construction de centrales électriques hybrides photovoltaïques/Diesel conclu le 23 mai 2018[56].

10. Fonds koweïtien pour le développement économique arabe

– Accord de Prêt relatif au financement du Projet de construction du pont sur le fleuve Mangoky, l'Aménagement des voies d'accès et de liaison avec la RN9, les travaux connexes et les services de consultance conclu le 8 décembre 2018[57]

11. Banque arabe pour le développement économique en Afrique

– Accord de prêt relatif au financement du projet de construction du pont sur le fleuve Mangoky, conclu le 12 juin 2019[58].

[54] Loi n° 2018-021 autorisant la ratification de l'Accord.
[55] Loi n° 2019-005 autorisant la ratification de l'Accord.
[56] Loi n° 2018-030 autorisant la ratification de l'Accord.
[57] Ordonnance n° 2019-004 autorisant la ratification de l'Accord.
[58] Loi n° 2019-003 autorisant la ratification de l'Accord de prêt.

3. CHRONIQUE DE DROIT ADMINISTRATIF MALGACHE

Randianina RADILOFE, Docteur en Droit de l'Université Côte d'Azur, Chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana

La crise sanitaire actuelle n'épargne pas l'État malgache, ce qui a conduit le gouvernement, à l'instar de ses homologues étrangers, à prendre des mesures règlementaires restrictives de libertés pour répondre à la crise et limiter la circulation du virus (I).

L'actualité du droit administratif se distingue également par des réformes relatives au statut de diverses personnes morales de droit public (II), le recul de la décentralisation tel qu'il a été vu dans la chronique consacrée au droit constitutionnel (III), à la création de zones économiques spéciales en droit fiscal (IV), à une réforme du droit de la concurrence, notamment caractérisée par une réaffirmation du rôle du conseil de la concurrence (V), et une dépénalisation des délits relatifs aux mangroves en droit de la pêche (VI).

I. COVID-19. Application de la loi n°91-011 du 18 juillet 1991 relative aux situations d'exception : l'état d'urgence sanitaire

Si l'année 2019 a été marquée par des circonstances politiques exceptionnelles avec une absence de l'Assemblée nationale, un pouvoir de légifération exceptionnel du Président de la République, l'année 2020 sera marquée par l'épidémie de la COVID-19.

Les situations exceptionnelles sont régies par la loi n°91-011 du 18 juillet 1991 relative aux situations d'exception. L'article 1er de ladite loi définit une situation exception comme « la situation d'urgence, l'état de nécessité nationale et la loi martiale ». La situation d'urgence proclamée par décret pris en Conseil des ministres, après avis des chefs d'institution.

La situation sanitaire l'exigeant, après avis des chefs d'institution, le Président de la République décide de proclamer l'état d'urgence sanitaire sur tout le territoire de la République de Madagascar le 31 mars 2020[1] pour une durée de 15 jours pour des raisons de « sécurité sanitaire, de calamité publique et pour permettre le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » (Article 1 du décret).

L'article 3 du décret prévoit notamment une délégation des pouvoirs du Président de la République en matière de contrôle de la circulation des personnes

[1] Décret n° 2020-359 du 21 mars 2020.

et des véhicules, de contrôle du ravitaillement et de contrôle des armes au Premier ministre, et ce, pour assurer une meilleure gestion de la crise sanitaire.

L'état d'urgence sanitaire est limité par la loi sur les situations d'exception à une période de quinze jours à Madagascar. Aux termes des quinze jours, un nouveau décret pris en Conseil des ministres doit être adopté pour proroger l'état d'urgence sanitaire, et ce, sur avis des chefs d'institution.

Aussi, depuis le 21 mars 2020, et jusqu'à la fin de la période qui couvre la présente chronique (jusqu'au 31 juillet 2020), l'état d'exception a été prolongé toutes les deux semaines par décret pris en Conseil des ministres.

Aucun contentieux relatif à la loi sur les situations d'exception et les décrets d'application n'a été signalé durant cette période.

II. Actualité relative aux personnes morales de droit public

A. Réforme de la Commission nationale Indépendante des Droits de l'Homme

La loi n°2014-007 du 22 juillet 2014 crée une nouvelle personne morale de droit public en charge de la promotion et de la protection des droits de l'Homme à Madagascar. Elle est composée d'un Président et de onze membres :

– un représentant des associations œuvrant dans la protection des droits de la femme,

– un représentant de l'Ordre des avocats,

– un représentant de l'Ordre des journalistes,

– un représentant de l'Assemblée nationale,

– un représentant du Sénat,

– un représentant de l'exécutif désigné par le Premier ministre

– un enseignant-chercheur de droit

– un représentant des associations œuvrant dans la protection des droits de l'enfant

– un représentant des associations œuvrant dans la protection des droits des personnes vivant avec un handicap

– deux représentants d'ONG œuvrant dans la défense des droits humains

La CNIDH dispose d'une mission principalement consultative en formulant des avis et recommandations sur saisine des autorités politiques. Elle dispose également de la faculté de s'autosaisir sur les domaines de compétence large relevant des droits de l'Homme et prévus par la loi n°2014-007 du 22 juillet 2014.

La loi n°2018-028 vient élargir les attributions de la CNIDH en mettant en place un mécanisme de prévention de la torture. Dans ce cadre, la loi lui permet de procéder à des contrôles au cours de la privation de liberté. Il s'agit principalement d'une mission de prévention contre la torture à l'égard des prisonniers.

Outre l'extension des compétences de la CNIDH, la loi n°2018-028 vient renforcer les avantages et privilèges des membres de la CNIDH en leur conférant « une considération appropriée à leur fonction ainsi qu'à la nécessité de préserver la dignité et la sécurité de la mission de la CNIDH »[2]. Parmi ces privilèges, on note notamment l'octroi de passeport diplomatique. La Haute Cour Constitutionnelle déclare cette loi conforme à la Constitution le 23 janvier 2019 dans une Décision n°02-HCC/D3 en émettant une réserve sur l'émission de passeports diplomatiques. En effet, en faisant référence à la décision n°09-HCC/D3 du 28 janvier 2015 concernant la loi organique n°2014-039 portant quelques droits et privilèges inhérents aux fonctions des députés, elle rappelle l'objectif de détention d'un passeport diplomatique : celui de « favoriser l'exercice d'une fonction officielle ».

En effet, on comprend difficilement la nécessité d'une immunité diplomatique dans le cadre de missions principalement nationales, particulièrement dans un pays où les droits de l'homme font l'objet de nombreuses violations au sein des établissements pénitentiaires[3].

B. Réglementation des établissements publics

a. Une loi fixant les principes régissant les établissements publics ainsi que les règles de créations des catégories d'établissement public a été adoptée par le Parlement et a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur saisine du Président de la République par intérim le 28 décembre 2018. Telle qu'indiqué par la décision n°03-HCC/D3 du 28 janvier 2019, cette loi rappelle la distinction entre le caractère administratif et le caractère industriel et commercial d'un établissement public. Elle précise notamment que les règles fixées pour la création

[2] Voir le Paragraphe 10 de la Décision n° 02-HCC/D3 du 23 janvier 2019 concernant la loi n° 2018-028 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 2014-007 du 22 juillet 2014 portant institution de la Commission nationale Indépendante des Droits de l'Homme.

[3] Voir le Rapport 2018 d'Amnesty International sur les conditions des détenus à Madagascar, Amnesty International, *Punis parce qu'ils sont pauvres, Le recours injustifié, excessif et prolongé à la détention préventive à Madagascar*, 2018, 123 p.

d'une catégorie d'établissement public relèvent de la compétence réglementaire (§6).

b. Outre les précisions sur la création d'établissements publics, sur saisine du Président du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de droit, la Haute cour constitutionnelle s'est prononcée sur la conformité à la Constitution de la loi n°95-023 du 5 septembre 1995 portant Statut des Enseignants et Chercheurs de l'Enseignement Supérieur. Cette décision a été l'occasion pour la Haute Cour de préciser l'importance du principe d'autonomie des universités, « dépassant l'autonomie administrative et financière classique » (§10). Aussi, « la loi doit garantir à l'enseignement et la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique » (§11). Aussi, si le statut des universités faisait partie du domaine réglementaire, pour garantir cette autonomie, le statut et le régime des universités font désormais partie du domaine de loi[4].

C. Création de l'Agence routière

L'ordonnance n°2019-013 a pour objet l'abrogation de la loi n°2005-046 du 24 avril 2004 portant création de l'Autorité routière. L'article 7 de la loi 2018-037 du 8 février 2019 prévoit la « création ou l'assujettissement de chaque établissement public existant à des dispositions réglementaires ». Il a alors été décidé par l'ordonnance n°2019-001 sur le patrimoine routier de la création d'une Agence routière pour répondre au mieux aux besoins économiques avec la création d'un Fonds routier. Cette ordonnance élargit le cadre de l'Agence routière de l'administration en matière d'infrastructures routières. Si l'Agence routière ainsi que le Fonds d'entretien routier précédent se limitaient à l'entretien des routes, le nouveau cadre juridique inclut désormais la construction, l'aménagement, la réhabilitation, l'entretien, la gestion et l'exploitation[5].

Par la suite, l'ordonnance n°2019-001 relative au patrimoine a été adoptée pour instaurer le cadre juridique permettant de classer les routes et de définir les modalités se rapportant à leur construction, aménagement, réhabilitation, entretien, gestion et exploitation[6]. En outre, elle répartit les compétences entre le pouvoir central et les collectivités locales en la matière.

---

[4] Décision n° 10-HCC/D3 du 3 juillet 2020 concernant les textes régissant les Établissements publics et les Universités publiques par rapport à la loi relative à la Banque centrale, par interprétation de l'article 95 de la Constitution.

[5] Voir la Décision n° 13-HCC/D3 du 5 juillet 2019 concernant l'ordonnance n° 2019-012 portant abrogation des dispositions législatives relatives à la création du Fonds d'Entretien Routier et l'ordonnance n° 2019-013 portant création de l'Autorité Routière.

[6] Voir la Décision n° 07-HCC/D3 du 10 mai 2019 concernant l'Ordonnance n° 2019-001 relative au patrimoine routier.

D. Missions de l'Assemblée nationale : création du Comité de coordination générale des projets de l'Assemblée nationale

Un arrêté portant création, organisation, attributions et fonctionnement du Comité de coordination générale des projets de l'Assemblée nationale a été pris par le Président de l'Assemblée nationale en exécution du nouveau Règlement intérieur de l'Assemblée nationale[7]. Cet arrêté a été adopté en annexe au Règlement intérieur.

Ce Comité a été créé dans l'objectif de gérer les projets et programmes issus de la coopération avec les partenaires techniques et financiers, suivant les dispositions de l'article 50 nouveau de l'arrêté portant modification de certaines dispositions de l'arrêté n°88-AN/P du 21 mars 2003.

Selon l'article de l'arrêté portant création du Comité, « le comité de projet est composé d'un organe d'orientation et de délibération dénommé Comité de Pilotage et d'un organe d'exécution et de coordination dénommée Coordination Générale des Projets laquelle est dirigée par un coordinateur général des projets ».

La création d'un Comité de pilotage coïncide avec les premiers mois de législature d'une nouvelle Assemblée, après plusieurs mois de transition marqués par une absence de l'Assemblée nationale.

III. Droit des collectivités territoriales : le recul de la décentralisation

La loi n°2018-011 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°2014-020 du 27 septembre 2014 relative aux ressources des collectivités territoriales décentralisées, aux modalités d'élections ainsi qu'à l'organisation, au fonctionnement et aux attributions de leurs organes a été adoptée par le Parlement le 16 avril 2018 et soumise au contrôle de constitutionnalité à la Haute Cour Constitutionnelle le 24 avril 2018.

Ce texte vient modifier la loi de 2014 sur les ressources des collectivités en consolidant les ressources existantes des collectivités territoriales décentralisées, tout en créant de nouvelles ressources afin d'assurer leur autonomie financière. En outre, elle pose les règles relatives aux élections locales, caractéristique d'une organisation décentralisée du territoire.

[7] Cet arrêté a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par la Haute Cour Constitutionnelle, voir, Décision n° 06-HCC/D3 du 21 février 2020 relative à un arrêté portant création, organisation, attributions et fonctionnement du Comité de coordination générale des projets de l'Assemblée nationale.

Toutefois, le 25 septembre 2019 a été adopté le décret n°2019-1866[8] relatif au Statut de Gouverneur qui vient confondre les Statuts de Chef de Région et Gouverneur. Les gouverneurs ont ainsi été nommés par le pouvoir central, en l'occurrence par décret pris en Conseil des ministres, ce qui remet vraisemblablement en cause l'organisation décentralisée du territoire.

Cette remise en cause a été justifiée par le pouvoir central comme un objectif de mettre en œuvre la décentralisation[9], ce qui semble à tout le moins incohérent avec les fondements de la décentralisation. La Haute Cour Constitutionnelle[10] vient alors tempérer cette justification en rappelant les principes fondamentaux de mise en œuvre de la décentralisation que sont notamment le principe d'autonomie et le principe de libre administration. Ceci étant, elle a déclaré conforme à la Constitution le décret instituant le Statut de Gouverneur sous réserve d'organiser dans un « délai raisonnable »[11] des élections locales, sans pour autant préciser ce qu'elle entend par « délai raisonnable ».

IV. Droit fiscal : la création de Zones Économiques Spéciales

La loi n°2017-023 prévoit un régime spécifique destiné aux investisseurs qui consiste en la mise en place d'avantages économiques, fiscaux et administratifs à l'attention de ces investisseurs situés dans une zone géographique déterminée. Cette loi a pour objectif d'attirer les investisseurs dans un environnement d'affaires plus favorable pour développer l'économie du pays.

Est créé à cet effet une nouvelle autorité de régulation, l'Autorité de régulation des ZES, désigné AZES. La Haute cour constitutionnelle rappelle notamment lors de son contrôle de conformité à la Constitution de la loi qu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante dont le régime juridique transcende celui des autorités de gestion telles que prévu dans ladite loi. L'AZES fait office de guichet unique et central pour faciliter les opérations économiques au sein de la ZES.

Outre l'AZES, le développeur de la ZES est l'entreprise qui est en charge de la promotion de la ZES suivant une convention de ZES telle que prévu par la loi. L'entreprise de la ZES, quant à elle, est l'investisseur qui dispose d'un agrément délivré par l'AZES pour développer son entreprise au sein de la zone.

---

[8] Dans un contexte de « légifération par ordonnance » (voir notamment la partie dédiée au droit constitutionnel de la présente chronique).

[9] Demande d'Avis n° 30/04/PRM/AIN/2019 du Président de la République de soumettre directement au peuple le vote d'une loi constitutionnelle par voie référendaire.

[10] Décision n° 17-HCC/D3 du 28 novembre 2019 concernant le décret n° 2019-1866 du 25 septembre 2019 relatif au Gouverneur.

[11] §8 de Décision n° 17-HCC/D3 du 28 novembre 2019 concernant le décret n° 2019-1866 du 25 septembre 2019 relatif au Gouverneur.

Il faut noter que les activités économiques qui peuvent obtenir un agrément au sein de la ZES sont larges (touristiques, financières, transports …). Toutefois, les activités d'extraction de ressources naturelles ne sont pas éligibles à bénéficier de ce régime.

Si des avantages économiques sont conférés aux investisseurs, la mise en place des ZES permet également aux collectivités territoriales décentralisées de disposer d'une ressource propre. En effet, l'article 82 de ladite loi dispose qu'elles « bénéficient d'un pourcentage de deux pour cent sur les ressources perçues par l'AZES provenant des ZES implantées dans lesdites collectivités, suivant la procédure de comptabilité publique en vigueur. Les entreprises ZES et les développeurs de ZES bénéficieront d'incitation fiscale pour la formation des travailleurs au sein de la ZES, lesquelles seront précisées dans la loi des finances ».

Cette loi a fait l'objet de deux contrôles de constitutionnalité par la Haute Cour Constitutionnelle[12] avant d'être promulguée par le Président de la République.

V. Droit de la concurrence : l'affirmation du rôle du Conseil de la Concurrence

Un projet de réforme du droit de la concurrence a été mené en vue de garantir le libre jeu de concurrence entre les entreprises, particulièrement dans un souci de protéger les consommateurs d'une part, et les entreprises contre les méthodes déloyales prohibées par ladite loi[13].

Cette loi vient principalement fixer le statut et les fonctions du Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, doté d'un pouvoir autonome de décision ou d'influence dans le secteur de la concurrence (Article 39 al. 1 de la loi). Il statue sur les ententes, les abus de position dominante, les monopoles, et les opérations de concentration.

Il dispose également d'une fonction consultative[14]. À cet effet, l'article 34 de la loi prévoit que « le Conseil de la concurrence est obligatoire consulté par le gouvernement sur tout projet de texte pouvant toucher directement ou indirectement la concurrence ». Cette disposition semble large et vague dans la

[12] Décision n° 01-HCC/D3 du 17 janvier 2018 concernant la loi n° 2017-023 relative aux Zones Économiques Spéciales et la Décision n° 22-HCC/D3 du 11 août 2018 concernant la loi n° 2017-023 relative aux Zones Économiques Spéciales.

[13] Décision n° 23-HCC/D3 du 14 août 2018 concernant la loi n° 2018-020 portant refonte de la loi sur la concurrence.

[14] Dans sa fonction consultative, il a notamment eu à rendre un Avis sur l'avant-projet de loi sur la monnaie électronique et les établissements de monnaie électronique[14] le 10 avril 2017.

mesure où, dans une société globalisée où le développement économique repose sur la compétitivité des entreprises, la quasi-totalité des projets de loi peut avoir un « lien indirect » avec la concurrence, en ce qu'elle peut influencer l'économie.

En outre, dans une économie dominée par le secteur informel d'une part, et des grands groupes industriels d'autre part, les PME enregistrées au Registre du commerce peinent à trouver une place dans le secteur économique, notamment durant la période COVID. Le rôle du Conseil de la concurrence en tant que régulateur du secteur économique devrait voir son rôle s'affirmer davantage.

VI. Droit de la pêche : la dépénalisation des délits relatifs aux mangroves

La loi n°2015-053 portant Code de la pêche et de l'aquaculture a été adoptée le 16 décembre 2015 et déclarée conforme à la Constitution suivant la décision n°07-HCC/D3 du 27 janvier 2016 par la Haute Cour Constitutionnelle en vue de renforcer la réglementation du secteur de la pêche et de l'aquaculture.

La loi n°2018-026 vient apporter des amendements à ladite loi[15]. Les modifications apportées concernent plus de quarante articles du texte. Cependant, il faut noter principalement la suppression des peines d'amende et de toute action répressive relative aux mangroves.

Toutefois, les activités industrielles comme artisanales relatives à la pêche et à l'aquaculture sans autorisation préalable des autorités compétentes restent sanctionnées d'une peine d'amende pouvant être assortie d'une peine d'emprisonnement. Ces activités recouvrent notamment la pêche commerciale (Art. 92), la pêche artisanale (Art. 93), le transport, la vente, l'achat ou l'acquisition de « ressources halieutiques capturées, possédées, transportées ou vendues en contravention à la législation d'un autre État ou à une mesure internationale de conservation et de gestion » (Art. 94).

En outre, cette loi précise la procédure de constatation d'infraction relative aux activités de pêche et aquaculture. L'article 66 désigne notamment les agents de l'État compétents pour constater l'infraction.[16]

[15] Décision n° 32 - HCC/D3 du 14 décembre 2018 concernant la loi n° 2018-026 portant refonte de certaines dispositions de la loi sur le Code de la Pêche et de l'Aquaculture.

[16] Les agents assermentés dotés de la qualité d'Officier de police judiciaire (OPJ) chargés du contrôle et de la surveillance du ministère en charge de la pêche et de l'aquaculture ;
– les commandants, commandants en second ou officiers en second des bâtiments et les chefs de bord des aéronefs des forces navales de l'État malagasy ;
– les inspecteurs des douanes ;

Par ailleurs, l'article 108 vient préciser le cadre juridique d'une expédition marine de recherche scientifique en conditionnant la possibilité de procéder à une telle recherche à la conclusion d'une contravention entre les institutions ou établissements de recherche et le ministère en charge de la pêche et de l'aquaculture.

– les agents désignés dans le cadre d'un Accord conclu entre l'État malagasy et un ou plusieurs États tiers ou en vertu d'une Convention ou d'un Accord international ratifié par l'État malagasy.

4. CHRONIQUE DE DROIT MALGACHE DE L'ENVIRONNEMENT

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Chargée d'enseignement à l'Université d'Antsiranana et à l'Université Catholique de Madagascar

Cette chronique sera d'abord consacrée aux actualités législatives, suivie d'une étude de la jurisprudence.

I. Actualités législatives

Attendue depuis 2018, la loi sur l'agriculture biologique est enfin adoptée (**A**). Un texte réglementaire est pris afin de compléter les dispositions existantes relatives à l'accès et au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (**B**). Et enfin, une série de textes a été adoptée dans le cadre du système des aires protégées à Madagascar (**C**).

A. Loi n° 2020-003 du 3 juillet 2020 sur l'agriculture biologique à Madagascar

Il faut se féliciter de l'adoption de cette loi sur l'agriculture biologique. En effet, au-delà du phénomène de son expansion mondiale, la filière agriculture biologique a d'importants potentiels à Madagascar. Cette loi a été adoptée en vue de permettre à l'agriculture biologique d'être « un levier de développement tant en matière de sécurité alimentaire et nutritionnelle, que de préservation de l'environnement et de lutte contre la pauvreté (…) son développement permet de concrétiser une partie des engagements souscrits en vue de l'atteinte des objectifs de développement durable »[1]. La loi aspire à « protéger le consommateur *malagasy* et d'accroître l'accès à une alimentation saine pour la population (…) Elle vise également à protéger les producteurs biologiques de la concurrence déloyale sur le plan de l'utilisation du terme ''agriculture biologique'' »[2].

L'article premier de cette loi précise qu'elle a pour objet « de poser le cadre juridique et institutionnel régissant la filière de l'agriculture biologique sur le territoire de la République de Madagascar et de définir les conditions d'utilisation de la mention « produit biologique » ou « agriculture biologique » sur le marché national pour les produits agricoles, d'élevage, forestiers, aquatiques ou issus de cueillette en zones naturelles ». Comme mentionné lors des débats

[1] Exposé des motifs de la loi.
[2] Exposé des motifs de la loi.

parlementaires[3], ce texte ne régit pas seulement l'agriculture biologique, mais concerne tout mode de production adoptant la méthode biologique « respectant l'ensemble des règles fixées par la présente loi et qui trouve son originalité dans le recours à des pratiques soucieuses du respect des équilibres naturels, limitant strictement l'utilisation d'intrants chimiques de synthèse et excluant l'usage des organismes génétiquement modifiés »[4]. L'article 3 de la loi précise qu'elle se base sur les principes directeurs admis au plan international : le principe de santé, le principe d'écologie, le principe d'équité et enfin le principe de précaution.

Cette loi pose plusieurs conditions à la mise sur le marché des produits. En premier lieu, elle ne s'applique ni aux produits de la pêche et de la chasse des animaux sauvages, ni aux produits cosmétiques et textiles (art. 4). Ensuite, elle conditionne l'apposition de la mention « agriculture biologique » sur l'étiquetage des produits au respect de ses propres dispositions (art. 5). Cette mention peut avoir plusieurs déclinaisons : « biologique », « organique », « organic », « bio » (art. 6). Et enfin, la loi exige la conformité des produits soit aux conditions qu'elle pose, soit aux conditions posées par les pays importateurs dans le cadre des réglementations reconnues comme équivalentes, soit enfin, aux conditions posées par un système participatif de garantie.

Les pouvoirs et compétences de l'État se limitent à la supervision de la mise en œuvre de la loi, la coordination de l'action publique en faveur de l'agriculture biologique et enfin, à la mise en place de la stratégie nationale (art. 7 et 8).

Le cahier des charges biologique national est établi par l'administration « en concertation avec les organisations du secteur biologique concernées » et soumis à l'avis de la Commission nationale de l'agriculture biologique (art. 13)

Cette commission nationale de l'agriculture biologique est instituée à l'article 15 de la loi. Rattachée au ministère en charge de l'agriculture et de l'élevage, elle est « un organe à consultation obligatoire (…) rend, selon le cas, des avis conformes ou simples » (art. 16). Elle rend notamment son avis sur l'octroi, le renouvellement, la suspension ou le retrait des agréments des organismes d'évaluation de la conformité[5]. En effet, ces organismes, composés

[3] Lors de ces discussions au Parlement, il a été suggéré de modifier l'intitulé de la loi et d'opter pour « loi sur la production biologique » plutôt que de « loi sur l'agriculture biologique », étant donné que le texte pouvait aussi régir les activités autres que l'agriculture.

[4] Article 2 définissant l'agriculture ou la production biologique.

[5] Défini à l'article 2 de la loi comme un « organisme qui effectue auprès des opérateurs sur la base d'un plan de contrôle, les opérations d'évaluation de la conformité aux conditions de productions, cueillette, ramassage, préparation et étiquetage fixées par des normes et cahiers de charges relatifs à l'agriculture biologique. Il peut s'agir selon le cas d'un organisme certificateur ou d'un système participatif de garantie ».

des organismes certificateurs[6] et des systèmes participatifs de garantie doivent avoir un agrément de l'autorité compétente, après avis de la commission nationale de l'agriculture biologique (art. 18). D'une durée de 3 ans, l'agrément peut faire faire l'objet d'une suspension ou d'un retrait en cas de non-respect des conditions posées à l'organisme d'évaluation de la conformité (art. 19). Les infractions (article 21 et suivant) commises par les opérateurs de produits biologiques et par les organismes d'évaluation de la conformité sont sanctionnées par la voie judiciaire et/ou administrative. Outre les mesures de sanction administrative et pénale, les poursuites se basent aussi sur la réglementation sur la protection des consommateurs. Cette articulation du texte avec le droit de la consommation mérite sans doute d'être suivie avec attention.

Par ailleurs, la responsabilité pénale du contrevenant personne morale incombe aux dirigeants, et non à la personne morale elle-même contrairement à ce qui a été institué pour d'autres textes récents[7].

Enfin, « la complicité est punissable dans les conditions du droit commun » (l'article 30 *in fine*).

L'application de cette loi est bien entendu largement tributaire des textes réglementaires à venir. Ils seront relatifs notamment aux modalités de fonctionnement, de désignation, de renouvellement des membres de la Commission nationale de l'agriculture biologique ; à la procédure d'agrément des organismes d'évaluation de la conformité.

B. Arrêté n° 19831/2018/MEEF du 21 août 2018 portant désignation et fonctionnement de l'autorité nationale compétente en matière d'accès et de partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques[8]

Après avoir signé et ratifié le protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, protocole issu de la Convention sur la diversité biologique de 1992, Madagascar a adopté le décret n° 2017-066 du 31 janvier 2017 portant réglementation de l'accès et du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques[9]. Ce décret « réglemente l'accès et l'utilisation des

[6] « Organisme distinct du producteur, de l'importateur et du vendeur qui certifie qu'un produit agricole, d'élevage, forestier, aquatique ou issu de cueillette en zones naturelles est conforme à des conditions de production, de cueillette, de ramassage, de préparation et d'étiquetage fixées par des normes et cahiers des charges relatifs à l'agriculture biologique » (art. 2)

[7] Notamment Loi 2014-006 sur la lutte contre la cybercriminalité, JO n° 3574 du 8 septembre 2014, p. 3478.

[8] JO n° 3896 du 1er juillet 2019, p. 3824.

[9] JO n° 3567 du 31 juillet 2017, p. 4784.

ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées. Il vise également à assurer un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, et le cas échéant, de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées »[10]. Les dispositions du décret ne s'appliquent pas selon l'article 4 « aux ressources génétiques humaines ; aux ressources phytogénétiques ; aux acquisitions ou commerces de ressources lorsque de telles acquisitions ou tel commerce ne sont pas destinés et n'aboutissent pas à l'utilisation de ces marchandises en tant qu'utilisation des ressources génétiques tel que défini au sens de l'article 2 du Protocole de Nagoya ».

Selon ce décret, toute personne désirant avoir accès aux ressources génétiques de Madagascar et aux connaissances traditionnelles associées doit s'adresser à l'autorité nationale compétente (ANC). Cette autorité nationale compétente est définie à l'article 5 du décret de 2017 comme « la structure au sein du ministère chargé de la mise en œuvre de la Convention sur la Diversité Biologique et du Protocole de Nagoya ». L'article 5 du décret continue en détaillant les missions de l'autorité nationale compétente « - recevoir le formulaire de demande d'accès ; - soumettre le dossier pour examen par la commission *ad hoc* technique ; délivrer le récépissé de déclaration pour les activités de recherches non commerciales ou l'autorisation d'accès pour les demandes d'accès à des fins commerciales sur avis conforme de la commission *ad hoc* ».

L'arrêté de 2018 s'attelle à désigner l'autorité nationale compétente, il s'agit selon son article 1er de « la Direction du Système des Aires Protégées ». Et plus particulièrement, « sont autorisées à effectuer les fonctions de l'ANC (…) le Directeur de la Direction du Système des Aires Protégées et le Chef de Service de la Conservation de la Biodiversité »[11]. C'est le Directeur du Système des Aires Protégées qui est chargé de la conclusion des Conditions Convenues d'un Commun Accord (CCCA)[12] et le Chef de Service de la Conservation de la Biodiversité qui est chargé de la délivrance des récépissés pour les activités de recherches non commerciales ou l'autorisation d'accès pour les demandes d'accès à des fins commerciales sur avis conforme de la commission *ad hoc*. Par ailleurs, l'arrêté précise en son article 4 que les fonctions occupées en tant qu'Autorité nationale compétente sont gratuites.

[10] Article 2 du décret.
[11] Article 2 de l'arrêté
[12] Selon le décret de 2017, c'est « un accord conclu entre l'Autorité nationale compétente qui accorde l'accès aux ressources génétiques et le demandeur désirant utiliser ces ressources ».

C. Divers textes réglementaires portant sur les aires protégées

Une série de textes réglementaires a été adoptée au cours de l'année 2018. Il s'agit d'une part de décrets portant création définitive d'une aire protégée (**a**) et d'autre part d'arrêtés soit portant mise en protection temporaire d'un espace destiné à devenir une aire protégée (**b**) soit portant délégation de gestion d'une aire protégée déjà créée (**c**).

1. Les décrets portant création définitive d'une aire protégée

De l'adoption de la loi n° 2015-005 du 26 février 2015 portant refonte du Code de gestion des aires protégées seront créées de nouvelles catégories d'aires protégées[13] dans le système des aires protégées à Madagascar. Il s'agit ici notamment de la catégorie « paysage harmonieux protégé ». Les décrets suivants vont consacrer les premières aires protégées de cette nouvelle catégorie.

– Décret n° 2018-367 du 17 avril 2018 portant création définitive de la nouvelle Aire Protégée dénommée « Anjajavy », commune rurale d'Antonibe, district d'Analalava, région Sofia[14].

Selon l'article 3 du décret « l'objectif principal de gestion poursuivi est d'assurer la préservation et le maintien de la biodiversité, la durabilité des fonctions écologiques et la maintenance de la productivité des écosystèmes nécessaires au bien-être des communautés riveraines ainsi que l'utilisation durable des ressources naturelles ». Les co-gestionnaires de cette aire sont selon l'article 4 du décret, la direction régionale de l'environnement, de l'écologie et des forêts et la direction régionale des ressources halieutiques et de la pêche. Ce même article précise qu'il y a la possibilité d'une délégation de gestion au profit d'une ou des personnes morales de droit public ou de droit privé[15]. C'est la gouvernance partagée de type collaboratif entre le gestionnaire ou le gestionnaire délégué et les communautés locales qui a été choisie (article 6). Plusieurs activités sont autorisées et réglementées à l'intérieur de la zone tampon et du noyau dur de l'aire protégée. Ces activités ne relèvent pas seulement des activités de recherche scientifique ou de conservation, mais incluent d'autres types d'activités. Peuvent être relevées dans ce cadre « les activités minières et pétrolières découlant de permis ou contrat de reconnaissance antérieures ; les constructions immobilières … » L'article 10 du décret renforce que « les activités extractives ainsi que les activités de pêche industrielle et artisanale antérieures sont permises dans le

[13] Le système des aires protégées est désormais composé de six catégories : la réserve naturelle intégrale, le parc national et le parc naturel, la réserve spéciale, le monument naturel, le paysage harmonieux protégé et enfin, la réserve de ressources naturelles

[14] JO n° 3847 du 29 octobre 2018, p. 5779.

[15] Ce qui sera fait avec l'arrêté du 4 mai 2018, voir *infra*.

respect des dispositions de la loi portant refonte du Code de gestion des aires protégées avec ses textes subséquents d'application, du décret relatif à la mise en compatibilité des investissements avec l'environnement et des réglementations sectorielles y afférentes ». L'étude de ses dispositions combinées laisse penser que les activités minières et pétrolières bénéficieront du droit acquis et ne seront pas mises en balance avec les activités de protection de l'aire, mais au contraire pourraient être autorisées.

– Décret n° 2018-771 du 28 avril 2018 portant création de l'Aire Protégée dénommée "Oronjia" Commune rurale Ramena, District d'Antsiranana II, Région Diana[16].

Les objectifs principaux de gestion sont détaillés à l'article 3 du décret « restaurer la forêt d'Oronjia et utiliser rationnellement ses ressources naturelles et culturelles pour un écotourisme durable, conserver sa biodiversité afin de contribuer au développement de la région Diana ». Le ministère chargé des aires protégées est le gestionnaire de l'aire protégée, mais l'article 4 du décret prévoit la possibilité de la délégation de gestion « accordée par voie réglementaire à une ou des personnes morales de droit public ou de droit privé laquelle détermine les termes de délégation, les droits et obligations des parties ». Le mode de gouvernance est « la cogestion de type collaboratif entre le gestionnaire délégué, le propriétaire du terrain et les communautés locales » (article 5). Si plusieurs activités sont interdites au niveau de la zone tampon et du noyau dur (article 9), d'une manière générale, les activités liées à la recherche scientifique, la conservation et enfin celles liées aux activités touristiques sont autorisées et réglementées.

2. Les arrêtés portant mise en protection temporaire

La mise en protection temporaire d'une aire est prévue par l'article 28 de la loi n° 2015-005 du 26 février 2015 portant refonte du Code de gestion des Aires protégées[17]. Au vu de la longueur de la procédure de création d'une aire protégée, elle permet de mettre en place les mesures de sauvegarde nécessaire avant la création définitive de cette dernière.

[16] JO n° 3854 du 3 décembre 2018, p. 6888.

[17] « La procédure de création d'une aire protégée est fixée par voie réglementaire comportant plusieurs étapes y compris l'institution d'une protection temporaire et engage les parties prenantes concernées.
La création définitive d'une aire protégée est décidée par décret pris en Conseil de gouvernement »

– Arrêté n° 887/2018 du 17 janvier 2018 portant mise en protection temporaire de l'Aire protégée en création dénommée « Sakara », district de Fort Dauphin, région Anosy[18].

Il s'agit ici de terrains de nature privée. Le gestionnaire désigné du site est une société d'exploitation agricole. L'arrêté précise que la délégation de gestion temporaire de l'aire protégée peut être accordée par acte authentique à une personne publique ou privée. L'aire protégée en création est gérée selon le principe de la gouvernance privée, selon l'article 4 de l'arrêté. Les objectifs principaux de gestion sont mentionnés à l'article 6 de l'arrêté, il s'agit notamment « d'assurer à long terme la conservation de l'intégrité de la biodiversité, la durabilité des fonctions écologiques et la maintenance de la productivité des écosystèmes nécessaires au bien être des communautés riveraines, ainsi que l'utilisation durable des ressources naturelles ». La gestion n'est donc pas complètement tournée vers la protection de la biodiversité, en effet, plusieurs activités sont réglementées, et non totalement interdites. Il s'agit par exemple, selon l'article 7 de l'arrêté des activités de bois d'énergie et de service à l'intérieur de l'aire protégée, l'exploitation des produits accessoires respectant les principes de l'utilisation durable. L'article 8 de l'arrêté admet le droit d'usage des communautés sous réserve de leur conformité au schéma global d'aménagement, aux règles internes de gestion, au *Dina*[19] et doit faire l'objet d'un accord du gestionnaire de l'aire protégée en création. Ce droit d'usage comprend notamment « le pâturage ainsi que le pacage de troupeaux de bovidés ; la récolte de miel et de cire, des plantes médicinales, des fruits et des plantes comestibles et autres produits accessoires des forêts respectant les principes de l'utilisation durable ; la chasse aux animaux nuisibles et gibiers ; le prélèvement de produits accessoires respectant les principes d'utilisation durable » (article 8).

– Arrêté n° 23548/2018 du 24 septembre 2018 portant mise en protection temporaire de l'Aire Protégée en création dénommée « Ankafobe », district Ankazobe, région Analamanga[20].

Cette protection temporaire est prévue pour 2 ans. C'est la Direction Régionale chargée de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts Analamanga qui est gestionnaire du site, dans le cadre de « la cogestion, type de gestion participative ou collaborative »[21]. Selon l'article 6 de l'arrêté, « les objectifs

[18] JO n° 3812 du 7 mai 2018, p. 1861.
[19] « Le *dina* est une convention collective présentée sous forme écrite, librement adoptée par la majorité des membres du *fokonolona* âgés de dix-huit ans révolus ou selon le cas, de ses représentants désignés » : article 1er de la loi n° 2001-004 du. 25 octobre 2001 portant réglementation générale des dina en matière de sécurité publique.
[20] JO du 12 août 2019, n° 3906, p. 5129.
[21] Article 4 de l'arrêté.

principaux de gestion poursuivis sont d'assurer à long terme la conservation de l'intégrité de la biodiversité, la durabilité des fonctions écologiques et la maintenance de la productivité des écosystèmes nécessaires au bien être des communautés riveraines, ainsi que l'utilisation durable des ressources naturelles. Les objectifs spécifiques de gestion comprennent : le maintien de la couverture forestière, la restauration forestière, la protection des populations viables d'espèces endémiques et menacées de flore et de faune ainsi que l'utilisation durable par la promotion des pratiques rationnelles de gestion la valorisation du tourisme écologique ». Même si l'article 10 de l'arrêté déclare la suspension de l'octroi de nouveaux permis/titres miniers, pétroliers et forestiers sur l'ensemble de l'aire protégée en création, l'article 11 dispose que « l'administration chargée des aires protégées doit veiller à ce que la protection temporaire n'empêche les titulaires des permis/titres miniers et pétroliers bénéficiant des droits acquis de mener dans les règles de l'art et dans le respect de la réglementation en vigueur les activités découlant desdits droits miniers et/ou pétroliers ». Se pose ici la question de savoir de quelle manière les objectifs fixés pour la gestion de l'aire pourront être atteints avec la subsistance des droits acquis par les titulaires des permis/titres miniers et pétroliers.

3. Les arrêtés portant délégation de gestion d'aire protégée

Après la création définitive d'une aire protégée, il peut être procédé à la délégation de gestion de celle-ci. Cette délégation de gestion est prévue aux articles 36 et suivant de la loi portant refonte du code des aires protégées. Ainsi, « le ministère chargé des aires protégées, après consultation avec différents départements ministériels techniques concernés, différentes collectivités territoriales décentralisées ainsi que des communautés locales, peut déléguer la gestion d'une ou plusieurs aires protégées à des personnes morales de droit public ou privées »[22]. La série d'arrêtés qui suit procède à cette délégation à une pluralité de type de personnalités morales.

i. La délégation de gestion d'aire protégée au profit de personnes morales de droit privé

Il peut s'agir d'une simple personne morale de droit privé.

– Arrêté n° 8891/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire Protégée dénommée « Forêt Naturelle de Tsitongambarika », district de Taolagnaro, région Anosy[23].

[22] Article 36 de la loi n° 2015-005 du 26 février 2015 portant refonte du Code de gestion des Aires protégées

[23] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5537.

– Arrêté n° 8892/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire Protégée dénommée « Complexe Zones Humides Mahavavy Kinkony », district de Mitsinjo, région Boeny[24].

Peut aussi être désigné délégataire de gestion un groupe hôtelier privé.

– Arrêté n° 11442/2018 du 4 mai 2018 portant délégation de gestion de la nouvelle Aire Protégée dénommée « Anjajavy », commune rurale Antonibe, district d'Analalava, région Sofia[25].

Le délégataire désigné est un groupe privé hôtelier, un opérateur privé donc, pour une durée de cinq ans. Et l'arrêté impose de prendre en compte en son article 3 la cohabitation de la gestion de l'aire protégée avec les carrés miniers objet de permis antérieurs à la création temporaire de l'aire protégée en question.

ii. La délégation de gestion d'aire protégée au profit d'Organisations non gouvernementales (ONG) ou d'organisations scientifiques

Les arrêtés qui suivent opèrent une délégation de gestion au profit d'ONGs d'envergure internationale œuvrant dans le domaine de la conservation de la biodiversité ou dans le dernier cas, au profit d'une organisation regroupant des scientifiques chercheurs.

– Arrêté n° 8893/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire marine protégée dénommée « Ambodivahibe », communes de Ramena et Mahavanona, district d'Antsiranana II, région Diana[26].

– Arrêté n° 8895/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire marine protégée dénommée « Nosy Antsoha », commune de Bemanevika Ouest, district d'Ambanja, région Diana[27].

– Arrêté n° 8897/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire Protégée dénommée « Paysage Harmonieux Protégée Bemanevika », commune d'Antananarivo Haut et Beandrarezo, district de Bealanana, région Sofia[28].

– Arrêté n° 8894/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire Protégée dénommée « Maromizaha », communes rurales Andasibe, Ambatovola, district de Moramanga, région Alaotra Mangoro[29].

[24] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5540.
[25] JO n° 3852 du 26 novembre 2018, p. 6782.
[26] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5542
[27] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5546.
[28] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5550.
[29] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5544.

iii. La délégation de gestion d'aire protégée au profit d'une personne morale de droit public

Le dernier arrêt de délégation de gestion est réalisé au profit du Service d'Appui à la Gestion de l'Environnement, un acteur public dans la conservation de la biodiversité.

– Arrêté n° 8896/2018 du 12 avril 2018 portant délégation de gestion de l'Aire protégée dénommée « Ambohitr' Antsingy Montagne des Français », communes rurales d'Antanamitarana, Mahavanona et Ramena, district d'Antsiranana II, région Diana[30].

II. Jurisprudence

Pour la période concernée, l'actualité jurisprudentielle porte sur la protection des espèces de faunes protégées. Afin de protéger ses espèces de faunes et de flores sauvages, Madagascar a adhéré à la Convention sur le commerce international des espèces de faunes et de flores sauvages menacées d'extinction dite convention CITES[31]. La loi n° 2005-018 du 17 octobre 2005 sur le commerce international des espèces de faunes et de flores sauvages[32] a été adoptée en ce sens. Cette loi interdit notamment en son article 29 alinéa 1er : « Toute importation, exportation, réexportation ou introduction en provenance de la mer ou tentative d'importation, d'exportation, de réexportation ou d'introduction en provenance de la mer, sans un permis ou certificat valable ou à l'aide d'un permis ou d'un certificat faux ou falsifié ou non approprié ou obtenu à l'aide de fausses déclarations ».

Le tribunal de première instance de Toliara a eu l'occasion, par deux jugements, de donner application au texte de 2005. Ces décisions donnent une parfaite illustration de la lutte actuelle menée contre les exportations illicites des espèces de faunes protégées, et plus particulièrement des tortues,[33] mais elles peuvent être considérées comme des exceptions. En effet, malgré un nombre important d'infractions constatées, peu de dossiers aboutissent à un procès[34].

---

[30] JO n° 3844 du 8 octobre 2018, p. 5548.

[31] Signée par Madagascar le 4 août 1973 et ratifiée par voie d'ordonnance (ordonnance n° 75-014 du 5 août 1975, JORM du 16 août 1975)

[32] JO n° 3123 du 13 août 2007, p. 4535.

[33] Voir notamment RAHARISON Clément, COJEAA-MIHARO, *Rapport de capitalisation des données sur les trafics des tortues radiées de la période 2017, 2018 et 2019*, 2020, 53 p.

[34] Pour cette période de 2017 à 2019, le *Rapport de capitalisation des données sur les trafics de tortues radiées* note qu'il y a eu au total 28 637 tortues ayant fait l'objet d'une tentative ou d'une exportation illicite, 122 procès-verbaux de constatation des infractions et seulement 27 affaires portées effectivement devant le tribunal correctionnel. En 2017, sur 36 procès-verbaux de constatation d'infractions, 8 dossiers ont pu être présentés devant le tribunal ; le

Tribunal de 1re instance de Toliara, 25 octobre 2018, n° 681-C et Tribunal de 1re instance de Toliara, 25 octobre 2018, n° 682-C.

Les tortues, espèces menacées, sont à l'Annexe I de la Convention CITES[35]. La loi malgache de 2005 sur le commerce international des espèces de faunes et de flores sauvages menacées d'extinction énonce en son article 3 que les espèces de l'Annexe I sont des « espèces menacées d'extinction dont le commerce doit faire l'objet d'une réglementation particulièrement stricte et n'être autorisé que dans des circonstances exceptionnelles ». Dans les cas d'espèce, les prévenus ont procédé soit à une tentative d'exportation des tortues soit à une réelle exportation de celles-ci. Dans le 1er cas, les prévenus ont commencé à ramasser et à déplacer les tortues en vue de leur exportation. Dans le second, les prévenus ont déjà procédé à l'exportation illicite d'une première cargaison de tortues et étaient sur le point d'exporter une autre cargaison en ayant commencé à mettre en place une procédure de ramassage des tortues.

Dans les deux cas, il est pertinent de relever que le ministère de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts s'est porté partie civile. Les éléments de l'infraction et de la tentative telles que prévu par l'article 29 sont constitués. Dans les deux cas, le tribunal a condamné les prévenus à des peines d'emprisonnement ferme et au paiement d'amendes, conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi de 2005. Il a par ailleurs condamné au paiement de dommages-intérêts à la partie civile, soit le ministère de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts.

Pour évacuer rapidement la question de la constitution de partie civile du ministère[36], il faut relever que la loi malgache de 2005 admet en son article 56[37] que « les actions et poursuites sont exercées à la requête du ministre chargé des Eaux et Forêts, par le biais de l'Organe de gestion qui peut se constituer partie

ratio est de 61 procès-verbaux de constatation d'infractions pour 13 affaires en 2018 et enfin de 25 procès-verbaux de constatation d'infractions pour 6 dossiers effectivement présentés devant le tribunal correctionnel en 2019.

[35] Selon l'article 2 alinéa 1 de la Convention Cites, le commerce des espèces de l'annexe I ne peut être autorisé que sous de strictes et exceptionnelles conditions.

[36] La dénomination du ministère chargé de l'environnement évolue assez souvent suivant la composition du gouvernement. Ici, depuis 2005, une partie des départements de l'ancien ministère chargé des eaux et forêts a été reprise par le ministère de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts.

[37] Par comparaison, selon l'article 62 de la loi n° 2015-056 portant création de la chaîne spéciale de lutte contre le trafic de bois de rose et/ou de bois d'ébène » et répression des infractions relatives aux bois de rose et/ou bois d'ébène : « L'État et toute personne lésée, y compris toute association ou organisation (…), peuvent se constituer partie civile devant la juridiction de jugement qui est compétente pour statuer sur toutes actions en dommages-intérêts découlant des faits objets de la poursuite. »

civile ». Le décret d'application de la loi de 2005[38] précise en son article 5 que l'Organe de gestion est « un département du ministère chargé des Eaux et forêts. Il est l'organe d'administration et de décision (…) ». À l'article 6 du décret, la constitution de partie civile n'est pas expressément nommée comme faisant partie des missions de l'Organe de gestion, mais elle peut être rattachée à l'alinéa 10 de l'article 6 c'est-à-dire « accomplir toute autre tâche que lui confie le ministre chargé des Eaux et forêts dans le cadre de l'application de la CITES et de la loi n° 2005-018 du 17 octobre 2005 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages ».

Contrairement à ces dispositions de la loi de 2005 et celle de 2015, le droit commun n'admet que la réparation des préjudices directs. En effet, selon les dispositions de l'article 233 de la LTGO[39] « dans l'appréciation et l'évaluation du dommage subi, les juges doivent tenir compte du préjudice direct, actuel et certain, aussi bien matériel que moral ».

Les questions que ces jugements posent réellement sont relatives au préjudice reconnu en faveur de la partie civile constituée, ici le ministère de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts *via* sa direction régionale. En effet, il est important de déterminer la nature du préjudice d'une part, et les critères d'évaluation de ce préjudice par le tribunal d'autre part.

Sans donner plus de précisions, le tribunal a, dans les deux cas, ordonné le paiement de dommages-intérêts au profit de la partie civile et reconnaît ainsi l'existence d'un préjudice. La nature de celui-ci n'a cependant pas été précisée. Pourtant, en droit malgache, aucun texte ne reconnaît le préjudice écologique pur : « le dommage doit être direct. Seuls ceux qui ont directement souffert du préjudice peuvent donc en demander réparation »[40]. De son côté, la doctrine semble estimer que « même si le droit malgache ne semble pas prêt à de tels bouleversements, il contient, en germe, des atténuations à l'exigence du caractère direct du dommage »[41]. Dans ces cas d'espèce, il aurait été opportun que les jugements précisent la nature du préjudice justifiant ainsi le paiement de ces dommages-intérêts au profit de la partie civile, en l'occurrence le ministère de l'Environnement, de l'Écologie et des Forêts. Il y a là l'occasion pour le législateur malgache d'emboîter le pas sur ce qui a été adopté sous d'autres cieux :

---

[38] Décret n° 2006-097 du 31 janvier 2006 fixant les modalités d'application de la loi sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages, JO n° 3123 du 13 août 2007, p. 4588.

[39] Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations, JO n° 486 du 09.07.66, p.1429 ; Errata : JO n° 489 du 23.07.66, p. 1657 ; du 14.01.67, p. 35 et du 30.11.68, p. 2229.

[40] RAMAROLANTO-RATIARAY, J.-B. SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 2 les faits juridiques le régime général des obligations*, Jurid'ika, 2014, p. 23.

[41] RAMAROLANTO-RATIARAY, J.-B. SEUBE, *op. cit.*

la situation est ici similaire à celle qui existait avant la consécration législative du préjudice écologique en droit français. En effet, ce préjudice écologique, d'origine prétorienne[42], a été par la suite, consacré par le Code civil français en ses articles 1246 et suivant.

La nature du préjudice manque donc ici de précision, il en est de même à propos des critères d'évaluation de celui-ci. De premier abord, il est reconnu que « les ressources naturelles étant hors commerce, il n'existe pas d'indicateur visible de leur valeur, aucun prix à partir duquel le juge pourrait déterminer le montant des dommages et intérêts »[43]. Dans nos espèces, même si le jugement n° 682-C précise que la constitution de partie civile est recevable, il a été spécifié que la somme demandée par la partie civile « est excessive et que le tribunal possède des éléments d'appréciations suffisants » pour fixer une somme moindre pour le montant des dommages-intérêts. Néanmoins, aucun autre élément n'a été donné par le jugement pour cette fixation des dommages-intérêts. Une analyse du *Rapport de capitalisation des données sur les trafics des tortues radiées de la période 2017, 2018 et 2019* n'aboutit d'ailleurs pas à une compréhension de la fixation de ces dommages-intérêts[44]. On se souvient pourtant que la Cour de cassation malgache a censuré[45], à juste titre, l'absence de précision sur la détermination des dommages-intérêts : « Si la détermination du *quantum* des dommages-intérêts à allouer à la partie civile relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, encore faut-il que ces derniers précisent les éléments constitutifs du préjudice, mais encore la qualité des dommages dont la réparation est demandée »[46].

On relèvera enfin que d'une manière générale, il est estimé que dans le cas des atteintes à l'environnement, la réparation en nature est la plus appropriée[47] et

---

[42] Le naufrage du pétrolier Erika en décembre 1999, près des côtes bretonnes, va donner l'occasion à la Cour de cassation française de reconnaître le préjudice écologique défini comme « l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement découlant de l'infraction », V. Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *D.* 2012.2711, note P. DELEBECQUE ; obs. F. - G. TREBULLE, p. 2557 ; obs. L. NEYRET, p. 2673.

[43] V. RAVIT et O. SUTTERLIN, « Réflexions sur la question du préjudice écologique "pur" », *D.* 2012.2675.

[44] En effet, ceux-ci varient selon les dossiers. Ainsi, dans les dossiers de 2019, les dommages-intérêts varient entre 1 000 000 d'ariary pour la vente de 2 tortues à 50 000 000 d'ariary pour la capture de 5 tortues. Dans les dossiers de 2017, un même montant de dommages-intérêts (250 000 000 d'ariary) a été fixé dans une affaire où 369 tortues ont été exportées de manière illicite et dans une autre affaire avec « seulement » 32 tortues exportées.

[45] Cour de cassation, 16 septembre 2011, n° 165, note R. ANDRIANAIVOTSEHENO in *Arrêts commentés de la Cour de cassation, Chambre civile, commerciale, sociale, années 2010, 2011, 2012*, Jurid'ika, 2015, p. 211-216.

[46] Cour Suprême de Madagascar, 3 mai 2005, n° 284/03-PEN, *Bull. des arrêts de la Cour Suprême de Madagascar*, 2005, p. 172.

[47] Voir notamment : Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012.

que le paiement des dommages et intérêts ne devrait être envisagé que dans certains cas. « Lorsque la réparation en nature est impossible, comme c'est le cas pour la destruction irréversible d'une espèce sauvage (…) ou pour la dégradation d'un écosystème trop complexe pour être reconstitué, ou encore quand elle est insuffisante eu égard aux pertes temporaires constatées entre la survenance du dommage et sa réparation effective, la réparation du préjudice écologique pourrait prendre la forme d'une condamnation à des dommages et intérêts »[48]. Dans le cadre de ces trafics d'espèces, la restitution des espèces menacées est souvent réalisée, ici les tortues, et ainsi, la réparation en nature effectuée. Il est supposé que la démarche prétorienne malgache de la fixation de montants aussi élevés de dommages-intérêts a pour objectif de dissuader les velléités d'infractions à la loi. Néanmoins, l'absence de nomenclature des préjudices en droit malgache[49] et de critères objectifs de fixation des dommages-intérêts peut rencontrer une censure des juges du droit et ainsi réduire à néant les efforts de toute la chaîne de lutte contre les trafics.

[48] L. NEYRET, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *D.* 2012.2673.

[49] Par comparaison, voir L. NEYRET et G.-J. MARTIN [dir.], *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, 456 pages.

5. Bibliographie

Plusieurs travaux de la doctrine en droit public peuvent être signalés pour la période couverte par la chronique.

Ouvrage

– Faratiana ESOAVELOMANDROSO, Matthieu FAU-NOUGARET et Lovamalala RANDRIATAVY, *Madagascar et l'intégration régionale, état des lieux, défis et perspectives*, L'Harmattan, 2020, 256 p.

Articles

– Julien PRIEUR, « Le trafic de bois de rose et d'ébène à Madagascar, entre ombre et lumière », *Droit, humanité et environnement : Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé Billé*, Bruylant, 2020, p. 491-506.

– Chantal RAHALISON RAMANANKASINA, « Les allées de la consécration et de l'évanescence de la transparence administrative à Madagascar », in Isabelle BON-GARCIN, Chantal RAHALISON RAMANANKASINA (dir.), *La transparence, éléments d'analyse en droit français et malgache*, L'Harmattan, 2020, p.85-106.

– Chantal RAMANANKASINA, « Partenariat public-privé – Délégation de service public vus à travers le contrat d'exploitation des parkings sur voirie dans la ville d'Antananarivo », *Annales droit nouvelle série*, n° 8, 2018, p. 85- 97.

– Saholy RAMBININTSAOTRA, « Regard critique sur la transaction pénale en matière environnementale dans quelques pays d'Afrique francophone », *Droit, humanité et environnement : Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé Billé*, Bruylant, 2020, p. 963-980.

– Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, « La réglementation des déchets et la lutte contre la progression du plastique à Madagascar », *Revue juridique de l'environnement*, à paraître.

– Lovamalala RANDRIATAVY, « 1948-2018 : la Déclaration universelle des droits de l'homme, 70 ans après sa mise en œuvre juridique à Madagascar », *Annales droit nouvelle série*, n° 8, 2018, p. 99-139.

– Lovamalala RANDRIATAVY, « Médias et élections à Madagascar », note ss Décision n°15-HCC/D3 du 3 mai 2018, *Annales droit nouvelle série*, n° 8, 2018, p. 237-252.

– Lovamalala RANDRIATAVY, « Transparence des élections et secret du scrutin – Le nouveau cadre juridique général des élections à Madagascar », in Isabelle BON-GARCIN, Chantal RAHALISON RAMANANKASINA (dir.), *La transparence, éléments d'analyse en droit français et malgache*, L'Harmattan, 2020, p.25-47.

– Arielle F. TSIAZONANGOLY, Riaka RAKOTOBE, « Aires marines protégées : incidence du droit de l'environnement sur le droit des affaires », *Annales droit nouvelle série*, n° 8, 2018, p. 163-178.

– UN General Assembly, Special Political Committee, "Summary Record of the 42nd Meeting", A/SPC/35/SR.42, § 31, traduit par RICARD P., ROBIN D. -S., *Fiche technique sur les Îles Éparses France/Madagascar*, Projet ZOMAD, juin 2020, https://zomad.eu/fr/ind02-france-madagascar/

Chroniques

Chronique de la jurisprudence judicaire de la région Océan Indien

Sous la direction de Romain LOIR,

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

Co-directeur du Master II droit des affaires

0. COVID-19

Référé - COVID-19 - Confinement - Centres équestres - Soins des chevaux.

Cour d'appel Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 7 mai 2020, n°20/00645.

Isabelle Boismery, doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

L'épidémie de COVID-19 et le confinement qui en a résulté ont grandement bouleversé toutes les structures accueillant du public.

En l'espèce, une société spécialisée dans l'enseignement, l'accompagnement et la valorisation des chevaux racés a placé deux chevaux, appartenant à son gérant, dans un club hippique en vertu d'un contrat de location de box nus, conclu le 10 décembre 2019.

Suite à l'arrêté du 15 mars 2020 et du décret du 23 mars 2020 prévoyant que les établissements sportifs et les établissements de plein air ne pouvaient plus, jusqu'à nouvel ordre, accueillir de public, la société a fait assigner d'heure à heure le club hippique devant le juge des référés du tribunal judiciaire de Saint-Denis en soutenant, d'une part, que les conditions d'exploitation du club hippique, mises en œuvre pendant l'état d'urgence sanitaire, mettaient en péril la santé des animaux et en sollicitant, d'autre part, une autorisation dérogatoire afin de pouvoir accéder aux locaux du club.

La demande est rejetée par le juge des référés. En appel, la société demande alors à la cour d'appel de Saint-Denis d'infirmer l'ordonnance de référé et de prononcer la requalification du contrat de location en contrat de dépôt.

La société tentait de faire valoir que suite à la crise sanitaire provoquée par l'épidémie de COVID-19 et au regard de l'interdiction d'accès au club, le contrat

de location de box liant les deux parties était devenu un contrat de dépôt. Or, elle soutenait qu'en l'état, le club hippique avait été dans l'impossibilité de solliciter ses salariés pour assurer les soins physiologiques fondamentaux des chevaux ce qui avait eu pour effet de placer les animaux dans un état d'immobilisme, de souffrance et de péril imminent.

À l'appui de cette demande, la société se fondait, d'une part, sur le communiqué gouvernemental datant du 23 avril 2020, autorisant les propriétaires de chevaux à se déplacer dans les centres équestres afin d'assurer l'activité physique indispensable à leurs animaux et soutenait, d'autre part, qu'elle assurait en temps normal, de manière professionnelle et quotidienne l'entretien et la préparation physique des chevaux et que le club n'avait pas démontré, au regard notamment de l'état d'un cheval placé, qu'il avait satisfait à cette obligation de garde (le contrat de dépôt a en effet pour obligation essentielle la garde de la chose d'autrui en vu de sa restitution en nature, v. art. 1915 C.civ. ; BÉNABENT (A.) *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux,* 12éme éd., LGDJ, collec. *Précis Domat*, 2017, n°739, p.503 ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, 3éme éd., LGDJ, collec. *Traités*, 2012, n° 33106, p.1529 ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.Y.), *Les contrats spéciaux*, 10éme éd., LGDJ, collec. *Droit privé*, 2018, n°864, p.537 ; PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 7éme éd., Dalloz, collec. *HyperCours*, 2017, n°997, p.753 ; RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9éme éd., LexisNexis, collec. *Manuels*, 2017, n°562, p.471. v. également, Cass.civ., 1ére, 30 octobre 2007, n°06-19.390 ; Cass.civ., 1ére, 10 janvier 1990, n°87-20.231, *D.* 1990, IR, p.30 sur la mise en pension d'un cheval qualifiée comme étant un contrat de dépôt salarié. Pour les animaux, la Cour de cassation impose en outre une obligation de soins vitaux d'entretien telle que la nourriture, les soins, l'hébergement et la garde, v., Cass.civ., 1ére, 2 mars 2004, n°01-11.120, v. plus spécifiquement, DE QUENAUDON (R.), SCHULTZ (P.), *J.-Cl. Civil Code,* « Dépôt – Obligations du déposant – Garanties du dépositaire », Fasc. unique, 2017, n°11. Enfin, si l'inexécution de l'obligation de garde engage la responsabilité contractuelle du dépositaire, des questionnements ont pu rejaillir à propos de l'intensité de cette obligation. L'article 1927 du Code civil qui dispose que « *le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent* » plaide en faveur de l'obligation de moyens. Néanmoins, si la Cour de cassation reconnaît bien que le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, elle n'exige pas du déposant la preuve d'une faute du dépositaire. La faute est ainsi présumée ; ce dernier étant toutefois autorisé à s'exonérer en prouvant son absence de faute, MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.Y.), *Les contrats spéciaux*, 10éme éd., LGDJ, collec. *Droit privé*, 2018, n°882, p.550 ; RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9éme éd., LexisNexis, collec. *Manuels*, 2017, n°570, p.476 ; BÉNABENT (A.) *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et*

commerciaux, 12éme éd., LGDJ, collec. *Précis Domat*, 2017, n°766, p.520 ; PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 7éme éd., Dalloz, collec. *HyperCours*, 2017, n°1020, p.764 ; Cass.civ., 1ére, 7 octobre 1997, *Resp. civ. et assur.* 1997, comm. 367 ; Cass.civ., 1ére, 14 octobre 2010, *RDC* 2011, p.454, obs. G. VINEY ; v. également l'art. 1933 C.civ.).

La cour d'appel n'a cependant pas retenu cette argumentation et a fait une application stricte des consignes énoncées par le Gouvernement. Tout d'abord, l'état d'urgence sanitaire, qui a entrainé la fermeture des clubs hippiques au public, a eu pour incidence de transférer la charge de l'entretien des animaux hébergés dans les boxes loués sur les clubs (*le chef d'établissement est "gardien" des équidés qui lui sont confiés et il lui appartient de prendre sous sa responsabilité les dispositions nécessaires à leur sauvegarde en cas d'évènement exceptionnel*, v. le site de la Fédération française d'Équitation, www.ffe.com, « Communication spéciale – équidés dits de "propriétaires" »). Ensuite, si le communiqué de presse du 23 avril 2020 a effectivement annoncé la possibilité pour les propriétaires de se rendre, dès le 24 avril 2020, dans les centres équestres pour contribuer à nourrir, soigner et/ou assurer l'activité physique de leurs animaux, c'est uniquement dans le cas où le centre équestre serait lui-même en incapacité d'assurer la totalité de ces soins (pour le texte v., le site du Gouvernement www.agriculture.gouv.fr De plus, le Ministère de l'agriculture et de l'alimentation a également mis en ligne une FAQ destinées à répondre à certaines de ces questions. v. également le site de la Fédération française d'Équitation, www.ffe.com). Or, en l'espèce, le juge constate que le club a fait appel à un vétérinaire afin d'examiner les conditions de détention des équidés, les examiner individuellement et en apprécier les conditions physiques et de bien-être. Que le club a également fourni un planning des soins faisant apparaître le protocole de prise en charge des animaux, les heures de distribution de la nourriture, le travail demandé par la société ainsi que les recommandations et l'activité des chevaux. Enfin que le personnel employé par le club durant cette période de confinement n'a fait l'objet d'aucune remarque de la part du vétérinaire. Par conséquent, qu'un péril imminent, dont la preuve revenait à la société, la qualification du contrat étant sans incidence, n'était pas caractérisée.

La question de la caractérisation reste cependant à la fois ouverte et complexe dans la mesure où le texte vise bien « *la **totalité** des soins* ». Cela signifie donc qu'il ne faut pas démontrer que le centre équestre assure l'entretien des équidés de manière satisfaisante, mais qu'il assure bien la « ***totalité*** » des soins (soit le pansage avant et après le travail, le nettoyage des boxes, les soins de santé et notamment la ferrure qui doit être réalisée toutes les six à huit semaines, le contrôle des dents, les vaccinations, … , au minimum une heure d'activité physique et ce de manière quotidienne) de ***tous*** les animaux. (Or, notons ainsi que la société soutenait justement que le club n'avait pas les moyens d'assurer cette activité physique quotidienne, alors que le propriétaire des chevaux se proposait

de monter les animaux pendant une durée maximale de 2h ; que le personnel était insuffisant à assurer les soins quotidiens de chacun des animaux placés dans le club ; ou encore que l'intervention du vétérinaire n'était pas intervenue en temps utile mettant ainsi la vie d'un des deux chevaux en jeu ; sur cette question de la totalité des soins, v., plus généralement la note de Sophie NICINSKI « L'accès des propriétaires aux centres équestres », sur le site en ligne leclubdesjuristes.com).

ꕥ

3. DROIT DES CONTRATS ET DES SÛRETÉS

3.10 L'échange

Vices cachés - contrat d'échange - responsabilité du contrôleur technique

Cour d'appel Saint-Denis de la Réunion, 24 avril 2020, n°18/01569

Marie Leveneur-Azémar, Agrégée des facultés de droit, Professeur de droit privé à l'Université de la Réunion

Le propriétaire d'un véhicule poste une annonce sur le site internet Le bon coin. Il propose sa voiture soit à la vente, pour un prix de 6200 euros, soit en échange d'un autre véhicule, dont il spécifie les caractéristiques attendues. Un particulier répond à cette proposition et les deux protagonistes s'accordent pour échanger leurs véhicules.

Peu de temps après, l'une des voitures, celle de l'annonce, donne de graves signes de faiblesse. Le nouveau propriétaire souhaite faire jouer la garantie des vices cachés. Un expert confirme l'existence d'un vice caché, résultant d'une déformation du berceau du moteur. Le tribunal de grande instance de Saint Denis statue ensuite au fond, et accède aux demandes formulées par le nouveau propriétaire : après avoir prononcé la résolution de la vente, il ordonne au défendeur la restitution de la somme de 6200 euros « correspondant au prix d'achat », contre restitution du véhicule en cause par le demandeur. En outre, il le condamne au paiement de diverses sommes, afin de couvrir les dépenses faites pour la réparation du véhicule. En revanche, le contrôleur technique est mis hors de cause.

L'ancien propriétaire du véhicule litigieux interjette appel. Il conteste à la fois l'existence des vices cachés, et la qualification du contrat. Il considère en outre que c'est au contrôleur technique de payer les sommes évoquées.

Les questions qui se posaient devant les juges d'appel dionysiens étaient au nombre de trois. Il fallait d'abord s'assurer de l'existence d'un vice caché. Ensuite, la qualification du contrat devait être tranchée afin de connaître l'objet des restitutions. Enfin, il fallait se demander si le contrôleur technique, qui n'avait pas relevé l'existence du vice, pouvait voir sa responsabilité engagée.

La Cour d'appel de Saint Denis répond à chacune de ces interrogations. Après avoir établi l'existence d'un échange entre les parties, et la présence d'un vice caché, elle ordonne la restitution – en nature – de chaque véhicule à son ancien propriétaire. Elle condamne en outre la société chargée du contrôle technique à verser des dommages-intérêts pour n'avoir pas relevé le vice lors du contrôle technique effectué avant l'échange.

Cet arrêt nous offre une intéressante application de la garantie des vices cachés au contrat d'échange, et attire également l'attention sur la responsabilité qui pèse sur le contrôleur technique s'il n'effectue pas sa mission avec une rigueur suffisante.

I. La garantie des vices cachés dans le contrat d'échange

Dans cette affaire, l'existence d'un échange ne semblait pas poser de difficulté. Pourtant, les juges de première instance évoquent une vente. Or cette qualification a une importante conséquence sur l'objet des restitutions en cas de résolution du contrat.

• Un échange. L'échange est un contrat synallagmatique consensuel défini à l'article 1702 du Code civil, cité par la cour, « par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Dans cette affaire, les deux personnes s'étaient mises d'accord pour échanger leurs véhicules. Cependant, de manière assez surprenante, le tribunal n'évoque plus un échange mais une vente. Certes, l'annonce indiquait un prix de vente. Il pouvait ainsi induire en erreur sur la qualification du contrat, car le contrat d'échange ne doit pas faire référence à un prix de vente (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 11ème éd., 2019, n° 589).

La Cour d'appel balaie cette qualification, pour retenir celle de contrat d'échange. Le prix de vente du véhicule n'était indiqué que pour l'hypothèse où la voiture aurait été vendue et non échangée. Or **les deux parties se sont bien accordées sur un échange** de leurs deux véhicules, échange qu'elles ont mis en œuvre.

Une fois cette qualification éclaircie, les juges d'appel peuvent corriger la restitution qu'il faut ordonner, en cas de résolution du contrat.

• **Une restitution en nature.** Le nouveau propriétaire de la voiture réalise qu'il a fait une mauvaise affaire très rapidement après la conclusion de l'échange. Les pannes se multiplient ; il passe un nouveau contrôle technique, qui fait apparaître de nombreuses anomalies. Après avoir vainement tenté de trouver un accord amiable, le nouveau propriétaire **agit en justice sur le fondement de la garantie des vices cachés** pour obtenir la résolution du contrat. **Le contrat d'échange obéit en effet au régime de la vente, selon l'article 1707 du code civil.**

Au vu des résultats d'expertise, la partie était loin d'être gagnée. Les nombreuses anomalies relevées par l'expert ne constituent pas des vices cachés. Soit il ne s'agit pas de vices « cachés », soit le vice n'est pas antérieur à la conclusion du contrat, soit les défauts ou transformations ne rendent pas le véhicule impropre à son usage. En effet, **le *tuning* de la voiture**, qui consiste à transformer divers éléments intérieurs ou extérieurs, **n'empêche pas d'utiliser le véhicule.**

On le comprend, à ce stade, les pannes à l'origine de la déception du nouveau propriétaire ne trouvent pas leur cause dans un vice caché.

Cependant, l'expert découvre également que le berceau du moteur est déformé, en raison d'un choc antérieur, qui a été mal réparé. Cette déformation, invisible pour le nouveau propriétaire, affecte la sécurité du véhicule, et constitue dès lors un vice caché.

L'existence d'un vice caché permet au nouveau propriétaire de former une action rédhibitoire, et ainsi solliciter à bon droit l'anéantissement du contrat. Il faudra donc procéder aux restitutions. Or le demandeur sollicitait le versement d'une somme correspondant à la valeur de son véhicule, soit 6200 euros, plutôt que la restitution de sa voiture échangée. **L'article 1646 du Code civil prévoit en effet la restitution du prix par le vendeur. Si cette disposition est bien applicable à l'espèce, elle doit néanmoins être adaptée à la nature du contrat, qui n'est pas une vente mais bien un échange.** C'est ici que la cour d'appel prend le contrepied du jugement de première instance. La cour rappelle que **les restitutions doivent s'effectuer en principe en nature**, sauf en cas d'impossibilité. Une telle impossibilité n'est pas établie en l'espèce. Par conséquent, le véhicule litigieux doit être restitué à son premier propriétaire, et ce dernier doit en contrepartie rendre le véhicule reçu, et non la valeur de celui-ci. La Cour d'appel a ainsi tiré les conséquences de la qualification du contrat d'échange pour déterminer l'objet des restitutions en nature dues par les deux protagonistes à la suite de la résolution du contrat.

Par ailleurs, l'action rédhibitoire peut s'accompagner d'un versement de dommages-intérêts lorsqu'il est établi que le vendeur connaissait le vice de la chose. Cette connaissance est présumée par la jurisprudence pour le vendeur professionnel. **Dans cette affaire, malgré son intérêt pour la transformation automobile, le propriétaire initial de la voiture litigieuse n'est pas considéré comme un professionnel.** Il n'est pas non plus établi qu'il avait effectivement connaissance du vice découvert par l'expert. **Il ne pourra donc pas être tenu à verser des dommages-intérêts** (Seuls les frais occasionnés par la vente peuvent être mis à sa charge, en application de l'article 1646 du Code civil. Toutefois, la Cour relève que les sommes demandées ne relèvent pas de ce type de frais). Le demandeur se tourne alors vers le troisième acteur de l'affaire, le contrôleur technique.

II. La responsabilité délictuelle du contrôleur technique

Juste avant de procéder à l'échange de véhicules, le rédacteur de l'annonce a fait procéder à un contrôle technique. Le contrôleur n'a pas relevé la déformation du berceau du moteur, considérée par la cour comme un vice caché. De ce fait il engage sa responsabilité, ce qui peut entraîner un pratique des conséquences non négligeables.

• **L'engagement de la responsabilité.** La Cour d'appel souligne bien l'absence de lien contractuel entre le demandeur, co-échangiste, et la société de contrôle technique. En effet ce n'est pas lui qui a sollicité ce contrôle, mais bien son cocontractant, qui était alors propriétaire de la voiture litigieuse. Le demandeur se place donc sur le terrain délictuel, et parvient à prouver la réunion des trois éléments permettant d'engager la responsabilité du contrôleur.

Première condition, la faute. Quelle est la faute du contrôleur technique ? **Il n'a pas relevé la déformation du berceau du moteur, qui pourtant figure sur la liste des points de contrôle**. Cette anomalie porte atteinte à la sécurité du véhicule, et aurait dû dès lors être signalée. **Ce manquement est constitutif d'une faute à l'égard du tiers.** Il est intéressant de s'attarder un instant sur la caractérisation de la faute. La cour d'appel n'en dit pas plus. Oublier un point de contrôle constitue un manquement contractuel de la part du contrôleur vis-à-vis de son client. S'agit-il d'une faute à l'égard du tiers ? L'arrêt Bois Rouge rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 janvier 2020 – sur des faits qui se tiennent également à La Réunion – réaffirme que le manquement contractuel constitue une faute à l'égard d'un tiers au contrat. La faute est ainsi facilement caractérisée. Il est possible d'ajouter qu'indépendamment de tout manquement contractuel, un comportement qui porte atteinte à la sécurité d'autrui doit être considéré comme une faute délictuelle. Tel était également le cas en l'espèce. La caractérisation de la faute n'est donc pas contestable.

***Deuxième condition, le préjudice*.** Le demandeur fait état de différentes dépenses dont il entend obtenir le remboursement. Il est également fait état d'une perte de jouissance du véhicule une fois celui-ci immobilisé en raison de ses différentes pannes. Toutefois, se pose la question du lien de causalité entre ces différents préjudices et la faute du contrôleur technique.

***Troisième condition, le lien de causalité*. La plupart des sommes demandées** par le co-échangiste font état de tous les déboires qu'il a pu connaître avec le véhicule : changement de batterie, dépannage et remorquage de la voiture, **ne présentent aucun lien de causalité avec la déformation** du berceau du moteur. Pourtant, le contrôleur technique ne va pas s'en tirer à si bon compte. **La perte de jouissance du véhicule est bien en lien avec le défaut de sécurité découvert.** Ce défaut n'est pas la seule cause à l'origine de l'immobilisation du véhicule, mais la cour considère qu'il en fait partie. Dès lors, il existe bien un lien de causalité entre ce préjudice, et la faute du contrôleur technique : si ce dernier avait soulevé l'anomalie, celle-ci aurait dû être réparée avant que l'échange n'ait lieu. La responsabilité du contrôleur technique peut donc être engagée.

On notera que la facture est assez salée. A raison de 100 euros par mois pour la perte de jouissance, combinée à la longueur de la procédure, la société de contrôle technique est condamnée à payer la somme de 7600 euros.

Pour autant, cette condamnation sera en définitive indolore pour la société grâce au jeu de l'assurance.

Il reste que cette solution donne à réfléchir pour les contrôleurs techniques.

• Des répercussions à venir sur les contrôles techniques ? Dans cette affaire, le contrôleur technique n'a pas relevé un point important de sécurité. Mais les conséquences de cette solution pourraient avoir une portée plus large, dans la mesure où elle concerne les véhicules améliorés. En effet, le contrôle technique des véhicules modifiés et transformés peut être source de difficulté. La Cour d'appel, au détour d'une phrase, semble laisser entendre que le contrôleur technique n'a peut-être pas été suffisamment rigoureux. Elle nous dit, à propos des diverses modifications apportées au véhicule litigieux, que « *de telles transformations sont susceptibles d'être refusées lors du contrôle technique* ». En l'espèce, le contrôle technique avait pourtant été validé. Le contrôleur technique a-t-il fermé les yeux sur l'état de la voiture, et n'a pas vu, ou n'a pas voulu voir, l'anomalie qui constituera un vice caché ? Nul ne le sait. Toujours est-il que **l'engagement de sa responsabilité, qui l'oblige à débourser une somme importante (qui dépasse la valeur de la voiture !), le poussera à être plus rigoureux la prochaine fois.** Même si l'assurance prend le relais dans cette affaire, des condamnations à répétition feront à terme monter les primes d'assurance. La société de contrôle technique est donc appelée à plus de rigueur

et de transparence. Reste à savoir désormais si cette décision aura une influence sur l'obtention du contrôle technique pour les voitures modifiées. Si ces « améliorations » sont validées, contrairement à la liste des points de contrôle établie, le contrôleur pourra voir sa responsabilité engagée par l'acquéreur du véhicule. L'arrêté du 2 mars 2017, qui renforce le contrôle technique, va en ce sens. **A l'avenir, les amateurs de *tuning* pourraient se voir refuser plus fréquemment leur véhicule au contrôle technique.** La fin du *tuning* en vue ? À suivre…

ꕥ

7. DROIT DES AFFAIRES

7.2 Droit des sociétés

Droit des sociétés – SARL – révocation du gérant – révocation sans motif légitime (non) – révocation abusive (oui)

Cour d'appel Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 6 mars 2020, n° 16/01178

Émilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de La Réunion

Si certains dirigeants sont révocables *ad nutum*, tel n'est pas le cas du gérant de SARL. La révocation de ce dernier est encadrée par le législateur à l'article L. 223-25 du Code de commerce. La cour d'appel a trouvé, dans son arrêt du 6 mars 2020, une occasion de revenir sur l'application de cette disposition.

En 1992, une SARL est constituée entre une mère et ses enfants mineurs. En 2002, le père des enfants est nommé co-gérant de la société, aux côtés de la mère. En 2010, celui-ci est subitement révoqué de ses fonctions. Il tente alors d'obtenir l'annulation de la décision de révocation, la reconnaissance des caractères illégitime et abusif de ladite révocation, ainsi que l'allocation de dommages-intérêts de la part de la SARL et de la co-gérante associée.

Le déboutant sur la demande d'annulation, le tribunal saisi reconnaît toutefois une révocation sans motif légitime et abusive. Il condamne alors solidairement la SARL et l'associée co-gérante à lui verser une indemnisation, d'un montant cependant très inférieur à celui demandé. Il interjette appel. La cour d'appel de Saint-Denis confirme le jugement sur le rejet de la demande d'annulation ainsi que le caractère abusif de la révocation, mais l'infirme sur les autres points. Elle considère que la révocation se fonde sur un juste motif, et que seule la SARL reste débitrice de l'indemnisation accordée au co-gérant révoqué.

Cette affaire nous permet alors de rappeler des règles importantes et classiques du droit des sociétés sur les motifs et conditions de la révocation du gérant de SARL.

Les motifs de la révocation marquent le principal point de désaccord entre les juridictions de première et seconde instance dans cette affaire. Si la mésentente de nature à compromettre l'intérêt social constitue, même en l'absence de faute, une justification bien connue de la révocation du gérant de SARL (Cass. Com., 4 mai 1999, n° 96-19.503, Bull. Civ. IV, 1999, n° 94 ; Cass. Com., 4 février 2014, n° 13-10.778, inédit), la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer qu'une mauvaise gestion constitue également un juste motif de révocation d'un dirigeant (Cass. Com., 24 mai 2017, n° 15-21.633, inédit). Un raisonnement a fortiori rendait cette position prévisible : si une mésentente sans faute justifie la révocation, l'existence d'une faute dans la gestion la justifie davantage. La présente affaire se place dans la ligne de cette dernière jurisprudence, le désintérêt de la gérance et du sort de la SARL manifesté par le gérant justifiant en l'espèce sa révocation. En effet, la cour d'appel relève qu'il ne participait ni à la gestion comptable et financière de la société, ni au management du personnel. À la lecture de l'arrêt, le juste motif ne fait donc aucun doute. C'est également l'intérêt social qui se trouve préservé à travers cette révocation, ce qu'il convient de saluer.

La position de la cour d'appel sur les conditions de la révocation se place également dans la continuité de la jurisprudence classique de la Cour de cassation sur deux points.

Le premier concerne le caractère abusif de la révocation, confirmée par la cour d'appel. Cette dernière rappelle que « si la révocation peut intervenir à tout moment, elle ne doit pas être brutale ». Or, le co-gérant révoqué n'a pas été informé qu'une telle décision pourrait être prise lors de l'assemblée générale, et n'a donc pas été en mesure de fournir des explications sur les faits invoqués à l'appui de sa révocation. Or, une jurisprudence constante affirme que le gérant doit être informé des motifs de sa révocation et pouvoir présenter ses observations avant que celle-ci ne soit votée (Cass. Com., 26 avril 1994, n° 92-15.884, Bull. Civ. IV, n° 158 ; Cass. Com., 24 février 1998, n° 95-12.349, inédit ; Cass. Com., 14 mai 2013, n° 11-22.845, Bull. Civ. IV, n° 80 ; Cass. Com., 29 septembre 2015, n° 14-11.491, inédit ; Cass. Com., 22 mai 2016, n° 15-14.911, inédit). La cour d'appel justifie sa position en se référant à la loyauté, comme d'autres juridictions du fond avant elle (CA Paris, 2 octobre 1997, selon laquelle la loyauté commerciale élémentaire voudrait que, si des fautes sont reprochées au gérant, il soit informé du projet de révocation et invité à se justifier avant que la révocation soit votée).

Le deuxième point sur lequel la cour d'appel reste dans la ligne de la jurisprudence classique de la Cour de cassation concerne le débiteur de

l'indemnisation due au co-gérant révoqué de façon abusive. Infirmant le jugement, la cour d'appel rejette toute condamnation solidaire de la SARL et de l'associée co-gérante. Seule la première, la SARL, reste débitrice. En effet, la Cour de cassation affirme depuis longtemps qu'un associé ne peut être condamné in solidum avec la société au paiement des dommages-intérêts que si sa faute personnelle est établie (Cass. Com., 1e février 1994, n° 92-11.171, Bull. Civ. IV, 1994, n° 53).

ꕥ

7.3 Procédures collectives

Procédures collectives – redressement judiciaire – inexécution du plan – résolution du plan (non) – liquidation judiciaire (non)

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 27 mai 2020, n° 19/02482

Émilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de La Réunion

Deux hypothèses peuvent conduire à la résolution d'un plan de restructuration, qu'il ne faut pas confondre. La survenance d'une cessation des paiements emporte nécessairement cette résolution et l'ouverture, soit d'un redressement judiciaire soit d'une liquidation judiciaire selon la situation du débiteur (art. L. 626-27 I al. 3 C. com.). Mais le défaut de paiement d'une échéance du plan par le débiteur rend seulement possible sa résolution (art. L. 626-27 I al. 1 C. com.). Le législateur est clair sur cette distinction. Dans le premier cas, il impose la résolution du plan, tandis qu'elle ne constitue qu'une possibilité dans le second. L'importance de cette distinction apparaît de façon encore plus claire en pratique, comme le montre l'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis du 27 mai 2020.

Faisant face à des difficultés, une SCI fait l'objet d'un redressement judiciaire, à l'issue duquel un plan est arrêté. Malheureusement, en cours d'exécution dudit plan, l'une de ses sociétés locataires, du fait d'un conflit avec un client, n'est pas en mesure de payer les loyers. La SCI se trouve alors, à son tour, dans l'impossibilité d'effectuer le paiement d'une échéance du plan. Si la situation se rétablit rapidement grâce à la régularisation des loyers impayés, le commissaire à l'exécution du plan avait, entre temps, sollicité la résolution du plan. Un jugement du 20 août 2019 avait accueilli cette demande et prononcé la liquidation judiciaire de la SCI. La cour d'appel de Saint-Denis, par un arrêt du 27 mai 2020, infirme le jugement. Après avoir rappelé l'article L. 626-27 du Code de commerce, qui pose la distinction sus énoncée, la cour d'appel écarte

l'existence d'une cessation des paiements. Ce faisant, elle écarte donc le prononcé automatique de la résolution du plan et de l'ouverture d'une procédure collective curative (redressement ou liquidation judiciaire). Libre de prononcer ou non la résolution, elle met ensuite en évidence les circonstances dans lesquelles se sont produits les défauts de paiements. Considérant, à juste titre, les difficultés désormais résolues, elle exclut alors la résolution du plan.

Comme le montre cette affaire, la marge d'appréciation laissée au juge par le législateur en l'absence de cessation des paiements lui permet de s'adapter du mieux possible à la réalité de la situation du débiteur. La cour d'appel de Saint-Denis n'hésite pas à en faire usage. Cette solution n'est pas sans rappeler un précédent arrêt du 10 juillet 2019, évoqué dans un précédent numéro (CA Saint-Denis, ch. com., 10 juillet 2019, n° 18/02114). Il convient donc de saluer cette décision conforme à la loi et pragmatique. Favorable à la survie de l'entreprise grâce à la poursuite du plan, elle doit être particulièrement appréciée dans ce contexte de crise économique. Toute difficulté ne doit pas être synonyme de liquidation de l'entreprise. La liquidation judiciaire doit rester l'ultime solution lorsqu'il n'existe aucun espoir de survie de l'entreprise.

ꕥ

Procédures collectives – liquidation judiciaire – insaisissabilité de la résidence principale

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 24 avril 2020, n° 18/01506

Émilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de La Réunion

La résidence principale du débiteur ne bénéficiait, jadis, d'aucune protection en tant que telle. La consécration de la déclaration notariée d'insaisissabilité en 2003 lui a alors offert une protection (loi n° 2003-721 du 1e août 2003 pour l'initiative économique ; extension du dispositif à tous les biens immobiliers non-professionnels avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie). En 2015, un pas de plus est réalisé grâce à l'automaticité de cette mesure protectrice (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques). Cette insaisissabilité de plein droit de la résidence principale d'un débiteur en difficulté modifie sans aucun doute les habitudes des liquidateurs en matière de réalisation des actifs. L'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis du 24 avril 2020 montre que tant les liquidateurs que les juges du fond ont pu mettre quelque temps à se rendre compte du caractère automatique de cette insaisissabilité de la résidence principale.

Dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte le 10 août 2016, le liquidateur a souhaité procéder à la vente d'un bien immobilier détenu en

indivision par le débiteur et sa concubine. Cette dernière s'oppose à la réalisation de cet actif, qui constituait leur résidence principale. La liquidation et le partage de l'indivision ainsi que la vente aux enchères publiques du bien sont cependant ordonnées par le tribunal le 13 juin 2018. La concubine interjette appel, permettant ainsi au couple de conserver leur résidence principale. En effet, la cour d'appel infirme le jugement de première instance. La confrontation des règles classiques du dessaisissement en liquidation judiciaire (art. L. 641-9 I C. com.), de l'indivision (art. 815 et 820 C. civ.) et de l'insaisissabilité (art. L. 526-1 C. com.) permettent, grâce aux règles fondamentales d'application de la loi dans le temps, de parvenir à une solution logique incontestable : la résidence principale du débiteur demeure de plein droit insaisissable, et il ne peut être dessaisi de ses droits indivis sur celle-ci.

Cette difficulté d'application dans le temps de l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale avait récemment conduit la Cour de cassation à rappeler que cette protection bénéficie à tous les débiteurs dont la procédure collective s'est ouverte à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 (Cass. Com., 29 mai 2019, n° 18-16.097, inédit), soit le 8 août 2015. Les liquidateurs judiciaires doivent donc se montrer vigilants et ne pas négliger cette protection légale de la résidence principale, afin de ne pas retarder l'issue de la liquidation judiciaire, dans l'intérêt tant du débiteur que de ses créanciers.

L'arrêt applique simplement le droit positif, sans contestation possible. Les actifs doivent désormais être recherchés ailleurs. Bien que l'on puisse imaginer la frustration des créanciers, privés du recouvrement de leurs créances en cas d'insuffisance d'actifs, la protection de la résidence principale du débiteur prévaut aujourd'hui.

Le présent arrêt est donc presque exempt de critique… Presque, car sa lecture laisse nécessairement tout juriste perplexe de lire que « l'article 815 du Code civil stipule (…) ». Une regrettable erreur de frappe, sans doute, qui n'enlève toutefois rien au bien-fondé de la décision sur le fond.

ꕥ

7.6 Droit bancaire

Devoir de mise en garde - devoir de loyauté - banque

Cour d'appel Saint-Denis de La Réunion, 24 avril 2020, n°18/01246

Clotilde Aubry de Maromont, Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion

Pour se comporter en professionnel diligent, le banquier se doit de porter attention à la situation financière de son client. Pour autant, il ne doit pas s'immiscer dans ses affaires de façon injustifiée de sorte qu'un subtil équilibre doit être trouvé entre vigilance et non-ingérence. C'est dans le respect de ce subtil équilibre que le banquier est amené à mettre en garde son client, emprunteur non averti, en matière de distribution de crédits. Au titre de ce devoir, le banquier doit s'informer sur la situation financière de l'emprunteur, d'abord, et alerter l'emprunteur non-averti de l'importance du risque qu'il prend en prenant un crédit qui excède ses capacités financières, ensuite. La mise en garde ne s'impose toutefois qu'en cas de risque d'endettement excessif. En l'espèce, des époux ont ouvert un compte courant auprès d'une banque. Un découvert autorisé de 800 euros leur est consenti. Leur compte s'étant maintenu à découvert sur une longue durée en dépit des demandes successives de régularisation de la banque, les époux ont été assignés en paiement d'une somme de 27 994,52 euros au titre du solde débiteur majoré des intérêts. En défense, les époux invoquent le manquement de la banque à son devoir de mise en garde et à son devoir de loyauté dans le cadre de l'octroi de son crédit. Par jugement du 9 mai 2018, le Tribunal de Grande Instance de Saint-Denis de La Réunion fait droit à la demande de la banque en évinçant, par là même, sa responsabilité au titre de son devoir de mise en garde et de loyauté. Un appel est interjeté par les époux devant la Cour d'appel de Saint-Denis pour que soit infirmé le jugement déféré. Les époux allèguent d'abord que le découvert autorisé par la banque à hauteur de 800 euros était disproportionné de sorte que le prêteur aurait manqué à son devoir de mise en garde. Ils mentionnent à ce titre que la banque aurait dû s'assurer des capacités mensuelles de remboursement de l'emprunteur au regard des mensualités d'un prêt et des charges mensuelles de la vie courante. Les époux relèvent ensuite que la banque aurait tacitement accepté un découvert autorisé d'un montant de 24 000 euros en laissant fonctionner le compte à un tel montant débiteur, de même qu'elle aurait autorisé un découvert illimité en autorisant le dépassement du plafond mensuel de leur carte de crédit. Les époux ajoutent enfin que le comportement de la banque serait déloyal en ce qu'elle aurait abusivement laissé le compte fonctionner à découvert. La Cour d'appel de Saint-Denis confirme le jugement du Tribunal de Grande Instance de Saint-Denis de ne pas avoir fait droit aux prétentions des époux au visa de l'article 1147 devenu l'article 1231-1 nouveau du Code civil. Elle relève que la disproportion dans l'octroi du crédit n'était pas établie. Elle

ajoute, en outre, que la banque avait bien alerté les époux de la nécessité de régulariser leur situation débitrice de sorte qu'aucun accord tacite de dépassement du plafond de découvert n'avait été autorisé. Aucune déloyauté dans le comportement de la banque ne peut donc être relevée. La solution est classique. Si l'obligation de mise en garde fait l'objet d'un contentieux abondant depuis l'arrêt Jauleski du 12 juillet 2005 (n°03-10921 ; Bull. civ. I, n°327 ; D. 2005, p. 3094, note B. Parance ; AJ Dalloz, p. 2276, obs. X. Delpech ; RTD com. 2005, p. 820, obs. D. Legeais), encore faut-il qu'un risque d'endettement soit relevé. Tel n'était pas le cas en l'espèce, seuls les emprunteurs ayant manqué de vigilance dans la gestion de leur compte bancaire. Cet arrêt nous confirme que le banquier doit certes porter attention à la situation financière de son client, mais qu'il ne lui revient pas de se substituer à lui dans sa gestion financière quotidienne.

Chroniques

Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien

Sous la direction d'Anissa HACHEMI,

Professeure de droit public à l'Université de La Réunion

À l'occasion de cette nouvelle chronique de jurisprudence administrative, Laurent SEUROT nous fait l'amitié de commenter une récente décision du Conseil d'État relative aux conditions d'attribution de la bonification dite « bénéfices de campagne ». Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, il est notamment spécialiste de droit de la fonction publique.

10.1. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

Bonification dite « bénéfices de campagne » – conditions d'attribution

Conseil d'État, 12 février 2020, req. n°416965

Laurent SEUROT, Professeur de droit public, Université de Lorraine, Institut de Recherches sur l'Évolution de la Nation et de l'État (I.R.E.N.E.E.)

C'est à un intéressant mais difficile exercice d'interprétation que le Conseil d'État a dû se livrer pour déterminer quels sont les militaires qui ont droit, dans le cadre de la liquidation de leur pension de retraite, à la bonification dite « bénéfices de campagne » en raison des services qu'ils ont accomplis outre-mer.

Le requérant était un ancien gendarme né à La Réunion. Après avoir fait une partie de sa carrière en métropole, il avait été affecté, à compter du 26 août 2003 et jusqu'à ce qu'il soit admis à faire valoir ses droits à la retraite, le 1er octobre 2016, à La Réunion. Il se plaignait de ce que le titre de pension qui lui avait été délivré n'incluait pas la bonification prévue par le c) de l'article L. 12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, dite « bénéfices de campagne », au titre de sa période d'affectation à La Réunion.

Par un jugement du 29 septembre 2017, le Tribunal administratif de La Réunion, compétent en premier et dernier ressort pour les litiges relatifs aux pensions de retraite des agents publics (art. R. 811-1 du Code de justice administrative), a rejeté sa demande d'annulation du titre de pension. Le requérant

s'est alors pourvu en cassation contre ce jugement et, par la décision commentée, le Conseil d'État a fait droit à sa demande et renvoyé l'affaire devant le Tribunal administratif de La Réunion.

Rassurons tout de suite le lecteur : si cette affaire semble, au premier abord, assez technique, elle pose en réalité d'intéressantes questions d'interprétation. Tout le problème, en effet, portait sur l'interprétation qu'il convenait de donner de l'article R. 14 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, plus précisément de son C. Mais, avant de s'intéresser à cet article, il est nécessaire de citer l'article L. 12 du même code, qu'il précise et qui prévoit à son c) que, dans le cadre du calcul des services pris en compte dans la liquidation de la pension, aux services effectifs s'ajoutent, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État, l'attribution de bonifications dites « bénéfices de campagne dans le cas de services militaires, notamment pour les services à la mer et outre-mer ». Précisant cette disposition, l'article R. 14 C dispose que les bénéfices de campagne sont décomptés à raison du « service accompli, soit à terre, soit à bord des bâtiments (...) : 1°) En Algérie, dans les territoires et pays d'outre-mer, Maroc et Tunisie, pour les militaires envoyés de la métropole, d'Algérie, d'un autre territoire ou pays d'outre-mer, Maroc et Tunisie. / Sont considérés à cet égard comme envoyés d'Europe les militaires français originaires d'Europe ou nés dans un territoire ou pays d'outre-mer, Maroc et Tunisie, de passage dans ces régions et n'y étant pas définitivement fixés ».

Pour refuser au requérant le droit aux bénéfices de campagne au titre de ses services à La Réunion, le service des retraites de l'État s'était fondé sur le fait que le requérant avait achevé sa carrière par son affectation à La Réunion et qu'il s'y était fixé pour sa retraite. Ce raisonnement, s'il n'a pas été remis en cause par le tribunal, l'a été par le Conseil d'État, qui a annulé le jugement pour erreur de droit. Afin d'éclairer le Tribunal administratif de La Réunion auquel il a renvoyé l'affaire, il a précisé l'interprétation qu'il convenait de faire de l'article R. 14 C : « à l'exception des militaires qui reçoivent comme première affectation opérationnelle le territoire dans lequel ils sont installés, les militaires envoyés dans un des territoires qui y est mentionné pour y accomplir des services ont droit aux bénéfices de campagne, peu important qu'ils en soient originaires ou qu'à l'occasion de cette affectation, ils s'y fixent définitivement ».

On s'efforcera d'expliquer les principes ainsi dégagés par le Conseil d'État. Mais, pour les comprendre, il est nécessaire, avant cela, de faire un peu d'histoire et de remonter à l'origine de l'article R. 14 C.

À propos de l'article R. 14 C. – Le lecteur aura sans doute remarqué, même après une lecture rapide, que cet article vient d'une époque aujourd'hui révolue : il y est question de militaires « envoyés d'Europe », qu'il faut comprendre comme signifiant « envoyés de métropole » ; de militaires « nés dans

un territoire ou pays d'outre-mer », vocable qu'on ne retrouve plus guère dans le droit positif ; sans parler de la référence au Maroc et à la Tunisie, indépendants depuis 1956…

Le Conseil d'État avait déjà été sollicité, dans une décision *Géran* de 2013 (CE, 13 nov. 2013, n° 349767, Rec. T.), pour préciser le sens qu'il convenait de donner à l'article R. 14 C. Mais il est essentiel de préciser que l'interprétation alors donnée par le Conseil d'État concernait la version de l'article R. 14 C antérieure au décret n° 2011-1429 du 3 novembre 2011, lequel a supprimé le groupe de mots placés entre guillemets dans ce qui suit : sont considérés comme envoyés d'Europe les militaires français originaires d'Europe ou nés dans un territoire ou pays d'outre-mer, Maroc et Tunisie, « de père et de mère tous deux Européens », de passage dans ces régions et n'y étant pas définitivement fixés.

Dans ses conclusions sur la décision *Géran*, la présidente Vialettes avait retracé l'origine de cette disposition, indiquant « qu'il ressort des travaux préparatoires du texte, et notamment de l'article 36 de la loi du 14 avril 1924 […] qu'il s'agissait, en réalité, de viser "les militaires français [...] nés dans un territoire ou pays d'outre-mer, Maroc et Tunisie" au cas seulement où ils seraient de "père et de mère tous deux Européens" et que leurs parents seraient "de passage dans ces régions et n'y étant pas définitivement fixés" ». Ce cas de figure résultait d'un amendement des députés Flandin et Le Brecq qui avaient demandé que la prime de dépaysement soit accordée aux militaires nés « accidentellement » dans une colonie de parents européens. L'idée était ainsi de faire bénéficier de la prime les militaires français, de père et de mère tous deux Européens, nés accidentellement en dehors de la métropole en raison du fait que leurs parents étaient de passage dans ces territoires.

Dans sa décision *Géran*, le Conseil d'État avait jugé qu'en prévoyant d'accorder ces bénéfices de campagne à des militaires nés dans un des territoires ou pays en cause et en limitant cet avantage aux militaires dont les parents non seulement étaient de passage dans ces régions et n'y étaient pas définitivement fixés, mais étaient en outre tous deux « Européens », le pouvoir réglementaire avait opéré entre militaires ayant accompli des services dans certains territoires et pays une différence de traitement sans rapport direct avec l'objet de l'article, objet que le Conseil d'État décrivait ainsi : « réserver les bénéfices de campagne aux militaires ayant accompli des services dans un territoire ou pays dont ils ne sont pas originaires », sous-entendu quand bien même ils y seraient accidentellement nés.

Cette interprétation était étroitement liée à la rédaction du texte antérieure à 2011. Elle dépendait en effet très largement de la présence dans le texte du syntagme « de père et de mère tous deux Européens ». Cette référence ayant été supprimée en 2011, il n'est plus possible de comprendre la condition imposant

d'être de passage dans les régions en cause et de ne pas y être définitivement fixé comme s'appliquant aux parents des militaires : elle ne peut plus désormais se comprendre que comme s'appliquant aux militaires eux-mêmes. Cela impliquait une nouvelle interprétation du texte, et c'est là que les divergences entre le tribunal et le Conseil d'État sont apparues.

« Peu important qu'à l'occasion de cette affectation, ils s'y fixent définitivement ». – La principale difficulté posée par la présente affaire concernait l'interprétation qu'il convenait de donner à l'expression « n'y étant pas définitivement fixés ». Dans la version du texte antérieure à 2011, elle visait les parents de militaires qui avaient été simplement de passage outre-mer et dont l'enfant était né lors de ce passage. Pour le tribunal, cette expression signifie, postérieurement à 2011, que les bénéfices de campagne doivent être refusés au militaire qui, à l'issue de son affectation dans un des territoires mentionnés à l'article R. 14, décide de s'y installer définitivement. Le tribunal a ainsi considéré qu'il fallait prendre en compte, pour apprécier si l'intéressé devait être considéré comme définitivement fixé à La Réunion, ce qu'il avait fait *après* la fin de son affectation et non sa situation *avant* cette affectation. Si l'on suit cette interprétation, dans la mesure où le requérant avait achevé sa carrière par son affectation à La Réunion et dans la mesure où il s'y était fixé pour sa retraite, le service des retraites de l'État était en droit de refuser de lui accorder la bonification en question.

Cette interprétation était contestée par le rapporteur public, Raphaël Chambon, pour qui la disposition en cause devait être interprétée comme visant la fixation définitive dans un territoire d'outre-mer *avant* l'affectation dans ledit territoire, et non *à l'issue*. Il relevait que la doctrine administrative était dans ce sens. Dans une réponse ministérielle récente, le ministre de l'intérieur, faisant référence à la doctrine du service des retraites de l'État, avait en effet considéré que ce n'était pas ce qui se passait à l'issue de l'affectation outre-mer qui devait être pris en compte pour apprécier la fixation définitive outre-mer, mais la situation antérieure à ladite affectation (Question écrite n° 7062 posée par Mme Huguette Bello, publiée au JORF le 3 avril 2018, p. 2726 ; réponse publiée au JORF le 11 septembre 2018, p. 8061). Suivant ce raisonnement, le requérant soutenait que, dans la mesure où, avant d'être affecté à La Réunion, il était affecté en métropole, il ne pouvait pas être regardé comme fixé à La Réunion, peu important qu'il s'y soit définitivement installé à l'issue de cette affectation. C'est dans ce sens que tranche le Conseil d'État : peu importe le fait que, à l'issue de son affectation à La Réunion (le Conseil d'État dit « à l'occasion de cette affectation »), il s'y soit définitivement installé.

Le Conseil d'État aurait pu s'en tenir là et annuler le jugement, mais il a suivi son rapporteur public qui jugeait « nécessaire, face à un texte ancien et

relativement obscur, d'en dire un peu plus » et d'en énoncer une interprétation qui permette d'éclairer le tribunal sur la solution à apporter au litige.

« Peu important qu'ils en soient originaires » – En particulier, la question pouvait se poser de savoir si la naissance dans le territoire ultra-marin d'affectation faisait obstacle à la qualification d'« envoyé » de la métropole et, par conséquent, à l'attribution des bénéfices de campagne. Pour le dire autrement, fallait-il prendre en compte, pour apprécier la qualité d'« envoyé » de métropole, le lieu de naissance du militaire ou le lieu de sa précédente affectation ? On comprend bien l'enjeu pour le requérant : si est pris en compte le lieu de naissance, étant né à La Réunion, il ne peut pas, lorsqu'il est muté à La Réunion, être considéré comme envoyé de la métropole ; en revanche, si est pris en compte le lieu de l'affectation qui précède immédiatement sa mutation à La Réunion, il doit être considéré comme envoyé de la métropole.

La prise en compte du lieu de naissance aurait pour conséquence que ne pourrait jamais avoir la qualité d'originaire de la métropole celui qui est né dans le territoire ultra-marin dans lequel il est affecté, quelles que soient ses affectations précédentes. C'est cette interprétation que l'on trouve dans la réponse ministérielle déjà citée : « le service de retraites de l'État estime que "le critère d'installation définitive" s'apprécie sur la période comprise entre la naissance du militaire et sa date d'incorporation dans une armée ou la gendarmerie nationale. Cela revient à exclure du bénéfice de campagne le militaire accomplissant des services dans son pays d'outre-mer de naissance et qui y a vécu continuellement jusqu'à son recrutement ». Elle est par ailleurs sans aucun doute conforme à l'intention initiale de l'auteur du texte. Le second alinéa de l'article R. 14 C 1° visait en effet à éclairer la portée du premier en précisant quels militaires devaient être regardés comme « envoyés de la métropole » : il s'agissait de ceux nés en métropole, d'une part, et de ceux, ainsi qu'on l'a vu plus haut, nés accidentellement outre-mer, d'autre part. Pour le dire autrement, la rédaction antérieure à 2011 impliquait de se fonder, sauf le cas particulier des enfants nés accidentellement outre-mer, sur le lieu de naissance et non sur le lieu de la précédente affectation.

Cependant, comme on l'a vu, ce texte a été modifié en 2011, ce qui autorisait à se libérer de l'interprétation que sa rédaction antérieure impliquait. Par ailleurs et surtout, le respect du principe d'égalité commandait de neutraliser le critère du lieu de naissance. En effet, si un militaire grandit en métropole et y fait ses études, et s'il est d'abord affecté en métropole avant d'être ensuite affecté à La Réunion, la circonstance qu'il soit né en métropole ou à La Réunion est sans rapport avec l'objet de la norme qui consiste à apprécier si le militaire est ou non envoyé de métropole sur ce territoire. Priver dans un tel cas le militaire en question des bénéfices de campagne au seul motif qu'il est né à La Réunion méconnaîtrait le principe d'égalité. Pour en assurer le respect, il était donc nécessaire de

neutraliser le critère du lieu de naissance, et cette neutralisation ne pouvait se faire qu'au bénéfice du critère du lieu de l'affectation précédente. C'est ce que reconnaît le Conseil d'État en considérant que la circonstance que le militaire soit originaire du territoire ultra-marin dans lequel il est affecté n'a aucune incidence. Ainsi, doit être considéré comme envoyé de métropole en outre-mer tout militaire qui était, au moment de sa nouvelle affectation, affecté en métropole, quel que soit son lieu de naissance.

« À l'exception des militaires qui reçoivent comme première affectation opérationnelle le territoire dans lequel ils sont installés ». Il n'y a donc qu'un seul cas dans lequel le militaire affecté outre-mer n'a pas droit aux bénéfices de campagne : lorsqu'il reçoit comme première affectation le territoire ultra-marin dans lequel il est déjà installé. Et le respect du principe d'égalité implique, là aussi, de n'accorder aucune importance à son lieu de naissance. Ainsi, si un militaire grandit à La Réunion, y fait ses études et y obtient sa première affectation, la circonstance qu'il soit né en métropole ou à La Réunion n'a aucune importance : dans les deux cas, il n'a pas droit aux bénéfices de campagne.

ꕥ

10.4. DIPLÔMES ET FORMATIONS

Droit à l'éducation – Égal accès à l'instruction – Lutte contre l'épidémie de Covid-19 – Refus d'ouverture des établissements scolaires – Circonstances locales particulières

Tribunal administratif de La Réunion, ord., 29 mai 2020, *Mmes X. et Y.*, req. n°2000415

Fleur DARGENT, Maître de conférences en droit public, C.U.F.R. de Mayotte

Specialia generalibus derogant. Cet adage bien connu en droit administratif trouve une illustration brûlante dans la question de l'articulation des mesures mises en œuvre pour lutter contre l'épidémie mondiale due au nouveau coronavirus. Le jugement du tribunal administratif de Saint-Denis en date du 29 mai 2020 est représentatif du problème de concours de polices entre la police spéciale détenue par les autorités de l'Etat et le pouvoir de police générale destiné à assurer le respect de l'ordre public dévolu aux maires.

La présente affaire prend place dans le cadre de l'organisation par les autorités nationales du retour des salariés à l'activité professionnelle, mais aussi celui des enfants et adolescents dans les établissements scolaires publics et privés à l'issue d'une période de confinement imposée du 17 mars au 11 mai 2020.

En l'espèce, le maire de Saint-Paul a pris un arrêté le 4 mai 2020 par lequel il a décidé de ne pas ouvrir les écoles maternelles et élémentaires, publiques et

privées, jusqu'au 4 juillet 2020, alors que la réouverture de ces établissements avait été annoncée par le Président de la République lors de son allocution télévisée du 13 avril 2020 et concrétisée par le décret n°2020-545 du 11 mai 2020. L'édile justifiait sa décision par l'impossibilité pour la commune de respecter le protocole conditionnant la réouverture des écoles, la formation du personnel communal n'était pas possible avant la date prévue du 18 mai. En outre, toujours selon lui, la commune ne disposait pas, malgré des commandes engagées, de crème lavante, de virucide et de produit désinfectant, compte tenu de la difficulté d'approvisionnement spécifique à La Réunion.

L'arrêté du maire a fait l'objet d'un recours en référé liberté sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative, qui dispose que « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». Mmes X et Y demandaient ainsi au juge des référés d'ordonner à la commune de Saint-Paul de suspendre cet arrêté mais aussi de lui enjoindre, sous astreinte, d'ouvrir les écoles maternelles et élémentaires, publiques et privées sous un délai de sept jours. Selon les requérantes, il serait porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'éducation et à l'égal accès à l'instruction, qui constituent des libertés fondamentales, eu égard à la très faible circulation du virus à La Réunion, classée en « zone verte » et au fait que des protocoles ont été élaborés pour l'accueil des enfants dans les écoles en concertation avec le rectorat et les responsables d'établissements.

Confronté à une mesure qui déroge à celles prises par les autorités de l'Etat au titre de leur pouvoir de police spéciale, le juge va se livrer au contrôle de proportionnalité classique du référé. Il rappelle que le ministre des solidarités et de la santé a dû prendre, par une série d'arrêtés à compter du 4 mars 202, des mesures sur le fondement de l'article L. 313-1 du code de la santé publique et notamment la fermeture de nombreux établissements recevant du public, l'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes et la suspension de l'enseignement dans les établissements scolaires, hormis pour les enfants des personnels soignants. Le 16 mars 2020, le Premier ministre a, en outre, interdit le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve de certaines exceptions limitativement énumérées et des mesures complémentaires ont été prises par le ministre de la santé par arrêtés entre le 17 et le 21 mars 2020. La loi du 23 mars 2020 est intervenue pour instaurer l'état d'urgence sanitaire, prorogé ensuite jusqu'au 10 juillet 2020. L'autorisation d'accueillir à nouveau les élèves dans les écoles maternelles et primaires a ensuite été donnée par le décret du 11 mai 2020, abrogeant celui du 23 mars précédent, dans des conditions permettant le respect des règles d'hygiène et de distanciation sociale définie par le décret.

Détaillant les dispositions ci-dessus énumérées, le juge rappelle alors qu'elles ont été prises par l'Etat au titre de ses pouvoirs de police spéciale en matière sanitaire et qu'elles s'appliquent « *dans un objectif de cohérence et d'efficacité* », à l'ensemble du territoire concerné. Le déconfinement ayant été permis par une évolution favorable de la situation sanitaire, l'Etat « *a décidé de modifier les équilibres antérieurement retenus dans les intérêts en présence entre, d'une part, celui de la santé et, d'autre part, notamment, ceux liés au droit à l'éducation ou à la lutte contre les inégalités sociales* », ce qui l'a conduit à autoriser la réouverture progressive des établissements scolaires par un décret du 11 mai 2020, les conditions de réouverture ayant été précisées par voie de circulaire ministérielle mais aussi au moyen d'un « Guide relatif à la réouverture et au fonctionnement des écoles maternelles et élémentaires ». Anticipant les cas de refus de maires de procéder à la réouverture des établissements de leur commune, le Premier ministre a préconisé la mise en place d'un dialogue avec l'Etat « *afin d'évaluer l'impossibilité d'accueillir dans les locaux de la commune un nombre même très réduit d'élèves, soit à raison de la configuration des locaux scolaires, soit à raison de l'impossibilité de réaliser dans les délais les opérations préalables de nettoyage ou d'assurer l'entretien régulier des locaux* ».

Dans un cadre plus global, le maire dispose, au titre des articles L. 2212-1 et 2212-3 du code général des collectivités territoriales, d'un pouvoir de police générale aux fins d'assurer « *le bon ordre, la sûreté la sécurité et la salubrité publiques* ». Toutefois, cette compétence doit s'apprécier relativement à la police spéciale, mentionnée plus haut, et octroyée aux autorités de l'Etat par la loi du 23 mars 2020 leur permettant d'agir pour lutter contre l'épidémie sur l'ensemble du territoire national en fonction de l'évolution de l'épidémie. Si ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le maire use de ses pouvoirs de police générale afin de « *contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'Etat* », il ne peut prendre au titre de son pouvoir de police générale des mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire, « *à moins que des mesures impérieuses liées à des circonstances locales en rendent l'édiction indispensable et à condition de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'Etat* ».

Le raisonnement suivi est conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière de concours de polices puisqu'il postule l'exclusivité de la police spéciale sur la police générale[1], solution logique puisque lorsque la police spéciale se déploie pleinement, elle ne laisse pas de place à une police générale devenue

[1] CE, 20 juillet 1935, *Entreprise Satan*, *Rec.* p. 847 ; CE, Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, req. n° 326492.

superfétatoire[2]. Par ailleurs, lorsqu'elle est confiée à des autorités centralisées, elle permet une application cohérente sur tout le territoire, d'autant qu'en matière sanitaire, tant pour préserver l'efficacité des mesures que pour en favoriser l'acceptation sociale, il est de bon aloi d'en imposer une application uniforme.

Selon la formulation retenue, la compétence du maire perdure seulement dans deux cas de figure. Dans le premier cas, il s'agit pour lui de mettre en application au niveau local les mesures prises à l'échelon national. Dans le second cas, le maire conserve une compétence lorsque les circonstances locales l'exigent, ce qui lui laisse la possibilité d'aggraver les mesures prises au niveau national ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans une décision récente relative au confinement[3]. Toutefois, là encore, il n'est pas totalement libre puisque ces mesures ne peuvent compromettre la cohérence et l'efficacité de celles prises par l'Etat au titre de la police spéciale. Il s'agit là d'un nouvel élément – ô combien délicat – que le juge devra apprécier à l'occasion de son contrôle.

Le cadre restrictif dans lequel est enfermé le maire a été dessiné par le Conseil d'Etat dans son ordonnance du 17 avril 2020 dans laquelle il avait eu à trancher sur un recours en référé-liberté contre l'obligation du port d'un « dispositif de protection buccal et nasal » dans tout l'espace public de la ville de Sceaux[4]. Faisant usage de la nouvelle grille de répartition qu'elle venait de tracer, la Haute juridiction a considéré que les circonstances locales ne justifiaient pas qu'une telle obligation soit faite aux habitants de la ville de Sceaux et que la mesure ainsi décidée était contradictoire avec le message délivré par les autorités nationales sur le port des différents masques de protection dans un contexte de tension autour de l'approvisionnement de tels dispositifs.

Si, en l'espèce, le juge administratif s'est très largement fondé sur le raisonnement du Conseil d'Etat, il a dû apprécier la licéité d'une mesure dérogeant à des décisions prises à l'échelon national alors que la juridiction suprême avait eu à se prononcer sur une obligation locale inexistante sur l'ensemble du territoire. Il pourrait alors être intéressant d'observer si la contradiction manifeste entre une décision locale et des mesures nationales, comme c'était le cas ici, est susceptible d'entraîner une plus grande vigilance dans le contrôle juridictionnel.

Accomplissant ici son office de juge des référés, le tribunal constate que des libertés fondamentales sont bien en jeu puisque la décision querellée est susceptible de porter atteinte à l'égal accès à l'instruction, garanti par le treizième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère celui de la Constitution de 1958, et confirmé par l'article 2 du premier protocole additionnel

[2] V. par ex. sur ce point, H. HOEPFFNER, « Le règlement des concours de police obéit-il à des principes directeurs ? », *AJDA* 2011, p. 1211.
[3] CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes médecins*, req. n° 439674.
[4] CE, ord., 17 avril 2020, req. n°440057, pt. 6.

à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais aussi au droit à l'éducation. Toutefois, dans le contexte actuel, ces libertés doivent, évidemment, être conciliées avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

Dans le cas présent, le refus d'ouvrir les écoles du maire de Saint-Paul porte indéniablement atteinte au droit à l'éducation et à l'instruction, conduisant le juge à considérer la condition d'urgence comme remplie. En outre, les autorités sanitaires ont placé La Réunion en zone de vigilance verte et il n'existe pas de circonstances sanitaires particulières permettant de justifier la fermeture complète des établissements scolaires de la commune. Par ailleurs, la commune n'a pas fait montre d'une anticipation suffisante aux fins de permettre la bonne application des mesures décidées par les autorités compétentes de l'Etat et d'assurer une formation suffisante à ses agents. Enfin, les difficultés logistiques d'approvisionnement dont la commune fait état ont déjà été réglées à la date de la présente ordonnance.

En conséquence, la nécessité d'assurer l'effectivité des libertés fondamentales citées plus haut conduit le juge à considérer que la décision de ne pas ouvrir les écoles prises par le maire de Saint-Paul porte à ces libertés une atteinte grave et manifestement illégale entraînant la suspension de cette décision et l'injonction faire au maire d'ouvrir les écoles maternelles et élémentaires pour le 4 juin 2020 « *en prenant les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* », dans le respect des dispositions prises à l'échelon central.

Le raisonnement du juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis est analogue à celui suivi, sur une affaire identique dix jours auparavant, par le juge de Montreuil à l'égard de la commune de Bobigny[5]. Utilisant une formulation similaire, le juge métropolitain s'était même montré plus strict que son homologue dyonisien puisqu'il avait considéré que le classement du département en « zone rouge » ne pouvait justifier – surtout à lui seul – le refus d'ouverture des établissements scolaires, en l'absence d'une telle possibilité dans le décret du 11 mai 2011. Dans le même esprit, le tribunal de Saint-Denis s'est notamment appuyé sur le fait que La Réunion soit classée en « zone verte » pour considérer le refus du maire comme injustifié.

In fine, cette ordonnance de référé est le reflet de la difficile conciliation entre la nécessité de garantir la santé des individus tout en préservant l'exercice d'autres libertés dans le cadre d'un retour à une vie – presque – normale.

L'évolution incessante et rapide de la situation épidémiologique en France offre un cadre idéal au recours en référé-liberté dans la mesure où des décisions

[5] TA Montreuil, ord., 20 mai 2011, *Tam-Mme C.*, req. n°2004683.

doivent être prises promptement, parfois au détriment des libertés fondamentales et dans un contexte de fortes incertitudes scientifiques. Capital, le rôle du juge s'avère aussi fort délicat et l'équilibre est toujours précaire entre restrictions nécessaires et excès de précaution.

ꕥ

10.8. DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Droit de la concurrence – concentration – vie chère

Conseil d'État, ord., 17 juin 2020, *Vindémia Group*, req. n°1700857

Romuald SEVAGAMY, ATER en droit public, Université de La Réunion

Malgré diverses mesures[1], le problème de la vie chère persiste en Outre-Mer. Dans un avis du 4 juillet 2019, l'Autorité de la concurrence relève que *« les données disponibles font apparaître des écarts de prix significatifs et persistants entre les DROM et la métropole, en particulier pour les produits alimentaires »*[2]. Ainsi, à la Réunion, les prix des produits alimentaires sont 28% plus élevés par rapport à la métropole. Or, *« le poste alimentaire est déterminant pour la représentation que le public se fait de l'évolution des prix en général »*[3]. Si les coûts de transport ou l'octroi de mer constituent des raisons à cet écart de prix, ils ne le justifient pas entièrement. En effet, la structure du marché de la grande distribution en Outre-mer, globalement plus concentré que la métropole, est aussi un facteur déterminant. C'est justement du marché de la grande distribution de la Réunion dont il était question dans l'ordonnance de référé *Vindémia Group* rendue par le Conseil d'État le 17 juin 2020.

En l'espèce, le 24 janvier 2020, la société Groupe Bernard Hayot (GBH), détentrice des supermarchés Carrefour, avait adressé à l'Autorité de la concurrence un dossier de notification relatif à la prise de contrôle exclusif de la société Vindémia Group, représentant des supermarchés du groupe Casino. Par une décision n° 20-DCC-072 du 26 mai 2020, l'Autorité de la concurrence a autorisé cette opération de concentration, sous réserve de la mise en œuvre de divers engagements structurels et comportementaux. Par deux décisions n° 20-DCC-069 et n° 20-DCC-074 des 19

[1] En particulier, les lois n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, dite loi « Lurel » et n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique

[2] Avis n° 19-A-12 du 4 juillet 2019 concernant le fonctionnement de la concurrence en Outre-Mer

[3] F. HERMET, J.-Y. ROCHOUX, « Vie chère et pauvreté à La Réunion », *Informations sociales* 2014/6, n° 186, p. 90-97.

et 26 mai 2020, l'Autorité de la concurrence a, dans le cadre de la même opération, autorisé d'une part, la prise de contrôle conjoint par les sociétés Aram Financial et Victor Bellier Participation de quatre magasins de commerce de détail à dominante alimentaire et, d'autre part, la prise de contrôle exclusif de deux fonds de commerce à dominante alimentaire par la société Ah-Tak. Les sociétés Excellence et autres demandaient ainsi au juge des référés du Conseil d'Etat d'ordonner la suspension de l'exécution de ces trois décisions de l'Autorité de la concurrence.

Les conditions du référé-suspension. En vertu de l'article L521-1 du Code de justice administrative : « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». A la lecture de cet article, trois conditions cumulatives apparaissent. La décision administrative doit d'abord faire l'objet d'un recours au fond, c'est-à-dire soit un recours en excès de pouvoir, soit un recours de pleine juridiction. En effet, le référé-suspension est un recours accessoire à un recours au fond. Il est donc indispensable d'attaquer la décision administrative par un recours au fond avant d'exercer un référé-suspension[4]. Viennent ensuite les conditions relatives à l'urgence et à l'existence « d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

L'appréciation de la condition d'urgence. Lorsqu'elle est remplie, la première condition n'est généralement pas évoquée. C'est la condition relative à l'urgence qui va être au cœur de l'ordonnance commentée. Le Conseil d'État rappelle sa jurisprudence établie selon laquelle que *« l'urgence justifie la suspension de l'exécution d'un acte administratif lorsque celui-ci porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Il appartient [alors] au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. L'urgence doit, enfin, être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, à la date à laquelle le juge des référés statue »*[5]. Les sociétés requérantes faisaient valoir que la prise de contrôle de la société Vindémia par la société GBH, portait une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence effective à la Réunion sur trois marchés, ceux de la distribution au détail de produits alimentaires, de distribution de livres et de

[4] CE, 11 mai 2001, *Commune de Loches*, req. n° 231802.
[5] Sur l'appréciation de la condition d'urgence, voir en particulier : CE, Sect., 19 janvier, 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req n° 228815 et CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n° 229562, 229563, 229721.

l'approvisionnement. De surcroît, les engagements pris par GBH n'étaient pas, selon les sociétés requérantes, de nature à remédier aux risques initialement identifiés par l'Autorité de la concurrence.

Le juge administratif va alors vérifier si la condition d'urgence est remplie en ce qui concerne les trois marchés susmentionnés. S'agissant du marché de la distribution au détail de produits alimentaires, le juge administratif estime que les risques relatifs à l'affectation de la concurrence et à la crédibilité des repreneurs avancés par les sociétés requérantes ne sont pas avérés. S'agissant ensuite du marché de la distribution de livres, les allégations, selon lesquelles le magasin Agora - Espace Garden, que la société GBH se propose de céder à la société Make Distribution, serait d'une grande vétusté et que la société Make Distribution ne disposerait d'aucune compétence pour développer une activité sur le marché culturel, n'établissent pas l'existence d'une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence satisfaisante dans sur ce marché. Enfin, en ce qui concerne le marché de l'approvisionnement, le juge administratif estime également que les risques d'atteinte à la concurrence et l'insuffisance des engagements pris par GBH allégués par les sociétés requérantes ne caractérisent pas une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence satisfaisante sur le marché de l'approvisionnement. La condition d'urgence, n'étant pas remplie, le Conseil d'État rejette la requête des sociétés. L'issue sera peut-être différente pour la décision sur le fond qui devrait intervenir dans les prochains mois.

ꕥ

10.13. DROIT ELECTORAL

Municipales – Élection dès le premier tour – Campagne électorale – Propagande sur Facebook – Article L. 52-1 Code élect. – Différence entre « réalisation » et « bilan » – Défaut de qualification juridique – Article L. 52-8 Code élect. – Utilisation des moyens publics pour la campagne – défaut de la réalité des faits – charge de la preuve – Article L. 62 Code élect. – Défaut d'isoloir – défaut de la réalité des faits – Absence d'affectation de la sincérité – Rejet – Article L. 40 Code proc. pén. – Transmission au juge pénal – Rejet – Article 118-4 Code élect. – Inéligibilité – Rejet – Article R. 72 Code élect. – Procurations abusives – Rejet – Modification des listes – Rejet – Absence de second tour – Rejet – Pressions et Manœuvres – Absence d'atteinte à la sincérité du scrutin – Rejet

Tribunal administratif de La Réunion, 7 juillet 2020, req. n°200255

Tribunal administratif de La Réunion, 7 juillet 2020, req. n°2000263

Mehmet TINC, Maître de Conférences en droit public, Université de La Réunion, Centre de Recherches Juridiques (C.R.J.)

Alors que la doctrine débat encore des curiosités engendrées par la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la législation d'état d'urgence

sanitaire[1], les élections municipales que celle-ci hacha en deux, donnèrent lieu à quelques jugements devant les juridictions administratives. Étrangement, le contentieux fut peu volumineux, seuls quelques arrêts rendus par le Conseil d'État auraient d'ailleurs mérité l'attention[2]. Pourtant, en raison du contexte sanitaire et politique dans lequel elles se sont déroulées, les municipales de 2020 furent uniques dans leur genre[3]. Elles ont engendré des interrogations légitimes sur la gestion politique de la crise sanitaire[4]. Critiquées pour leur caractère peu démocratique, les mesures du gouvernement n'ont cependant donné lieu qu'à peu de recours alors qu'elles soulevaient des questions tout à fait intéressantes[5]. Devait-on maintenir des élections malgré l'arrêt quasi-complet de la vie sociale et économique du pays en raison d'un virus dont la propagation pose toujours problème ? Pouvait-on attendre des résultats démocratiquement valables alors que la peur de la contagion provoqua au premier tour une abstention record de plus de 55% en moyenne ? Un écart de délai plus long que celui initialement prévu entre les deux tours ne rendait-il pas plus volatile le suffrage exprimé par les électeurs au premier tour ? … etc. Devant les juges, ces interrogations d'intérêt hautement théorique n'ont cependant pas trouvé d'écho[6] tant les recours engagés ne posaient que des questions bien pragmatiques sur la compétence du juge administratif, sur la régularité de la procédure électorale

[1] CC, 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, voy. notamment J.-É.GICQUEL, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *Gaz. Pal.* 7 avril 2020, n° 14, p. 3 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF* 13 avril 2020, p. 15 ; M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA* 2020, n° 15, p. 839 ; J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA* 2020, n° 15, p. 843; S. HUL, « Les "circonstances particulières" que nous vivons actuellement justifient même que le Conseil constitutionnel accepte qu'il soit dérogé à des dispositions de la Constitution relatives à la passation de lois organiques », *LPA* 11 juin 2020, n° 117, p. 23.

[2] CE, 29 juillet 2020, *Monsieur A.*, req. n° 440623, selon lequel ne constitue pas une « *fraude électorale* » et ne porte donc pas atteinte au « *secret* » du vote, le fait de confier la seconde clef de serrure à l'adjoint du maire sortant, sans cependant opérer de tirage au sort comme le prévoit pourtant l'article L. 63 du code électoral. CE, 15 juillet 2020, *Monsieur E. D.*, req. n° 440055, où le Conseil d'État interprète les nouveaux délais de protestation à la lumière du code de procédure civile pour décider du sort d'un délai qui expire un jour férié. Dans cette même décision, le CE décide qu'en l'espèce, le taux d'abstention n'a pas en lui-même porté atteinte à la sincérité du scrutin.

[3] Il n'y avait jamais eu de report général du second tour des élections municipales, même si comme à La Réunion en 1973, des événements telle qu'une tempête tropicale avaient pu causer cette solution.

[4] Voy. par ex., la position de J.-P. DEROSIER dans un article du journal *Le Monde* : « Le projet de loi de report du second tour des municipales est contraire à la Constitution », *Le Monde* 19 mars 2020.

[5] Parmi d'autres, voy. par ex., X. MAGNON, « Les principes d'un droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », *AJDA* 2020, n° 23, p. 1257.

[6] Cependant, voy. l'avis du Conseil d´État n° 399873 du 18 mars 2020 sur le projet de loi d'urgence sanitaire où la Haute juridiction estime justifié le report du second tour des élections.

et sur la sincérité du scrutin entres autres... Bien qu'elles alimentent aussi la théorie du droit constitutionnel électoral, du moins indirectement, ces questions-là n'ont pas été à la hauteur des enjeux juridiques qu'engendra la crise historique du Covid-19. À La Réunion spécialement, les deux seules décisions rendues au courant du mois de juillet, l'une sur la réélection d'Olivier Rivière à Saint-Philippe, l'autre celle de Stéphane Rouassin à Salazie[7], ne touchèrent que des points rudimentaires du droit électoral sans lien direct avec la crise actuelle. Si les moyens invoqués dans les deux cas diffèrent et méritent une analyse séparée, les éléments de fait se ressemblent plus ou moins : à chaque fois la décision est rendue sur la requête de l'opposant malheureux demandant l'annulation des élections perdues dès le premier tour, c'est-à-dire le 15 mars dernier et les deux jugements débouchent tous au rejet des requêtes. Quant au fond, l'affaire salazienne fut plus simple que celle sur Saint-Philippe.

L'affaire salazienne. Dans les trois moyens de sa requête, l'opposant du « champion » demandait l'annulation des élections sur fondement de trois griefs. Les deux premiers touchent la campagne électorale, le requérant malheureux contestant la concurrence déloyale qu'aurait pratiqué le Maire sortant, d'une part en raison de *la promotion sur Facebook* de son bilan municipal et, d'autre part, en raison de l'utilisation qu'il aurait faite des *moyens de la Mairie* pour sa campagne. S'agissant du dernier moyen, le requérant critiquait les irrégularités qui seraient commises lors du scrutin, notamment *le défaut d'isoloir* dans quelques bureaux de vote.

La campagne sur Facebook. Le juge dionysien écarte sans grande difficulté les deux branches du grief concernant l'usage du Facebook et tranche par la négative la question de savoir si le rappel des œuvres, missions, fonctions ou travaux accomplis par un candidat sur Facebook constitue ou non une propagande électorale interdite par l'article L. 52-1 du code électoral prohibant, pendant les six mois précédant les élections, « *tout procédé de publicité commerciale* […] *par tout moyen de communication audiovisuelle* ». En effet, bien qu'elle interdise la « *promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité* », cette disposition autorise expressément « *la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus* ». Si cette législation ne satisfait ni par sa qualité ni par sa clarté[8], on comprend néanmoins globalement son sens à la lumière de la

[7] TA La Réunion, 7 juillet 2020, req. n° 200255 et 2000263.

[8] Pour une étude de cette disposition, voy. par ex., B. DAUGERON, « Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale », *AJDA* 2001, n° 3, p. 257 ; M.-A. MAÏGNE, « La communication des collectivités territoriales en période pré-électorale », *AJDA* 2009, n° 35, p. 1932.

jurisprudence du Conseil d'État[9] et du Conseil constitutionnel[10]: un élu ne peut prendre à son compte les réalisations accomplies par sa commune, mais peut seulement faire la promotion de ce qu'il a effectivement lui-même accompli lors de ses mandats. Tel doit être, selon nous, la différence entre les notions de « *réalisations* » ou de « *gestion d'une collectivité* », d'une part, et « *la présentation, par un candidat ou pour son compte,* […] *du bilan de la gestion [de ses] mandats* », d'autre part. Il est vrai que la nuance demeure floue et que tout dépendra dans un cas de l'appréciation des éléments de fait par le juge. On se trouve donc encore une fois dans une de ces zones grises du « jurislateur » où le résultat final tient plus du Loto que du Droit ou, pour le dire plus conventionnellement, le juge aboutit à des solutions variables en fonction des circonstances et à la lumière d'un faisceau d'indice réunissant une multitude d'éléments probants comme le contenu de la publication, son financement, son moment, les précédents en la matière, le contexte de la promotion, etc. En l'occurrence, le Tribunal se protège brillamment contre toute polémique grâce à un raisonnement en deux temps : d'une part, la promotion effectuée par l'ancien Maire sur son compte Facebook n'est faite qu'à titre privé et ne constitue qu'un « *bilan de la gestion* » de son mandat et, d'autre part, à supposer qu'il s'agisse d'une « *promotion publicitaire* » au sens du premier alinéa de l'article L. 52-1, la sincérité du scrutin n'a pu être altérée par elle, compte tenu de l'écart des voix en l'espèce. Intéressant qu'il soit, un tel raisonnement que le Conseil d'État fait souvent sien[11], est théoriquement critiquable. *Primo,* l'article L. 52-1 n'établit aucune condition de financement public ni d'affectation de sincérité du scrutin à l'interdiction des propagandes électorales publicitaires pré-électorales. Une publicité, qu'elle soit financée par la commune ou non, qu'elle affecte ou non la sincérité du scrutin, est interdite dès lors qu'elle relate les « *réalisations* » ou la « *gestion d'une collectivité* ». La promotion n'est autorisée par le texte que si elle reflète les accomplissements personnels, c'est-à-dire « *le bilan* » du candidat sortant lui-même. Mais il est vrai que la différence est tenace, la rédaction médiocre et, comme souvent, le législateur laisse le juge seul devant les labyrinthes d'une qualification juridique nébuleuse. Corvée dont se débarrasse par ailleurs le Tribunal sans grand effort, toujours dans le cadre du même grief mais s'agissant cette fois des publications sur Facebook d'un employé municipal, en affirmant abruptement que les prises de positions effectuées sur ce compte en faveur du Maire sortant « *ne relèvent pas d'une campagne de promotion publicitaire aux sens des dispositions susvisées* » sans aucune autre précision. À croire que, parfois, le juge n'a plus autre solution que de se fier à sa propre conviction...

---

[9] CE, Sect., 2 octobre 1996, *Elections municipales de Bassens, Rec*. p. 365, concl. M. SANSON et CE, Ass., 18 décembre 1996, *Elections dans le 16e arrondissement des membres du Conseil de Paris et du conseil d'arrondissement, Rec.* p. 503, *AJDA* 1997, p. 746, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *RFDA* 1996, p. 703, concl. J.-C. BONICHOT.

[10] CC, 2 février 2018, n° 2017-5090 AN, *AN La Réunion, 6e circ., Mme Monique Orphé.*

[11] Par ex., CE, 26 mai 1978, req. n° 08634 A; CE, 21 déc. 2001, req. no 236335 B, *BJCL* 2002, p. 57, concl. BACHELIER, obs. POUJADE ; *Gaz. Pal.* 2002, n° 2, somm. 1882.

La campagne avec des moyens publics. Ce moyen de la requête, paraissant fondé sur l'article L. 52-8 du Code, même si le texte du jugement ne le précise, est traité encore plus rapidement que la première, car l'opposant du Maire sortant n'apporta aucune preuve de ses allégations alors que ce dernier démontrait que les moyens utilisés pour sa campagne appartenaient non pas à sa commune mais à lui-même. Les factures téléphoniques relatives aux communications effectuées pendant et pour la campagne électorale, les documents relatifs aux équipements et les certificats d'immatriculation des véhicules utilisés dans les meetings et les opérations promotionnelles etc., ils ont tous été reproduits pour démontrer que la campagne était bien faite sur des deniers privés. Quant à l'usage d'un espace communal, le Tribunal ne constate aucune concurrence déloyale tant cette utilisation en règle des lieux n'était refusée à personne et que le Maire sortant n'était ainsi pas favorisé illicitement par rapport aux autres candidats qui auraient tout aussi bien pu profiter desdits lieux une fois obtenues les autorisations accordées au premier.

Le défaut d'isoloir. Sur ce dernier moyen non plus, l'opposant ne parvient à démontrer la réalité des faits : les isoloirs dont l'article L. 62 du code électoral ordonne l'existence de façon à « *soustraire* » l'électeur des regards indiscrets lors de son vote, étaient bel et bien présents au bureau et les deux seules photographies avancées ne prouvaient pas le contraire. Au demeurant, aucune attestation du défaut allégué ni aucune mention dans ce sens au procès-verbal du bureau n'étaient fournies. C'est donc sans difficulté particulière que le juge rejeta la requête sur ce dernier moyen, mais là aussi il prend ses gants et précise, pour le cas où des doutes persisteraient, qu' « [a]*u surplus* […] *pour regrettable qu'elle puisse être, une telle irrégularité n'est en l'espèce, pas susceptible d'avoir altéré la sincérité du scrutin* ». En effet, après un simple calcul, le Tribunal démontre que même s'il annulait les résultats du bureau contestés, cela ne changerait rien pour les élections, en raison de l'avance de voix obtenue par le Maire élu. Ce recours à l'arithmétique dans les appréciations montre à la fois le caractère pratique du contentieux électoral et le pragmatisme du juge ainsi que sa sensibilité face aux légitimités politico-démocratiques. Ce contentieux est donc plus qu'une pure affaire de qualification juridique. C'est aussi du calcul mathématique, de la pédagogie publique et de la prudence juridique. Un tel rapprochement que permet le contentieux électoral entre Justice et Démocratie, deux piliers de notre société contemporaine, se retrouve aussi et peut-être avec plus d'acuité encore dans l'affaire saint-philippoise.

L'affaire saint-philippoise. En l'espèce, l'opposant malheureux demandait non seulement l'annulation des élections, mais également la suspension des mandats des nouveaux élus, la saisine de la justice pénale et l'inéligibilité du Maire tant, selon lui, les « *manœuvres* » accomplies par son concurrent méritaient un châtiment exemplaire. C'était sans doute ignorer l'examen méticuleux que mène le juge administratif sur la réalité des faits et le contrôle strict qu'il exerce quant aux qualifications juridiques. Deux volets du jugement, d'une part, les moyens que l'on peut qualifier de *secondaires* et, d'autre part, *le moyen principal* sur le bien-fondé

de la protestation électorale qui joue le rôle clef dans le dénouement de l'affaire, permettent de le démontrer.

Les moyens secondaires. En premier lieu, le Tribunal répond avec brièveté au moyen sur le second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale obligeant « *toute autorité constituée* » de faire connaître à la justice pénale un crime ou un délit. Peu importe que des infractions au code électoral soient commises ou non par le Maire sortant. Sauf disposition expresse contraire, le juge administratif n'est en principe pas compétent pour une telle transmission dans sa fonction contentieuse. Cette solution qui ne fait que reprendre une ancienne jurisprudence du Conseil d'État est d'ailleurs valable non seulement en matière électorale, mais également dans tout type de litige[12]. Bien qu'elle soit discutable sur un plan théorique, tant le juge administratif est aussi une autorité « *constituée* », cette position stricte continue d'être appliquée comme le montre un arrêt récent de la Haute juridiction administrative[13]. Les juges suivent en cette matière une politique d'interprétation restrictive de leur compétence juridictionnelle. En second lieu et s'agissant cette fois du moyen d'inéligibilité, le Tribunal reste particulièrement pédagogue et, avant d'opposer au requérant un refus mécanique sur cette demande, prend soin de rappeler les conditions d'un prononcé d'inéligibilité. Ainsi, en vertu de l'article 118-4 du code électoral une inéligibilité peut être prononcée, même d'office par le juge, si quatre conditions sont réunies. Tout d'abord, le respect du contradictoire doit être garanti et les observations des candidats concernés recueillis. Ensuite, il doit être établi que les manœuvres présentaient un caractère frauduleux. Puis, il faut s'assurer que lesdites manœuvres ont effectivement été commises par les candidats concernés. Enfin, il faut démontrer que ces mêmes manœuvres ont eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin. En l'espèce, le Tribunal ne s'attarde sur aucune de ces conditions et décide sans explication aucune que les agissements invoqués n'étaient ni frauduleux ni de caractère à porter atteinte à la sincérité du scrutin. Cette réponse expéditive, très souvent rencontrée dans les décisions, n'altère nullement la lisibilité du jugement en l'occurrence, puisque lors de l'analyse du moyen principal de la requête, le juge avait point par point relevé la licéité des agissements critiqués par le requérant.

Le moyen principal. Les cinq griefs du moyen principal sur le bien-fondé de la protestation électorale sont rejetés eux aussi très rapidement, les deux premiers dès la recevabilité, les trois autres après seulement une analyse sur le fond. Premièrement, les réclamations relatives aux procurations abusives sont jugées irrecevables pour défaut de preuve tant la requête ne précisait pas les noms des

[12] Pour le contentieux électoral: CE, 28 décembre 2001, req. n° 233993. Pour les autres contentieux, voy. par ex., CE, 25 octobre 1991, req. n° 83901, dans lequel il est précisé « *qu'en l'absence de disposition particulière, il n'appartient pas au Conseil d'Etat dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles de faire application du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale* ».

[13] CE, 14 juin 2019, req. n° 431373.

électeurs dont les procurations étaient contestées. En effet, on sait que le Conseil d'Etat n'écarte la validité des procurations que lorsqu'une irrégularité patente est commise[14]. Or, en l'espèce, le requérant se contentait d'avancer le taux de vote par procuration (environ 6%) sollicité auprès des personnes estimées vulnérables, car âgées ou handicapées, sans apporter les « *précisions* » suffisantes telle que l'exige la jurisprudence relative aux articles R. 72 et suivants du code électoral[15]. Deuxièmement, la demande sur l'absence abusive d'un second tour malgré un écart seulement de 58 voix est jugée, elle aussi, irrecevable pour forclusion cette fois-ci, le nouveau délai de recevabilité de telles demandes fixé par l'ordonnance du 25 mars 2020 étant largement dépassé. Troisièmement, après avoir rappelé les limites de sa compétence qui ne porte point sur la régularité des inscriptions en générale, mais sur les modifications des listes électorales par la Mairie[16], le Tribunal se réfère aux deux piliers de son appréciation que constituent les chiffres et l'instruction. D'une part, les chiffres montrent que les 176 nouvelles inscriptions effectuées par le Maire sortant sont de toute façon insuffisantes pour changer le cours de l'élection emportée avec un écart de 502 voix. D'autre part, malgré les allégations du requérant, l'instruction menée par la juridiction n'aurait dévoilé l'existence d'aucune manœuvre frauduleuse de nature à porter atteinte à la sincérité du scrutin. Ces deux éléments d'appréciation *in concreto* des faits, les chiffres et l'instruction, guident aussi le juge dans l'analyse du quatrième grief sur les soi-disant pressions et autres manœuvres électoralistes. Mais là non plus, ni la possibilité donnée aux électeurs d'adhérer au mouvement du Maire sortant en contrepartie d'un euro seulement ni les avancements des agents municipaux ou les recrutements justifiés soit par des dispositions réglementaires soit par la gestion normal des effectifs de la Mairie ni l'invocation sans preuve probante de la participation dite forcée des employés aux réunions politiques ou de la promesse qui serait faite par un colistier à un électeur pour la fourniture d'équipements électro-ménager, n'emportent la conviction du juge. Il en va de même des allégations de menaces ou de corruption. Ainsi, peu importe que le Maire sortant ait laissé entendre que des financements régionaux dont bénéficie la Commune seraient en danger s'il n'était pas reconduit dans son mandat, de tels arguments électoralistes pouvant être contredits par les autres listes lors de la « *polémique électorale* » (*sic !*). De même, l'important écart de voix montre, toujours selon le juge, que de telles pressions n'ont pu altérer la sincérité du scrutin. Certainement, le Tribunal estime qu'un si grand nombre d'électeurs ne seraient pas

[14] CE, Ass, 17 octobre 2003, *Consultation des électeurs de Corse*, req. n° 258487 et 258626 A, *AJDA* 2003, p. 2383, note MALIGNER ; *RFDA* 2003, p. 1140, concl. BOISSARD.

[15] CE, 20 mai 2009, *Élections municipales de Carcassonne*, req. n° 321867, *Dr. adm.* 2009, n° 7, p. 23; R. MÉSA, « Les fausses procurations de vote et le délit de faux commis dans un document délivré par une administration publique de l'article 441-2 du Code pénal », *JCP A* 2019, n° 20, p. 37.

[16] En vertu de l'article L. 19 du code électoral c'est une commission de contrôle qui est compétente pour vérifier la régularité des listes électorales. Les décisions de cette commission relèvent, elles, de la compétence des juridictions judiciaires conformément à l'article L. 20 du même code.

aussi dupes pour penser que c'est uniquement la personne du maire et ses relations amicales avec les élus de la Région qui pourront jouer dans l'obtention des subventions régionales par leur Commune. Enfin, les avances sur subventions communales accordées aux associations sont considérées comme rentrant dans « *le cadre normal de l'activité de la commune* » et n'étant pas distribuées de manière « *sélective* » en faveur des seules associations proches de la liste du Maire sortant, elles ne sont pas considérées comme ayant pour but d'influencer les électeurs. Le cinquième et dernier grief, celui sur l'utilisation des moyens publics, est lui aussi analysé par le Tribunal avec cette même méticulosité. Tout d'abord, la désinsectisation faite par le Centre communal d'action sociale (CCAS) chez un particulier à la suite des plaintes de ses voisins relève non pas du clientélisme électoral mais de la police sanitaire. Ensuite, la reprise sur le site web de sa campagne par le Maire, des informations figurant sur la page Internet de la Commune ne démontre ni don ni avantage qui seraient accordés par cette dernière à la liste gagnante. Selon le juge, il s'agissait des données de caractère « *purement* » informatif de la vie municipale, qui ne procuraient pas des « *avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqué* » au sens de l'article 52-8 du code électoral. Enfin, sans explication aucune, le Tribunal relève que la salle municipale est mise à disposition des deux listes dans les mêmes conditions. L'absence de discrimination conduit le juge sur ce point à considérer que l'équipe gagnante n'avait pas eu un usage illicite des moyens publics. Pour toutes ces raisons, et en refusant comme dans l'autre affaire, la demande de remboursement des frais d'instance par le Maire sortant, le Tribunal rejette la requête.

De ces deux affaires il faut retenir trois choses. *Primo*, malgré quelques considérants « bâclés », les précautions prises par le Tribunal dans ses réponses sont à la hauteur des enjeux : le jugement est bien motivé, ce qui doit amplement satisfaire les attentes légitimes d'un public macéré dans une géographie serrée où la concurrence politique est particulièrement rude et les tensions palpables. La donne culturelle, économique et sociologique de ce département unique en son genre, souvent accusé de corruption, n'explique certainement pas à elle seule ces si longs développements qui aboutissent finalement au rejet des requêtes. Mais, elle permet d'évaluer positivement l'effort pédagogique et la clarté des motivations. *Secundo*, et sur un point plus technique, la licéité ou non des comportements électoraux est appréciée en fonction d'une analyse duale mêlant une approche *in abstracto* à une évaluation *in concreto* des circonstances de fait. Le couple « chiffres/instruction » montre clairement cette mécanique grâce à laquelle le juge forme son ultime conviction et procède à la qualification juridique des faits. D'une part, le Tribunal vérifie qu'un comportement ne tombe pas dans le champ d'application d'une prohibition annoncée par le code électoral. Pour ce faire, il considère les faits de l'espèce à la lumière des notions retenues par la loi. D'autre part, il renforce son jugement en recourant à l'étude de « *l'écart des voix* » afin de mesurer l'impact des

agissements critiqués sur la sincérité du scrutin. Ce faisant, il donne à ses motivations une dimension réaliste qui renforce la pertinence et, par conséquent, la légitimité de son jugement. Ces deux analyses abstraite et concrète concourent au même but : garantir une certaine objectivité de la décision rendue par le juge qui doit démontrer qu'il utilise son pouvoir d'appréciation avec « *tact et mesure* »[17]. *Tertio*, sur un plan plus technique, même si par hypothèse le contrôle exercé par le juge électoral n'est pas celui de « *l'erreur manifeste d'appréciation* », il est d'une intensité restreinte. Toute manœuvre électoraliste, tout comportement compétitif n'est pas en soi prohibé et le juge administratif exige un certain excès dans les agissements par rapport à ce qui est acceptable dans une compétition politique pour déclarer l'existence d'une atteinte la sincérité du scrutin. Il serait intéressant de comparer ces analyses du juge administratif français avec celles d'autres juges, constitutionnel(s) ou européens qui, eux aussi, donnent jurisprudence après jurisprudence une certaine définition de ce standard juridique qu'est le principe de sincérité dans une société démocratique.

ꕥ

[17] Selon la célèbre formule de GUY BRAIBANT dans ses conclusions sur l'affaire *Ville Nouvelle-Est* (CE, Ass, 28 mai 1971, *Rec.* p. 409 ; *AJ* 1971, p. 463; *RDP* 1972, p. 454 note M. WALINE ; *GAJA*, éd. n° 21, 2017, n°80).