



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

R.I.D.S.P, Vol. 2, N°1 – Janvier 2022



Directeurs :

Dr. BAMANGA DAGA Guidakré

Dr. ETABA ABANA Rémi

COMITE SCIENTIFIQUE

Pr. Moktar ADAMOU

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;

Pr. Thomas CLAY

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, (Université Paris 1), Avocat au barreau de Paris ;

Pr. Nadège JULLIAN

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole ;

Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré

Pr. Sandie LACROIX-DE SOUSA

Maître de Conférences HDR, Université d'Orléans ;

Pr. Marie-Colette KAMWE MOUAFFO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Jean Pierre CLAVIER

Professeur, Université de Nantes ;

Pr. Guy Florent ATANGANA MVOGO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Najet BRAHMI

Professeur, Université de Tunis El Manar

Dr. MFEGUE SHE Odile épouse MBATONGA

Université de Yaoundé II

M. Maxime KALDJONBE

Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA ;

M. SABABA MAGAZAN

Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA et Juge d'instruction près le Tribunal Militaire de l'Adamaoua ;

M. David YINYANG

Magistrat, Substitut du Procureur près les tribunaux d'instance du FARO à POLI ;

Mme Sandrine DATSE

Avocate au Barreau de Paris, Conseil Adjoint devant la Cour Pénale Internationale.

COMITE DE REDACTION

Rédactrice en Chef Adjointe

Dr. Calice Cléopatre MAINIBE TCHIOMBE
Université de Ngaoundéré.

Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

Responsable en charge de la propriété intellectuelle : Dr. Job NZOH SANGONG

Coordonnateurs des rubriques

**Coordonnateur rubrique Droit Public
&**

Coordonnateur rubrique Droit Privé

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Warai Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Josué DIGUERA

Dr. Job Didier BAHANA

Dr. Eloi BAKARY

Dr. Gérard Müller MEVA'A

Dr. Sadjo ALIOU

Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA

Dr. Deguia CHECK IBRAHIM

Dr. Issa Pave ABDEL NASSER

Dr Prosper Hugues FENDJONGUE

Dr ABOUKAR BANGUI AGLA

Dr Messi MBALLA ANGE

Dr. DJARSOUMNA LINDA

Dr Djidjioua Garba ISSA

Dr Norbert DOURGA

Dr Djourbele BAMBE

Dr. WILLARBANG ZUINSSA

Dr. YAUBA HAMADOU A.

Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA

Dr. Ibrahima HALILOU

Dr. Raissa PAYDI

Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA

Mme Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA

M. ARI HAMADOU GUY

Mme MOUANGA MOUSSEVOULA G.

Mme Adama SALME

M. Elie SAPITODEN

M. Bienvenu DOMBA

M. Jacob Israël Firina

M. Benjamin DIGUIR DABOLE

M. ALI BOUKOUN ABDOULAYE

POLITIQUE DE REDACTION

La Revue Internationale de Droit et Science Politique est publiée par une équipe dynamique et professionnelle en la matière. Les articles sont disponibles sur le site internet de la Revue : www.revueridsp.com

Les textes soumis à la Revue font l'objet d'une double évaluation sous anonymat. Les opinions exprimées dans cette Revue n'engagent que la responsabilité des auteurs. Toutefois, ceux-ci s'engagent à céder leurs droits à la Revue Internationale de Droit et Science Politique.

Directives aux auteurs :

La Revue Internationale de Droit et Science Politique reçoit des textes en permanence pour publication dans l'un de ses numéros mensuels. Les auteurs qui soumettent leurs contributions doivent se conformer aux directives suivantes :

- Les contributions soumises à la Revue Internationale de Droit et Science Politique doivent l'être en toute exclusivité ;
- Les contributions doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse suivante : redactionridsp@gmail.com
- La Revue Internationale de Droit et Science Politique publie les articles en français et en anglais. Chaque article doit être accompagné d'un résumé rédigé par l'auteur.
- Toute contribution soumise pour publication doit être rédigé en format Microsoft Word ; nom de la police : Times New Roman ; Taille des caractères 12 ; interligne 1,5. Les contributions ne doivent pas dépasser 35 pages.

Le Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

SOMMAIRE**❖ Droit Public**

La protection du domaine législatif en droit constitutionnel camerounais.....	1
<i>MEDJE Jean-Claude</i>	
Le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs : étude comparative entre le droit communautaire UE-UEMOA et CEMAC.....	21
<i>BANKOUE GERALDIN Kiki</i>	
Le Secrétaire Général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun.....	37
<i>MEDJO MEDJO Doni Jolive</i>	
La notion de gouvernance territoriale au Cameroun.....	57
<i>PANA Moussa</i>	
Le paradoxe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes <i>L'opposition des États issus de la décolonisation aux revendications d'indépendance émises par certaines catégories de leur population.....</i>	90
<i>ONDOUA ONDOUA Marc</i>	
La responsabilité du contrôleur financier dans le renouveau budgétaire camerounais.....	127
<i>KENNE TIWA Patrick</i>	
Perspectives pour une orientation judiciaire du traitement des cyberoffensives en droit international.....	151
<i>KUATE GNOWA Edi Donal</i>	
L'accessibilité des États en voie de développement aux normes du droit international.....	179
<i>BALA MOUSSA ISSA</i>	
La souveraineté de l'Etat à l'épreuve de la criminalité financière.....	198
<i>BEDJE A NWOS Dorine Reine</i>	
La consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques au Cameroun.....	225
<i>PANA Moussa</i>	

Le témoignage devant la Cour Internationale de Justice et devant la Cour Pénale Internationale.....	257
<i>MALAM LHAMI TIKAMDA Geneviève</i>	
Prêt rétrocédé, un engagement budgétaire de l'Etat à sécuriser.....	283
<i>GOUNOU Zimé Kora</i>	
Les obstacles à la restitution internationale des avoirs financiers spoliés des Etats.....	310
<i>BANKOUE GERALDIN Kiki</i>	
La protection de la liberté de manifestation publique au Tchad : leurre ou réalité ?.....	329
<i>BAB KUSMUAN Silvère</i>	
Le contrôle populaire du Président de la République dans les Etats francophone d'Afrique noire.....	356
<i>BILE NNA Serge Edouard</i>	
❖ Droit Privé	
Le contrat pétrolier à l'épreuve de la théorie du juste et de l'utile.....	384
<i>BATOUM BIYIHA Jean Victoire</i>	
Le principe de précaution dans la lutte contre le corona virus (covid-19) au Cameroun.....	407
<i>TAIBE Fabrice</i>	
La protection du suspect d'actes de terrorisme en procédure pénale camerounaise.....	434
<i>SAWAWA SOUAÏBOU</i>	
La clientèle en droit OHADA.....	459
<i>ALEMDJRODO Richard</i>	
Plaidoyer pour l'instauration d'un principe de libre établissement des sociétés dans l'espace ohada.....	487
<i>ABDOUSSALAM</i>	
Le bail à usage professionnel dans les centres commerciaux en droit OHADA.....	510
<i>DOSSEH-ANYRON Efoe</i>	
<i>Peuple contrevenant et tolérance coupable.....</i>	541
<i>LOUAHEUBE BEATRICE PAGOU</i>	
Les entreprises d'assurance CIMA et la lutte contre le blanchiment de capitaux.....	565

MAKAM TOUSSIA samuel

❖ **Science Politique**

L'instrumentalisation politique de la dévolution du pouvoir traditionnel à l'aune de la démocratisation au Cameroun : cas de la chefferie traditionnelle de Bankim.....596

Page | vi

WAVOUM Dieudonné

Démocratie électorale et consolidation hégémonique au Cameroun.....629

ENANGUE Serge Manfred

Gestion décentralisée des ressources naturelles : quels défis pour le développement durable du Nord-Cameroun ?.....650

DOUDOU SALAMATOU

Fonction présidentielle et pratiques non codifiées : Les procédés d'amplification de la puissance présidentielle en dehors des normes établies

(Construction du mystère et célébration du chef de l'Etat africain comme démiurge : Le travail de communication politique)661

MODE BOUN Etienne

La dynamique de politisation des clivages ethniques dans la compétition électorale au Cameroun.....688

ABOUKAR BANGUI AGLA

❖ **English Law**

"Who Owns the Oceans"? Questioning the Jurisdiction of the State over Territorial Waters in Respecting the Principle of Universality of States in International Law.....715

NANA CHARLES NGUINDIP And AMA-AMBO CHEFOR



La protection du domaine législatif en droit constitutionnel camerounais

Par :

Jean-Claude MEDJE

Docteur/Ph.D en Droit Public

Université de Yaoundé II (Cameroun)

Page | 1

Résumé :

La question de la protection du domaine législatif au Cameroun est sujette à caution car, le domaine législatif entendu comme le champ de compétence conféré par la Constitution au pouvoir législatif pour élaborer ou voter des lois est mal protégé vis-à-vis des normes réglementaires de l'Exécutif. En effet, les différentes constitutions camerounaises n'ont aménagé aucun moyen juridique pour protéger la loi contre l'intrusion du pouvoir exécutif qui a le souci constant de gagner du terrain. C'est ainsi qu'il est regrettable de constater que si le gouvernement veut prendre un règlement dans le domaine de la loi alors qu'aucune loi n'est inexistante, le parlement n'a aucun moyen juridique pour l'en empêcher. Toutefois, le domaine législatif ne peut être protégé qu'au cours d'une procédure administrative contentieuse qui se déploie dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir exercé en vue de l'annulation d'un acte administratif contraire à la loi.

Mots-clés : protection, domaine législatif, droit constitutionnel.

Introduction

Par définition, on appelle domaine législatif à l'inverse du domaine du règlement, le champ de compétence conféré par la constitution au pouvoir législatif pour élaborer ou voter des lois. Il désigne l'ensemble des matières sur lesquelles l'Assemblée Nationale peut participer à la régulation du système juridique par la production de normes ayant une force obligatoire, les lois ; et aussi l'ensemble des matières à propos desquelles l'intervention du législateur est jugée nécessaire, voire indispensable, sous la forme de lois¹.

Protéger le domaine législatif contre d'éventuelle intrusion du pouvoir exécutif est essentielle pour garantir au parlement l'exercice de sa fonction législative. Toutefois, la difficulté réside dans la détermination de frontières réelles entre les matières législatives² et réglementaires³ car, la délimitation entre domaine de la loi et celui du règlement, c'est-à-dire la répartition des matières entre le parlement et le gouvernement soulève nécessairement entre ces derniers des conflits de compétence⁴.

En effet, les frontières entre la loi et le règlement ne sont pas toujours précises⁵. Les efforts faits par les nouveaux constituants pour préciser les attributions de chacun des deux pouvoirs de manière à éviter des conflits n'ont pas mis fin à toutes les ambiguïtés que les articles peuvent contenir et il est pratiquement impossible de prétendre déterminer sans interprétation contentieuse si tel ou tel problème s'inscrit dans le domaine de la loi ou dans celui du règlement⁶. Le constat est que le gouvernement a tendance à s'introduire dans le domaine législatif sans que le parlement n'ait un moyen juridique de lui faire opposition.

Dans cette situation, il est important de mettre au centre de réflexion la question de la protection du domaine législatif au Cameroun à travers les pratiques constitutionnelles. Pour y

¹ OLINGA (A.D.), *La constitution de la République du Cameroun*, op.cit., p.99.

² Cf. art 26 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972 modifiée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008.

³ *Idem*, art 27.

⁴ KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Benin du Burkina-Faso et du Togo*, op.cit., p.250.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

parvenir, une interrogation fondamentale s'impose : le domaine législatif est-il protégé au Cameroun ?

Une analyse minutieuse des instruments juridiques camerounais montre qu'il n'existe aucun moyen spécialement aménagé par la Constitution pour protéger le domaine législatif contre tout empiètement du pouvoir exécutif (I). Seulement, les matières législatives ne peuvent être protégées qu'au cours d'une procédure administrative contentieuse qui se déploie dans le cadre d'un contrôle de légalité (II).

I- UNE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE ABSENTE DU DOMAINE LEGISLATIF

La protection des matières législatives au Cameroun est perçue comme loin d'être une réalité car, le texte constitutionnel n'organise pas réellement les modalités d'encadrement du domaine de la loi. Cette situation peut s'expliquer par le fait que le constituant français de 1958 avait pris l'option de confiner l'action législative du parlement dans un domaine très limité⁷ permettant ainsi à l'exécutif de réaliser ses objectifs d'intérêt général. Ce confinement, s'est accompagné⁸ d'une inertie du juge constitutionnel à protéger le domaine législatif contre tout empiètement du règlement. Le contrôle de la constitutionnalité des lois n'assure qu'indirectement une délimitation des compétences normatives entre la loi et le règlement, sur la base du contrôle des injonctions au gouvernement et du contrôle de « l'incompétence négative » du Parlement⁹. C'est donc en faveur de cette thèse que le constituant camerounais semble prendre position lorsqu'il ne fait pas intervenir directement le conseil constitutionnel dans la délimitation de ces deux champs de compétences.

Fort de ce constat, le domaine de la loi présente moins de garantie de protection car, l'analyse des différentes constitutions camerounaises ne mentionne aucune implication directe de cet organe devant permettre la préservation du domaine législatif contre toute velléité d'atteinte du pouvoir exécutif. Cette défaillance est due à l'imprécision des moyens juridique (A) favorisant

⁷ Cf. art. 34 de la constitution française de 1958.

⁸ Cf. décision du juge constitutionnel sur le blocage des prix.

⁹ MONEMBOU (Cyrille), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, op.cit., p.132.

opportunément ainsi l'intrusion¹⁰ du règlement dans le domaine législatif. La protection de ce domaine passe par une réorganisation du système constitutionnel (B).

A- L'imprécision des moyens juridiques

Page | 4

Contrairement au domaine règlementaire qui fait l'objet d'une protection constitutionnelle à travers la procédure d'irrecevabilité des propositions des lois, aucun texte juridique ne protège directement les matières législatives. Ce constat se justifie par l'analyse des différents textes constitutionnels qui n'ont pas prévu des dispositions particulières garantissant le champ d'expression législative du parlement nonobstant la création du Conseil Constitutionnel par la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996. C'est d'ailleurs étant conscient de l'imperfection de la délimitation du domaine de la loi et des risques de l'intrusion d'un pouvoir dans un champ qui, constitutionnellement, ne lui appartient pas, que la constitution française va créer le Conseil constitutionnel dont la mission première reste quand même de faire respecter les attributions de chacun des deux pouvoirs¹¹.

En réalité cet organe tant attendu devrait permettre d'assurer une bonne protection des conflits de compétences entre la loi et le règlement. Selon l'article 46 de la constitution sus évoquée, « *le Conseil Constitutionnel est l'instance compétente en matière constitutionnelle. Il statue sur la constitutionnalité des lois* »¹². De cette disposition, il s'ensuit que le conseil constitutionnel n'a pour fonctions que de vérifier la conformité des lois à la constitution alors qu'il serait également appelé à assurer par le même rôle le respect des délimitations des frontières et par ricochet le respect du domaine de la loi en fixant nettement les bornes entre la loi et le règlement.

Cependant, l'imprécision qui découle de l'article 46 de la constitution suscitée place les matières législatives dans une situation d'insécurité. C'est pour cette raison que Salomon BILONG affirme que : « *Le domaine législatif est mal protégé ; d'abord vis-à-vis de la réglementation*

¹⁰ L'intrusion du règlement dans le domaine législatif est le fait pour le gouvernement de prendre des mesures dans les matières relevant du ressort du parlement en dehors de toute habilitation. Il s'agit d'une pratique inconstitutionnelle en raison du principe de la séparation des pouvoirs qui voudrait que chacun des organes de l'Etat doit avoir une maîtrise totale sur son domaine. On observe ainsi le plus souvent de la part du gouvernement une velléité à s'introduire dans le champ de compétences réservées au parlement.

¹¹ KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Benin du Burkina-Faso et du Togo, op.cit.*, p.250.

¹² Cf. art. 46 de la constitution du 18 janvier 1996, *op.cit.*

communautaire, mais surtout vis-à-vis des normes réglementaires de l'exécutif»¹³. Si le gouvernement veut prendre un règlement dans le domaine de la loi alors qu'aucune loi n'est inexistante, le parlement n'a aucun moyen juridique pour l'en empêcher¹⁴. Ceci est aussi valable du fait que sous le couvert de l'application des lois, l'exécutif peut donner une impulsion particulière à la norme¹⁵. Autrement dit, dans de tels cas, l'activité législative du parlement se trouve dans une situation d'instabilité car, le parlement doit non seulement se soumettre aux normes communautaires en vertu de principe de primauté de droit communautaire, mais aussi et surtout se plier au règlement que le gouvernement a pris dans le domaine législatif en raison de l'inexistence de la loi.

Pourtant, le contrôle de constitutionnalité des lois a longtemps été considéré en France comme le mécanisme juridique de surveillance du législateur pour empêcher qu'il porte atteinte à la délimitation constitutionnelle des compétences, et indirectement des pouvoirs¹⁶.

Au Cameroun, on note deux possibilités pour l'Exécutif d'intervenir dans les matières législatives à savoir, le procédé de l'habilitation ou le mécanisme du contrôle des lois de ratification des ordonnances.

En tant que gardien de la séparation des pouvoirs, le juge constitutionnel aurait ainsi compétence pour contrôler la constitutionnalité aussi bien des lois d'habilitation que des lois de ratification des ordonnances¹⁷. Mais, tel n'est le cas. Alors qu'en France, le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer sur les lois d'habilitation dans sa décision du 19 décembre 1999.¹⁸ Après avoir admis que le législateur a la possibilité d'autoriser le gouvernement « à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie (...) »¹⁹, il vérifie ensuite si la demande d'habilitation est justifiée par un motif d'intérêt général.²⁰

¹³ BILONG (Salomon), *Droit constitutionnel*, op.cit., p.51.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ MONEMBOU (Cyrille), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, op.cit., p.132.

¹⁷ MONEMBOU (Cyrille), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, op.cit., p.139.

¹⁸ CC 99-421 du 16 décembre 1999. Cité par ROUSSEAU (D), *Droit du contentieux constitutionnel*, op.cit., p.178.

¹⁹ ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, op.cit., p.178.

²⁰ *Ibid.*, p.176.

Au demeurant, le domaine législatif au Cameroun est mal protégé. Aucune disposition constitutionnelle ne permet de protéger directement les matières législatives contre tout empiètement du pouvoir exécutif.

L'institution du conseil constitutionnel par la constitution du 18 janvier 1996 semble plus veiller sur la conformité des lois à la constitution que d'assurer leur protection. Le règlement administratif tend à déborder constamment les bornes entre domaine de la loi et domaine du règlement.

Page | 6

B- Une nécessaire réorganisation du système constitutionnel

La nécessité d'une réorganisation du système constitutionnel consiste essentiellement pour le pouvoir public de réaménager ou de restructurer les normes constitutionnelles. Il s'agit d'un toilettage intégral de la constitution tenant en compte des mécanismes qui doivent servir de base à la régulation du système juridique constitutionnel.

L'existence des Cours Constitutionnelles ou des conseils constitutionnels dans les Etats modernes laisse présager aujourd'hui leur rôle notamment dans la régulation de conflit de compétences entre le domaine de la loi et celui du règlement. Mais paradoxalement, l'on se rend compte que ces organes ne semblent pas exercer véritablement en la matière leurs attributions en raison du fait que la constitution ne définit pas clairement leurs fonctions dans ce domaine. Ainsi, tenant compte de cette imprécision, le professeur Cyrille MONEMBOU se pose la question de savoir si le contrôle de constitutionnalité des lois peut être considéré comme une technique directe de protection de la délimitation des compétences constitutionnelles.²¹ L'auteur pense qu'il est théoriquement possible de répondre à cette interrogation par l'affirmatif.

Mais, il n'en demeure pas vrai que ce contrôle soit une réalité pour l'encadrement du domaine législatif contre toute éventuelle immixtion du règlement. Les matières législatives restent le cible majeur du gouvernement, car il est presque un constat général en Afrique de voir un juge de la Cour Suprême annuler un acte réglementaire empiétant sur le domaine de la loi²².

²¹ MONEMBOU (Cyrille), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : contribution à l'étude de l'évolution constitutionnelle*, op.cit., p.131.

²² Au Togo et au Burkina Faso, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité ne profite guère aux parlements car le contrôle institué dans ces pays est davantage inspiré par la volonté de limiter le pouvoir du parlement et l'obliger à rester dans ses domaines qu'à établir un équilibre politique véritable entre le gouvernement et le parlement. L'article 123 de la constitution du Faso autorise le gouvernement à opposer l'irrecevabilité sur toutes propositions ou

Il faut souligner que le système juridique constitutionnel camerounais présente jusqu'à lors de nombreuses lacunes ou ambiguïtés qui ne permettent pas aux organes constitutionnels de l'Etat d'exercer en toute liberté les prérogatives qui leur sont dévolues par la constitution.

Le législateur qui est censé être le représentant du peuple se trouve comprimé en raison d'une définition stricte de son domaine²³ non protégé. KOSSI Somali allant dans le même sens estime que : « *la liste des matières ainsi attribuées aux assemblées paraît définitive. Celles-ci ne peuvent ni préciser, ni compléter le domaine réservé à la loi. Les assemblées sont enfermées pour ainsi dire dans un domaine strictement limité. Seule une intervention d'une loi organique est toujours nécessaire pour préciser le domaine de la loi* »²⁴. Or, l'expérience parlementaire en Afrique a démontré que la possibilité accordée aux assemblées de compléter leur domaine d'intervention par des lois organiques reste illusoire, car une telle éventualité suppose non seulement une majorité constructive et homogène qui fait souvent défaut aux parlements africains à l'exemple du Bénin mais aussi un exécutif consentant qui serait disposé à laisser passer sans difficulté une loi organique²⁵.

De plus confinées dans des domaines limités, les assemblées n'ont même pas les moyens de défendre les matières qui relèvent de leur compétence²⁶. Les gouvernements peuvent sans aucun risque empiéter impunément sur le domaine de la loi et élargir comme ils le souhaitent le domaine

amendements qui ne sont pas du domaine de la loi. L'irrecevabilité est prononcée par le président de l'Assemblée nationale. Mais en cas de contestation, le Conseil constitutionnel, sur saisine du Premier ministre ou du Président de l'assemblée, statue dans un délai de huit jours. Les décisions rendues par les juridictions constitutionnelles pourront être rarement à l'avantage du parlement du fait de la politisation des juges constitutionnels dans ces pays et en particulier au Togo où ils font tous partie du Rassemblement du Peuple Togolais, parti au pouvoir et auquel ils doivent tous leur nomination. Même au Bénin, où les juges constitutionnels ont véritablement pris leur indépendance vis à vis du pouvoir politique, l'absence de décision dans ce domaine ne permet pas de mesurer véritablement la manière dont les juges béninois pourront régler le conflit de compétence relatif à l'interprétation du domaine de la loi. Mais étant donné le rapport des forces politiques toujours favorable à l'exécutif, la pratique béninoise a toujours montré que les risques d'empiètement sont toujours venus du gouvernement qui n'a jamais été sanctionné faute de saisine de la part des parlementaires. Cf. KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin du Burkina-Faso et du Togo, op.cit.*, p.251.

²³ Il s'agit du domaine de la loi restreint.

²⁴ KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin du Burkina-Faso et du Togo, op.cit.*, p.250.

²⁵ KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Bénin du Burkina-Faso et du Togo, op.cit.*, p.251.

²⁶ *Idem.*

réglementaire²⁷. A l'inverse, le domaine de la loi, tout en étant strictement surveillé, n'est pas protégé²⁸.

Cette non-protection est une source d'insécurité qui ne lui permet pas d'assurer véritablement sa fonction législative.

Pour une bonne protection du domaine législatif, il serait judicieux que le texte constitutionnel prévoie des dispositions susceptibles de faire contrepoids à toute intervention du pouvoir exécutif sur le champ de compétence législative. Il en serait ainsi du rôle qui peut être conféré au Conseil Constitutionnel l'amenant à sortir de l'ombre de l'inertie ou du silence pour rendre des jurisprudences protectrices du domaine de la loi. Et comme le dit si bien Charles EISENMANN « *le sens juridique de la justice constitutionnelle (...) est donc, en dernière analyse de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système des règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique* »²⁹. Le juge constitutionnel gabonais semble s'inscrire dans cette logique à travers ses nombreuses décisions qu'il rend en faveur des matières législatives. ONDO Telesphores écrit à ce sujet que : « *depuis la restauration de la démocratie, les constituants de 1991 ont reproduit la même règle de délimitation stricte des domaines. Mais l'innovation réside surtout dans la protection de ce principe par la Cour Constitutionnelle, véritable policier des frontières* »³⁰. L'existence de ce système de protection et de contrôle apparaît largement favorable au législateur dès lors qu'il remet en cause la traditionnelle souveraineté normative du pouvoir exécutif³¹. Il en est ainsi de certaines dispositions constitutionnelles et jurisprudences de la Cour Constitutionnelle gabonaises qui vont même à élargir le domaine de la loi.

Le juge constitutionnel camerounais devrait s'inspirer de cette innovation gabonaise pour mieux encadrer ou protéger le domaine législatif. Cette protection nécessite néanmoins une réorganisation du système constitutionnel qui doit en tout état de cause intégrer les mécanismes du respect de bornes entre les matières législatives et réglementaires.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Sirey, Paris, 1928, p.15.

³⁰ ONDO (Télesphores), *Le droit parlementaire gabonais*, *op.cit.*, p.169.

³¹ *Idem.*

II- UNE PROTECTION ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE DU DOMAINE LEGISLATIF

Traiter de la protection administrative contentieuse du domaine législatif, revient à s'interroger sur comment le juge administratif protège la loi. Cette interrogation mérite une très grande attention en raison de l'intérêt que peut revêtir cette forme de protection. Elle s'inscrit dans le cadre d'un contentieux en annulation.

Page | 9

Il s'agit d'un recours exercé en vue de l'annulation d'un acte administratif contraire à la loi. Selon le professeur Jean Calvin ABA'A OYONO, le contentieux de l'annulation se définit « *comme toute demande devant la juridiction administrative visant à ce que le juge annule en intégralité ou partiellement la décision unilatérale émise à l'encontre d'un administré par la personne publique ou toute autre personne ayant ce pouvoir décisionnel* »³². Ce contentieux s'exerce par voie du recours pour excès de pouvoir comme le mentionne l'article 9, alinéa 2 (a) de l'ordonnance de 1972.

Toutefois, pour qu'un tel recours puisse juridiquement être examiné par le juge administratif, le justiciable qui l'introduit doit préalablement s'assurer que les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir sont réunies et que l'acte administratif qu'il s'apprête à mettre en procès présente au minimum l'un des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir³³. Ainsi, la loi peut être protégée par une juridiction administrative si le requérant qui agit par voie de recours pour excès de pouvoir, prouve que le règlement en cause est pris en violation d'une loi.

Seulement, pour que cette décision avenante pour la loi puissent produire d'effets (B), certaines conditions doivent être réunies (A).

A- Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir

Elles concernent les éléments qui ont trait à l'acte mis en cause. Il convient de souligner préalablement comme le note GILLI que les deux textes juridiques élémentaires qui organisent le contentieux administratif au Cameroun ne fournissent que des éléments partiels de réponse à ce

³² ABA'A OYONO (Jean-Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, thèse de doctorat en Droit Public, Université de Nantes, 20 juin 1994, p.88.

³³ *Idem*.

problème³⁴. Afin de suppléer aux imperfections du droit écrit, la jurisprudence administrative a pu, à travers bon nombre de ses décisions, élaborer quelques paramètres qui devront conditionner l'introduction d'un recours en annulation des décisions administratives³⁵. Cela prouve le degré de maturité du juge administratif à examiner les recours en annulations.

Pour que le juge administratif puisse déclarer la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir, il faut d'une part que le justiciable observe scrupuleusement les règles qui se rapportent à la nature même de la décision en procès. D'autre part, son recours contentieux doit nécessairement répondre aux exigences juridiques de la personne requérante et de la périodicité légale, d'où la double dimension personnelle et temporelle du recours en annulation d'une décision administrative unilatérale.³⁶

Ainsi, après avoir abordé les règles se rapportant à la nature de la décision en procès (1), l'analyse mettra l'accent sur la double dimension personnelle et temporelle du recours contentieux (2).

1- Les règles inhérentes à la nature de la décision en procès

Le régime juridique relatif au recours pour excès de pouvoir est régi par l'ordonnance du 26 août 1972. Cette ordonnance réserve uniquement au juge administratif la connaissance des « *recours en annulation pour excès de pouvoir* » des actes administratifs unilatéraux.

A l'analyse d'importantes jurisprudences rendues par la Cour se dégage un principe fondamental auquel le requérant peut se rapporter pour déférer en annulation un acte administratif qui viol une loi. Il s'agit exclusivement des actes administratifs (a) « *faisant grief* » (b). Cette maxime jusque-là unique à son genre pose deux conditions cumulatives.

a- La limitation du recours au seul acte administratif

Il ressort de la jurisprudence constante que le recours pour excès de pouvoir est exclusivement destiné à l'acte administratif unilatéral qui, au sens de la célèbre jurisprudence

³⁴ GILLI (J.P), *La Cause juridique de la demande en justice*, bibliothèque de Droit Public, tome 44, LGDJ., Paris, 1962,

³⁵ ABA'A OYONO (Jean-Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, op.cit., p .89.

³⁶ *Idem*.

NGONGANG NJANKE Martin contre l'Etat du Cameroun, est un acte juridique unilatéral pris par une autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir administratif et créant des droits et des obligations pour les particuliers³⁷. Par conséquent, l'application de la théorie jurisprudentielle exclut catégoriquement les multiples actes de simples particuliers ou personnes privées, ainsi que ceux des personnes publiques non administratives à l'instar des actes législatifs et juridictionnels³⁸. C'est ainsi que de nombreuses jurisprudences consacrent unanimement la compétence des juridictions administratives en matière d'actes administratifs.

D'ailleurs, la pratique contentieuse révèle fort heureusement avec discernement que la juridiction administrative est compétente lorsque le justiciable attaque une décision prise par une autorité administrative qui peut être le Président de la République, les ministres, tous placés au sommet de la hiérarchie administrative; les gouverneurs des Régions, les préfets, les sous-préfets, les maires, considérés comme les relais de l'administration centrale; les fonctionnaires nantis d'un pouvoir de décision et agissant dans l'exercice de leurs fonctions; ou même les structures décisionnelles d'un établissement public administratif comme l'Université de Yaoundé dont on connaît assez bien le pouvoir normatif de son chancelier et assez mal la nature juridique des avis de son conseil d'administration en matière disciplinaire et qui pourtant s'identifient à une "véritable opération normatrice" qui, lorsqu'elle fait grief, est soumise au contrôle de la juridiction administrative³⁹. La qualité d'autorité administrative étant, on le constate, reconnue aux agents du "pouvoir exécutif" agissant à ce titre, on ne peut qu'exclure, par voie de conséquence, les actes pris par des personnes privées et ceux émanant des autres personnes publiques, non administratives, du champ administratif⁴⁰.

Sans doute déroutés par l'interprétation erronée de la formule textuelle qui dit que la Cour Suprême connaît de l'ensemble du contentieux administratif à l'encontre de l'Etat, des collectivités publiques et Etablissements publics", certains justiciables ont cru pouvoir mettre utilement en

³⁷ Cf. arrêt n°20 du 20 mars 1968, NGONGANG NJANKE Martin c/Etat du Cameroun.

³⁸ ABA'A OYONO (Jean-Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, op.cit., p.88.

³⁹ Jugement N° 40CS/CA/80-81 du 30 Avril 1981, GUIHO Jean-Philippe contre Etat du Cameroun ; observations Roger-Gabriel NLEP, Recueil Prenant N° 777-778. Juillet - décembre 1982. Pp. 73-81. L'infirmité en appel de ce jugement (Arrêt N° 16/A du 13 juin 1985 par l'Assemblée Plénière de la Cour Suprême) n'a nullement affecté le problème de forme portant sur la qualification juridique des normes émises par ledit Conseil d'Administration, puisque le juge maintient que « *cet avis est impératif... qui a, par lui-même le caractère de décision faisant grief est susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux* » dans la formule du premier juge.

⁴⁰ ABA'A OYONO (Jean Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, op.cit., p. 43.

cause les personnes physiques juridiquement représentatives de ces entités plutôt que leurs actes⁴¹. Ce fut par exemple le cas de tel ou tel justiciable qui sollicitait, de la part du juge, la condamnation personnelle d'une autorité administrative pour émission à son encontre d'une décision défavorable⁴². En guise de réponse, le juge administratif n'hésite pas de marteler que le recours pour excès de pouvoir ne constitue pas un procès entre les parties, mais un procès contre un acte administratif⁴³.

Outre l'appartenance de l'acte administratif unilatérale à une autorité administrative, ce dernier doit être conforme à la légalité. L'obligation de légalité, s'impose à tout acte administratif unilatérale y compris aussi le règlement autonome qui sans formellement être susceptible de contrôle en raison de la loi, est quand même soumis au contrôle du juge⁴⁴. Ce dernier pourra se référer à la Constitution ou aux principes généraux du droit⁴⁵.

Enfin, l'acte administratif doit être motivé. La motivation s'entend comme l'ensemble des raisons de droit et de fait ayant fondé la prise de la décision⁴⁶. En règle générale les actes administratifs n'ont pas à être motivés parce que l'administration est censée agir dans l'intérêt général et aussi parce qu'il ne faudrait pas trop alourdir sa tâche⁴⁷. Mais, devient une exigence de fond des actes administratifs négatifs. Elle doit, à cet effet, être suffisante et légalement fondée⁴⁸. Le juge camerounais a eu à se prononcer en ce qui concerne la motivation insuffisante de la manière suivante :

⁴¹ *Ibid.*, p.91.

⁴² *Idem.*

⁴³ - Arrêt N° 98/CFJ/CAY du 27 janvier 1970, OBAM ETEME Joseph c/RFC,

- Jugement N° 51/CS/CA du 29 mars 1979, BABA YOUSOUFA c/Etat du Cameroun,

- Jugement N° 47/CS/CA du 27 juin 1982, NLEND EBEBE Jean c/Etat du Cameroun,

- Jugement N° 115/85-86 du 11 septembre 1986, Emma NDJENGUE c/Etat du Cameroun, Lieutenant JAP Enoch TATA et Capitaine BALLA ONDOUA.

⁴⁴ ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *L'application de la légalité par l'administration*, *op.cit.*, p.139.

⁴⁵ BINYOUN (J), *Droit Administratif*, Cours polycopié, Université de Yaoundé, 1984, p.122.

⁴⁶ D'après GUILLIEN (Raymond) et VINCENT (Jean), *Lexique des termes juridique*, 14^e 2 éd., Dalloz, la « motivation est une obligation instituée à la charge des divers Administrations et de la Sécurité sociale, en vue de garantir les droits des intéressés, d'informer ceux-ci des motifs de droit et de fait ayant fondé certaines catégories de décisions individuelles défavorables qui les concernent. Les décisions soumises à motivations et qui ne sont pas prises à la demande de leur destinataire ne peuvent pas intervenir avant que celui-ci ait été mise à même de présenter des observations écrites ou orales ».

⁴⁷ ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *L'application de la légalité par l'administration au Cameroun*, *op.cit.*, p.169.

⁴⁸ Jugement n°42/CS/CA du 30 mars 2000, WABO (Rigobert) c/Etat du Cameroun.

« - Attendu que ces griefs sont en réalité la reproduction intégrale de la plupart des irrégularités énumérées à l'art.6 de la loi n°74/18 du 05 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs - gestionnaires et gérants de crédits publics et des entreprises d'Etat ;

- Qu'en se contentant d'une telle reproduction, sans relever les faits caractérisant chacune des irrégularités retenues, la décision entreprise est insuffisamment motivée »⁴⁹.

D'une manière synthétique, le juge administratif exige que tout recours pour excès de pouvoir en vue de l'annulation d'un acte soit orienté non point contre des personnes morales ou physiques, mais contre un acte administratif susceptible de faire grief.

b- L'objet du recours : l'acte faisant grief

Le recours exercé en vue de l'annulation d'un acte administratif ayant empiété sur une loi est limité au seul acte décisoire faisant grief. C'est ainsi que Jean-Michel LEMOYNES affirme que : « lorsqu'on se propose de déférer un acte administratif au juge, le justiciable doit avoir présent à l'esprit que "le caractère décisoire de l'acte attaqué est une condition nécessaire à la recevabilité du recours, mais non une condition suffisante. Il faut encore que la mesure soit susceptible de faire grief ou de nature à faire grief" »⁵⁰.

A l'analyse des différents textes attributifs de compétences aux juridictions administratives, il s'ensuit qu'aucune exigence relative à cet élément n'est requise. Cette exigence est un "produit" du droit jurisprudentiel qui cumule le caractère décisoire de l'acte et sa susceptibilité à faire grief.

La doctrine française semble s'attacher aux caractères de la décision pour la définir.⁵¹ Conséquemment, « pour qu'un acte soit considéré comme de nature à faire grief, il faut qu'il entraîne des conséquences juridiques auxquelles seules peut s'attacher le grief. L'acte sans conséquences juridiques, celui qui ne modifie pas l'ordonnancement juridique, n'entre pas dans la

⁴⁹ - Jugement n°15/CS/CA du 26 mars 1998, NOUCI TCHOKWAGO c/Etat du Cameroun et CCIM. L'IGERA a infligé des sanctions au sieur NOUCI, ancien président du CCIM ; le juge a estimé que l'acte sanctionnateur ne fait que mentionner les infractions qui sont imputables à NOUCI comme à tout gestionnaire public sans en donner les faits ni les preuves.

- V. aussi jugement n°07/CS/CA du 26 février 1998, Dame TAKOTE MEGNE Madeleine épouse TIGNOKPA c/Etat du Cameroun.

⁵⁰ LEMOYNES de FORGES (Jean-Michel), *Encyclopédie Dalloz de contentieux administratif*, op.cit.

⁵¹ ABA'A OYONO (Jean Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, op.cit., p.93.

catégorie des actes faisant grief, quels que soient les effets dommageables qu'il puisse emporter ». ⁵²

Le juge administratif camerounais retient cette formule et exige pour la recevabilité du recours l'acte ayant entraîné des conséquences juridiques. C'est qui ressort de l'affaire MEKA Charles⁵³. Ainsi, le justiciable doit démontrer que le règlement pris en violation de la loi lui fait grief.

2- La dimension personnelle et temporelle du recours contentieux

Cette double dimension a trait à la personne du requérant et au délai déterminé à agir. Le justiciable ne peut en tout état de cause saisir la juridiction administrative s'il ne peut remplir les conditions relatives à la qualité et à l'intérêt pour agir (a). Il en est ainsi du délai qui lui est imposé pour exercer le recours pour excès de pouvoir (b).

a- La qualité et l'intérêt pour agir

La qualité et l'intérêt pour agir constituent des conditions *sine qua non* pour le requérant de formuler son recours devant la juridiction administrative. Ce principe a été rappelé par le juge SENDE Joseph alors qu'il était juge de l'affaire. Il a rappelé en effet dans sa décision « *qu'il est de règle que le recours en annulation n'est recevable que si le requérant remplit certaines conditions consistant respectivement en la capacité d'ester en justice, l'intérêt à l'annulation de l'acte attaqué et la qualité pour le déférer au juge administratif* » ⁵⁴.

De cette position, on déduit tout d'abord que le préalable à toute action juridictionnelle consiste à bien s'assurer que l'on est une personne juridiquement capable⁵⁵. Il s'ensuit que cette règle s'applique indifféremment devant les juridictions administratives ou judiciaires.

⁵² AUBY (J.M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*. 2^e éd., paris, LGDJ., 1975, Tome II, p.169.

⁵³ Le requérant demandait une réparation pécuniaire pour préjudice subi suite à la vente effectuée par le Service Fédéral des douanes des marchandises qu'il avait importées alors même que l'opération de dédouanement n'était pas accomplie. Après avoir reconnu le caractère d'acte administratif à cette vente, le juge administratif avait ensuite estimé qu' "il fait grief puisque le service des douanes n'a pas fait bénéficier au requérant les délais de paiements des frais de dédouanement prévus par l'article 91 du Code des douanes". Et c'est ainsi que cette expression d'acte faisant grief s'est enracinée dans le langage jurisprudentiel, nonobstant les bourrasques réformistes de la juridiction administrative. A défaut d'avoir pu élaborer, jusqu'à l'heure, une définition générale de ce principe, le juge Camerounais s'est toujours réfugié dans une approche empirique au cas par cas.

⁵⁴ Cf. jugement du 1^{er} février 1985, précité, observations Roger-Gabriel NLEP, Recueil penant N°792, 1986, pp.497-507.

⁵⁵ ABA'A OYONO (Jean Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, op.cit., p. 97.

La capacité d'ester en justice amène à distinguer s'il s'agit d'une personne physique ou morale. Le juge a établi en la matière des règles très précises. Le principe pour une personne physique est qu'elle doit justifier de 21 ans révolus, l'âge auquel une personne est juridiquement capable. Comme toute obligation juridique assortie de sanction négative, tout défaut en la matière est regardé par le juge administratif comme un motif d'irrecevabilité du recours contentieux⁵⁶.

En ce qui concerne les personnes morales, il convient de faire une distinction entre celles qui sont régies par le droit public ou celles relevant du droit privé. La capacité juridique d'une personne morale signifie qu'elle doit avoir une existence juridique. Les personnes morales de droit privé doivent à cet effet être reconnues par le droit. Cela implique que celles agissant dans la clandestinité ne peuvent prétendre à formuler leur recours devant le juge parce qu'elles sont frappées d'incapacité juridique.

Selon la définition qu'a donnée le professeur JACQUOT, la notion de qualité entretient un rapport très étroit avec celle de la capacité. Pour lui, « *la qualité est l'aptitude du requérant à exercer le recours* »⁵⁷. C'est du moins ce qui ressort de la décision du juge camerounais lorsqu'il pose clairement que la mère d'un enfant victime d'un accident de la circulation causé par un véhicule administratif a qualité pour saisir la juridiction administrative d'une demande en réparation du préjudice moral qu'elle subit du fait du décès de son fils⁵⁸. A contrario, un locataire n'a nullement la qualité dans une instance relative à l'expropriation, n'étant ni le propriétaire du terrain, ni le propriétaire des bâtiments détruits⁵⁹. De même, un candidat régulièrement écarté d'un concours est sans qualité pour contester la validité des épreuves⁶⁰.

Par ailleurs, le concept d'intérêt en jurisprudence administrative découle incontestablement de la célèbre maxime « *pas d'intérêt pas d'action* ». Il s'agit ici d'un intérêt juridique et non

⁵⁶ Arrêt N°662, CCA du 25 octobre 1957, KAMDEM NINYIM Pierre c/Etat du Cameroun.

⁵⁷ JACQUOT (Henri), « Le contentieux administratif au Cameroun », R.C.D., N°7 et 8, 1975p.117.

⁵⁸ Arrêt N° 20/CFJ/AP du 10 mars 1967, Dame KWEDI EYOUM Augustine c/Etat du Cameroun.

⁵⁹ Jugement N° 20/CS/CA du 27 avril 1978, MINYEM Flaubert, précité.

⁶⁰ Arrêt N° 9/CFJ/SCAY du 18 octobre 1967, PECK PEKE Joseph c/Etat du Cameroun, le défaut de qualité pour agir s'applique également à une personne ne faisant plus partie d'une entreprise publique et qui prétend agir au nom de cette dernière, jugement N° 53/92-93 du 24 juin 1993, NKOULOU Hubert (Cameroon Airlines) c/Etat du Cameroun (Mintransport): "NKOULOU Hubert n'a plus qualité pour agir au nom de la société CAMAIR (dès lors que) le Conseil d'administration de la Société (susdite) l'a démis de ses fonctions et l'a remplacé par BELIBI Joseph et concomitamment l'ancien directeur général KIENZT, dont les actes font l'objet du présent recours, a été démis et remplacé.

factuel. Le juge le détermine en fonction de la gravité du préjudice ou de l'étendue de lésions essuyés par le requérant. Ce dernier, en saisissant le juge, pourra obtenir un avantage pécuniaire ou moral. Ainsi, le juge a déclaré dans une de ses décisions que : « *considérant que pour qu'un recours pour excès de pouvoir soit recevable, il faut que le recourant justifie d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation de l'acte attaqué, ce qui suppose qu'il a subi du fait de cet acte, une lésion particulière..., que cela suppose aussi que l'annulation de l'acte attaqué doit profiter au requérant* ». ⁶¹ Le défaut pour le requérant de préciser cet intérêt le déchoit de toute sa réclamation devant le juge.

b- La dimension temporelle : le délai

La dimension temporelle a trait au délai pendant lequel le requérant doit introduire sa demande en instance. Faute de respect ou de conformité à ces délais limités et brefs, le demandeur risque de se voir déchu. Le juge, dès l'introduction à l'instance de la requête vérifie avec une grande attention le respect du délai imparti. C'est ce qui ressort du moins de la loi N°75-17 du 8 décembre 1975 fixant la procédure devant la Cour Suprême statuant en matière administrative lorsqu'elle dispose à son article 7 que : « *sous peine de forclusion, les recours contre les décisions administratives doivent être introduits dans un délai de 60 jours à compter de la décision de rejet du recours gracieux visé à l'article 12 de l'Ordonnance N° 72-6 du 26 Août 1972* » ⁶².

Il s'ensuit de cette disposition que le recours devant le juge administratif doit être précédé d'un recours gracieux préalable. Cette exigence ressort de l'ordonnance du 26 août 1972 qui dispose à son article 12 paragraphe 1 que : « *le recours devant la Cour Suprême n'est recevable qu'après rejet d'un recours gracieux adressé au Ministre compétent ou à l'autorité statutairement habilitée à représenter la collectivité publique ou l'Etablissement public en cause* » ⁶³. C'est une institution qui a pris sa genèse dans l'ordonnance du 4 octobre 1961 ⁶⁴. Cette loi obligeait

⁶¹ Jugement N° 51/CS/CA du 29 mars 1979, BABA YOUSOUFA c/Etat du Cameroun, précité.

⁶² Cf. art. 7 al. 1 de la loi N°75-17 du 8 décembre 1975 fixant la procédure devant la Cour Suprême statuant en matière administrative.

⁶³ Cf. l'article 12, paragraphe 1 de l'ordonnance du 26 août 1972

⁶⁴ Cf. ordonnance N°61/CF/6 du 4 octobre 1961 qui posait le principe. Ce principe de procédure a été martelé par les lois du 19 novembre 1965 et du 14 juin 1969 relatives à la réforme du contentieux administratif sous la République Fédérale.

formellement les requérants à saisir tout d'abord les autorités administratives hiérarchiques avant de recourir au juge administratif.

D'une manière brève, le recours exercé en vue de l'annulation d'un acte réglementaire ayant empiété sur une loi est soumis à des conditions spécifiques. Ledit recours pour excès de pouvoir doit non seulement être dirigé contre un acte administratif unilatéral faisant grief, mais surtout le requérant doit avoir qualité d'agir dans un délai bref et justifier d'un intérêt juridique qu'il prétend réparer. D'où les effets du recours.

B- Les effets du recours : l'annulation ou le rejet

L'annulation est en principe la sanction de l'illégalité d'une décision par le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir⁶⁵. Elle intervient à la suite d'une violation des dispositions légales qui s'interprète comme étant une méconnaissance des règles juridiques et de leur hiérarchie dans l'édition d'actes par l'administration⁶⁶. D'après le dictionnaire de droit administratif, l'annulation est également « *la conséquence du retrait d'un acte décidé par l'autorité administrative* »⁶⁷.

Le respect de la loi fait aussi partie des exigences de fond de l'acte administratif unilatéral⁶⁸. L'article 2 de la loi n°2006/022 sur les tribunaux administratifs met dans la catégorie de la loi, les dispositions législatives et les dispositions réglementaires.⁶⁹ Pour ce faire, l'autorité administrative doit se conformer tant aux prescriptions des actes qui lui sont supérieurs qu'aux actes qu'elle édicte elle-même⁷⁰.

En effet, selon le principe de la hiérarchie des normes l'acte inférieur doit se conformer à l'acte supérieur, à défaut, il encourt annulation par le juge⁷¹. Ainsi, ce contrôle s'est également élargi au respect du domaine législatif par le règlement puisque le règlement autonome est une des

⁶⁵ VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, op.cit., p. 30.

⁶⁶ ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Traité de droit administratif du Cameroun*, Harmattan, Paris, 2019, p.131.

⁶⁷ VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.) et INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, op.cit., p. 30.

⁶⁸ ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Traité de droit administratif du Cameroun*, op.cit., p.131.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ NYEBE TSANGA (Dorothee), *L'acte de gouvernement en droit camerounais*, thèse de Doctorat Ph.D en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2018-2019, p.139.

catégories d'actes administratifs unilatéraux, il doit à cet effet être soumis au contrôle de la légalité. Il est de principe qu'un règlement comme tout acte administratif, peut être déféré à la juridiction administrative, qui a le pouvoir de l'annuler pour incompétence, si celui-ci a statué en matière législative⁷². Ce dernier, sans être pris à la suite d'une loi, est néanmoins susceptible de tomber sous le coup de la violation de la loi⁷³.

En effet, autant le règlement autonome ne tire sa validité de la loi, autant il serait comme les autres actes sous le contrôle de la violation de la loi, parce qu'il tire son fondement de la constitution⁷⁴. Ainsi, le règlement autonome doit être pris en vertu de la loi.

En France, le contrôle du respect des matières relevant du domaine législatif par le gouvernement a été assuré par le Conseil d'Etat qui, saisi dans les conditions du droit, peut annuler un acte réglementaire qui porterait sur une matière relevant du législateur⁷⁵. Ce contrôle va ensuite être assuré par le Conseil Constitutionnel. C'est ainsi que RUEDA observe que : « *la doctrine française y a d'ailleurs vu l'avènement d'un contrôle de l'activité exécutive par le juge constitutionnel*⁷⁶ ». Le juge constitutionnel est donc considéré aujourd'hui en France comme le rempart du respect de bornes entre les domaines législatif et réglementaire.

Il est un constat général que le pouvoir exécutif tend à s'immiscer dans le domaine législatif. Le Doyen FAVOREU écrit à ce sujet que « *l'Exécutif a le souci constant de gagner du terrain* »⁷⁷ et multiplie des stratégies juridiques pour pénétrer dans la zone de compétence du législateur, nonobstant l'exercice par lui de la compétence de droit commun en matière de production des normes.⁷⁸

Un acte pris en violation d'une disposition législative ou réglementaire intervient quand son auteur se trompe sur les faits justificatifs dudit acte: le langage jurisprudentiel fait alors usage de

⁷² LOMBARD (Martine), DUMONT (Gilles), SIRINELLI (Jean), *Droit administratif*, 10^e éd., *op.cit.*, p.49.

⁷³ ABANE ENGOLO (Patrick Edgard), *Traité de droit administratif du Cameroun*, *op.cit.*, p.131.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ JACQUE (Jean Paul), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op.cit.*, p.223.

⁷⁶ RUEDA (F.), *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel, les exemples français, allemand et espagnol*, LGDJ., Paris, 2000, p.87.

⁷⁷ FAVOREU (L.), « Le rapport introductif », in actes du colloque sur le domaine de la loi et du règlement, PUAM., 1978, p.26.

⁷⁸ L'article 27 de la constitution du 18 janvier 1996 fait du pouvoir Exécutif le titulaire de la compétence de droit commun en matière de production des normes. Cet article dispose clairement que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ressortissent au pouvoir réglementaire* ».

l'expression⁷⁹ "motifs matériellement inexacts"⁸⁰. Une telle défectuosité dans le fonctionnement de l'administration entraîne inévitablement l'annulation de ses actes au même titre que le détournement de pouvoir⁸¹.

Dans le jugement n°77/02-03 du 24 avril 2003, EFFA Victor c/Etat du Cameroun (MINUH), le juge dresse une sorte de récapitulatif des critères de l'acte administratif unilatéral⁸². En l'espèce, le sieur EFFA Victor avait formé un recours en annulation d'une décision du ministre de l'urbanisme et de l'habitat portant rectification de son titre foncier, par adjonction des noms de tous les cohéritiers de la succession EBANDA Ferdinand qui s'estimaient lésés. Le représentant de l'Etat oppose l'irrecevabilité dudit recours arguant de ce que celui-ci est dirigé contre une simple correspondance, acte préparatoire et non contre un acte administratif tel que défini par loi (il rappelle pourtant à cet effet la définition issue de l'arrêt NGONGANG NDJANKE).⁸³ Le juge rejette cette argumentation et annule l'acte querellé par ces motifs :

« Attendu que cet acte qui décide, crée des droits et des obligations pour les particuliers, fait grief ou modifie l'environnement juridique existant réunit tous les caractères d'un acte administratif unilatéral au sens de la jurisprudence et de la doctrine »⁸⁴.

Lorsque le juge constate que l'acte administratif est pris en violation de la loi, il doit tout simplement prononcer l'annulation pour cause d'illégalité. Cette annulation a pour but de faire respecter les bornes entre la loi et le règlement.

Conclusion

En définitive, la protection du domaine législatif au Cameroun est limitée. La constitution qui est censée garantir le respect des bornes entre les matières législatives et règlementaires ne prévoit aucune disposition expresse tendant à contenir l'action du gouvernement dans le champ de compétences législatives. Ainsi, quel que soit le degré de précision par lequel les constituants ont

⁷⁹ ABA'A OYONO (Jean-Calvin), La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais, *op.cit.*, p. 130.

⁸⁰ Jugement N° 17/CS/CA du 3 février 1977, MINELI ELOMO Bernard-Marie c/Etat du Cameroun.

⁸¹ ABA'A OYONO (Jean Calvin), *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais, op.cit.*, p. 130.

⁸² MBALLA OWONA (Robert), *La notion d'acte administratif unilatéral en droit camerounais*, thèse de doctorat Ph/D, Université de Yaoundé II, 2010, p.47.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Cf. jugement n°77/02-03 du 24 avril 2003, EFFA Victor c/Etat du Cameroun

délimité le domaine de la loi, celui-ci reste mal protégé⁸⁵ car, les assemblées n'ont ni les moyens ni même la volonté de protéger leurs compétences contre les empiètements du gouvernement⁸⁶.

Néanmoins, la loi peut être protégée ou cours d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'une autorité administrative a agi dans l'illégalité. Seulement, pour que ce recours aboutisse à l'annulation de l'acte querellé le requérant doit avoir qualité et justifier bien évidemment d'un intérêt certain qu'il prétend le réparer.



⁸⁵KOSSI (Somali), *Le parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Benin du Burkina-Faso et du Togo*, op.cit., p.251.

⁸⁶ *Idem*.

Le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs : étude comparative entre le droit communautaire UE-UEMOA et CEMAC

Par :

BANKOUE GERALDIN Kiki
Docteur Ph./D en Droit Public
Université de Yaoundé (Cameroun)

Page | 21

Résumé :

L'interdiction des déficits publics excessifs est un principe consacré aussi bien au sein de l'UEMOA, la CEMAC que l'UE. Elle est un principe fondamental du dispositif de prévention et de répression des déficits publics excessifs. Elle consiste à la fois à la limitation des déficits et endettements publics excessifs (à un seuil de 3% du PIB pour le déficit public et a un seuil de 60% du PIB pour la dette publique au sein de l'UE et de 70% du PIB pour la dette publique au sein de l'UEMOA et la CEMAC) et la limitation des déséquilibres macroéconomiques. L'inobservation de cette règle entraîne une procédure au bout de laquelle est prévue des sanctions. Il peut s'agir des sanctions financières (telles que l'astreinte, l'amende, l'embargo financier), et les sanctions non financières (la suspension du droit de vote, la mise en demeure, la possibilité d'exclusion de l'union). Mais, la mise en œuvre de ce principe s'est avérée inefficace à cause des lacunes du mécanisme de surveillance des politiques budgétaires et monétaires des Etats membres et des sanctions découlant de la procédure de lutte contre les déséquilibres budgétaires et macroéconomiques. Il est reproché à ce principe la formulation hasardeuse du seuil de 3% et de 60% du PIB. Elle ne repose sur aucune véritable justification économique. Les sanctions, quant-à-elles sont très peu dissuasives, très peu lourdes et parfois revêtent un caractère politique dans sa mise en œuvre. Ces défaillances ont favorisé l'aggravation des effets de la récente crise financière mondiale et la crise de la dette souveraine.

Mots clés : L'interdiction, limitation, déficits publics excessifs, endettement public excessif, déséquilibres macroéconomiques, sanction, l'UEMOA , CEMAC, UE.

Introduction

La crise du financement interne et la pression permanente du système financier de l'Etat ont favorisé le recours excessif à l'emprunt public. Ce dernier peut conduire à l'accumulation d'un stock de dette qui finit par contraindre à l'excès les marges de manœuvre de l'Etat¹. Lorsque la dette est mal gérée, elle entraîne le déficit. Celui-ci est un flux et correspond à la différence entre les recettes publiques et les dépenses publiques pour une période donnée². Lorsque la marge des dépenses sont plus larges que celles des recettes alors, le déficit public se dit excessif. Le déficit budgétaire représente l'excédent des dépenses sur les recettes. Il est constitué d'un déficit conjoncturel, lié à l'effort financier supporté par l'Etat pour faire face aux aléas de la conjoncture et d'un déficit structurel, lié au fait que les dépenses sont constamment inférieures aux recettes³. Le défaut de paiement de la dette entraîne l'Etat dans une faillite financière⁴. La récurrence du phénomène⁵ a suscité en droit international et communautaire un ensemble de règles de discipline budgétaire et monétaire dont l'objectif est de garantir l'équilibre budgétaire⁶ et monétaire.

Le principe de l'interdiction des déficits publics constitue un élément fondamental de ce dispositif de prévention des déficits publics excessifs. Il traduit la volonté de maîtrise des déficits et l'endettement public excessif. Mais, la permanence de la crise du système financier public⁷ et l'ampleur de l'endettement des Etats⁸ ont révélé les lacunes du principe et de tout le dispositif de surveillance multilatérale des politiques budgétaires des Etats membres de l'UE, de l'UEMOA et

¹ Collet (M.), *Finances publiques*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2018-2019, p.200.

² Bankoué (G.K.), *La protection internationale des avoirs publics financiers : le cas des comptes et de la monnaie de l'Etat*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II, 2021, p.347

³ Abbar (A.), « Le déficit budgétaire et la dette publique, au-delà des chiffres » in Médé (N.), (Dir), *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Michel Bouvier, Dakar, Harmattan Sénégal, 2019, p.75.

⁴ Burdeau (G.-B.), *La mondialisation et les Etats en faillite économique*, in *SFDI, l'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Editions A-Pedone, 2013, p.118.

⁵ Jeze (G.), *Les défaillances d'Etats*, *RCADI*, 1935, III, vol. 53, pp.337-432. Lire également Allemann Frederick, *Le régime juridique de la dette publique en droit de l'Union Européenne*, Thèse de doctorat en droit public, Université polytechnique Hauts-de-France, 2020, p.42 et ss.

⁶ Collet (M.), *Finances publiques*, op.cit., p.199.

⁷ Njoya (O.), *Le financement externe du budget de l'Etat Africain, l'exemple du Cameroun*, thèse de doctorat en droit public, Université Strasbourg III- Robert Schuman, 2008, p.156. Lire Albert (J.-L.), « La France, le traité sur la stabilité financière et la gouvernance économique, une normativité séquentielle », *AFRI*, Vol XIV, 2013, p 302

⁸ Auberger (P.), « La crise de la dette publique dans les pays périphériques de la zone euro », *RFFP*, n°123, 2013, p.85.

de la CEMAC. Une analyse globale de ce principe au sein de ces espaces d'intégration communautaire permet de mettre en exergue à la fois sa consistance (I) et son ambivalence (II).

I- LA CONSISTANCE DU PRINCIPE DE L'INTERDICTION DES DEFICITS PUBLICS EXCESSIFS

Le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs renvoie à la limitation des déficits publics excessifs à un seuil (A) et à l'interdiction des déséquilibres macroéconomiques (B).

A- La limitation des déficits publics excessifs à un seuil

Au sein de l'UE, les nécessités de construction d'une UEM et les besoins de convergence économiques et budgétaires au sein de l'UEMOA et la CEMAC ont suscité la fixation d'un seuil de déficit public (1) et un seuil de la dette publique (2).

1- La fixation d'un seuil de déficit public

Le traité de Maastricht avait conditionné l'accès à la zone Euro par le respect des critères de convergences. Chaque Etat devait fournir un effort de convergence de leur économie, en particulier au niveau de l'inflation, et la maîtrise de leurs finances publiques : leur déficit public ne pouvait excéder 3% du PIB et leur dette publique dépasser 60% du PIB annuel⁹. De ce fait, le traité de Maastricht formule expressément une interdiction dont le respect conditionne le bon fonctionnement de l'UEM. Cette interdiction vise à éliminer, par avance, les incompatibilités qui pourraient exister entre les politiques économiques nationales et la politique de stabilité monétaire¹⁰. En effet, l'article 121 du traité établissant la communauté européenne précise un seuil à ne pas dépasser. Sur la situation des finances publiques, l'interdit d'avoir un déficit public supérieur à 3% du PIB. L'article 1^{er} du protocole annexé à ce traité va dans le même sens et identifie comme valeur de référence 3% pour le rapport entre le déficit public prévu ou effectif et le PIB au prix du marché. Le but visé est de permettre aux Etats membres de se trouver en situation

⁹ Lire également Caron (M.), « Dettes souveraines européennes : « ... il n'y a pas d'alternative » ? », *RFFP*, n°117, 2012, p.281, voir Bouvier (M.), « Union européenne : la solidarité financière ou l'aventure ! », *RFFP*, n°120, 2012, p.5.

¹⁰ Bouvier (M.), Esclassan (M.-C.), Lassale (J. P.), *Finances publiques*, 17^e édition, Paris, LGDJ Lextenso, 2018-2019, p.198.

budgétaire équilibrée ou légèrement excédentaire¹¹. Au sein de la zone UEMOA, initialement, le conseil de convergence avait retenu les critères essentiels dont l'objectif était la maîtrise de l'évolution des charges salariales, la constitution d'une épargne propre pour les administrations publiques, la réalisation d'un solde primaire de base positive permettant de stabiliser ou de réduire le ratio dette/PIB, et de vérifier la soutenabilité de la dette, le maintien du déficit public à un niveau compatible avec les objectifs de compte courant de la balance des paiements et de taux de couverture de l'émission monétaire¹². La Directive communautaire de 1996¹³ a repris les mêmes critères, en y ajoutant le critère relatif au taux d'inflation ramené à 3% en 1998. Puis, il s'en est suivi un renforcement des critères avec le PCSCS¹⁴. Les critères de 1^{er} rang sont ceux dont le non-respect entraîne la formulation par le conseil des ministres d'une demande de mises en œuvre d'un programme de mesures rectificatives. Les critères de second rang, quant à eux portent sur la structure de la dépense publique. En zone CEMAC, le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs est posé en ces termes : « *les budgets des administrations publiques notamment celui de l'Etat doivent être établis et financés dans les conditions qui garantissent la soutenabilité de l'ensemble des finances publiques. La politique budgétaire doit éviter tout déficit public excessif et se conformer à la discipline budgétaire qu'implique la monnaie commune* »¹⁵. Le dispositif de coordination des politiques budgétaires est structuré autour de quatre critères principaux à savoir : le critère relatif à la limitation des tensions inflationnistes à un niveau moyen annuel inférieur ou égal à 3%. Le deuxième critère concerne le solde budgétaire de base rapporté au PIB nominal, le troisième porte sur l'endettement public qui devrait être inférieur à 70% du PIB, le quatrième porte sur la non accumulation des arriérés intérieurs et extérieurs sur la gestion de la période courante¹⁶. Au sein de l'UE, les critères du déficit et de la dette publique ont été maintenus malgré les réformes subséquentes au traité de Maastricht¹⁷. Au total, qu'il s'agisse du droit communautaire UE,

¹¹ Molinier (J.), « La discipline budgétaire en droit européen », *LPA*, n°112, 1997, p.34 et ss.

¹² Sawadogo (E. F.), *Les instruments de la convergence des politiques budgétaires, dans la zone UEMOA*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 2016, p.80.

¹³ Directive n°01/96/CM/UEMOA du 15 janvier 1996 relative à la mise en œuvre de la surveillance multilatérale des politiques macroéconomiques au sein des Etats membres de l'UEMOA

¹⁴ Acte additionnel n°01/2015/CCCG/UEMOA du 19 janvier 2015 portant PCSCS.

¹⁵ Article 7 de la Directive CEMAC n°01/11-UEAC-190-CM-22 relative aux lois de finances.

¹⁶ Avom (D.), « La coordination des politiques budgétaires dans une union monétaire : l'expérience des pays de la CEMAC », *Revue Tiers Monde*, n°192, vol.4, 2007, p.877.

¹⁷ Bouvier (M.), Esclassan (M.-C.), Lassale (J.-P.), *Finances publiques*, 17^e éd., Paris, LGDJ, 2018-2019, p.200 et ss.

CEMAC ou UEMOA, le critère du déficit public est à 3% du PIB. Qu'en est-il de la fixation du seuil de la dette publique en droit communautaire UE-UEMOA et CEMAC.

2- La fixation du seuil de la dette publique

Page | 25

En Afrique Centrale, le critère de l'endettement public est prévu à 70% du PIB. La Directive du 3 août 2001 a fixé les critères et les indicateurs macroéconomiques de convergence. Parmi ces critères, un taux inférieur du déficit public à 3% et il existe le critère de l'encours de la dette publique fixé à 70% du PIB¹⁸. Le choix de ce critère se justifie par le fait que la dérive des finances publiques vers un endettement insoutenable constitue une menace réelle pour l'Union Monétaire (UMAC). Par ce taux, il est manifesté la volonté d'éviter le franchissement des seuils de soutenabilité de leurs dettes et de possibles effets d'éviction¹⁹. En Afrique de l'Ouest, l'acte additionnel portant PCSCS de 2015, caractérisé par la prédominance de critère budgétaire, énonce dans ces critères de convergence de premier rang que « *le ratio de l'encours de la dette intérieure et extérieure rapporté au PIB nominal, qui ne devrait pas être supérieur à 70%*²⁰ ».

L'Union Européenne a maintenu la valeur de référence de la dette publique à un seuil inférieur à 60% du PIB, tel que prévu dans l'article 104 du traité de Maastricht, dans le PSC, la réforme de ce dernier, conformément à l'article 121 du TFUE, conforte cette valeur. Pour justifier ce seuil, la commission européenne avance qu'« *une dette excessive crée des charges de la dette elles-mêmes excessives au détriment d'autres dépenses budgétaires et qu'elle peut conduire à mettre en cause la solvabilité budgétaire de l'Etat considéré. Une dette publique excessive affaiblit la monnaie, en occurrence l'euro* »²¹. Selon Coralie Quintin, désormais tout Etat membre connaissant un taux d'endettement qui dépasserait la limite de 60% du PIB mais dont le niveau de déficit public n'excéderait pas le seuil des 3% du PIB, pourrait être mis en cause dans le cadre d'une procédure concernant les déficits excessifs. L'article 2 du Règlement (CE) n°1467/97 du conseil du 7 juillet 1997 prévoit la réduction de la dette publique supérieure à 60% du PIB à un

¹⁸ Laffiteau (E.), Edi (S.J.), « Les pays de la CEMAC convergent-ils ? », *STATECO*, n°108, 2014, p.34.

¹⁹ N'kodia (C.), « Les pactes de convergence en zone franc : quels critères et quels objectifs en zone CEMAC ? », *Revue française d'économie*, n°2, Vol. XXVI, 2011, p.121.

²⁰ Article de l'Acte Additionnel n°01/2015/CCEG/UEMOA instituant un pacte de convergence, de stabilité, de croissance et de solidarité entre les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

²¹ Verperini (J.-P.), « Note sur les propositions de réforme du pacte de stabilité formulées par la commission européenne », in *Réformer le pacte de stabilité et de croissance*, Paris, La documentation française, 2004, p.80 et ss.

rythme moyen d'un vingtième par an à titre de référence²². Le six pack, de 2011 et le « two pack » de 2013 ont élargi la prévention des déficits publics et dettes publiques en renforçant la surveillance étroite des budgets nationaux et en imposant des amendes en cas d'infraction au pacte dans la zone euro. Le six pack définit un critère chiffré différent pour la réduction de la dette. En effet, un Etat membre ne peut échapper à la procédure concernant les déficits qu'à condition de parvenir à l'écart entre son niveau d'endettement et le niveau d'endettement toléré à raison d'un vingtième par an et ce sur une période de trois ans. Le six pack accorde également une grande importance au critère de la dette dans la mise en œuvre du volet correctif du pacte de stabilité et de croissance en prévoyant une obligation de diminuer l'écart à un endettement de 60% du PIB du 1/20^e par an. Cet écart est apprécié en moyenne sur trois ans. Autrement dit, « les Etats-membres s'engagent à revenir à un endettement au plus égal à 60% du PIB en vingt ans »²³. Avec le pacte budgétaire, on assiste à l'introduction de la règle d'or. Les Etats membres de l'Union s'engagent à équilibrer leur budget. Sur le critère de la dette publique, l'article 3 paragraphe 1 du TSCG précise que « lorsque le rapport entre la dette publique et le produit intérieur brut aux prix du marché est sensiblement inférieur à 60% et lorsque les risques pour la soutenabilité à long terme des finances publiques sont faibles, la limite inférieure de l'objectif à moyen terme peut être relevée pour atteindre un déficit structurel d'au maximum 1% du PIB au prix du marché ».

Le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs s'étend au-delà de la limitation des déficits publics excessifs pour atteindre les déséquilibres macroéconomiques.

B- L'étendue du principe : la limitation des déséquilibres macroéconomiques

La crise de la dette au sein de l'UE a révélé les carences de la gouvernance européenne. L'amélioration du cadre de gouvernance a nécessité le renforcement du dispositif de discipline budgétaire. Conformément à cette dynamique, la limitation des déficits publics s'étend à la limitation des déséquilibres macroéconomiques excessifs (1) en dehors des cas d'exception correspondant à la survenance d'une circonstance exceptionnelle(2).

1- L'extension du principe à la limitation des déséquilibres macroéconomiques

²² Règlement (CE) n°1467/97 du conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, modifiée par le Règlement (UE) n°1177/2011 du conseil du 8 novembre 2011.

²³ Gaubert (G.), « Loi de programmation des finances publiques et intégration budgétaire », *RFFP*, n°122, 2013, p.144.

Au sein de l'UE, les défauts observés au cours de la première décennie de l'UEM montrent la nécessité d'améliorer la gouvernance économique dans l'union. Pour cela, la surveillance des politiques économiques des Etats membres ne devrait plus se limiter à la surveillance budgétaire²⁴ mais devrait avoir un cadre plus détaillé et formel en vue de prévenir les déséquilibres macroéconomiques excessifs²⁵. De plus, la crise a mis en évidence que les déséquilibres macroéconomiques importants qui se sont créés, notamment les écarts tendanciels durables enregistrés en matière de compétitivité sont extrêmement préjudiciables pour l'euro. Les déséquilibres macroéconomiques sont excessifs lorsque l'Etat membre se trouve en situation de déséquilibres graves compromettant le bon fonctionnement de l'UEM²⁶. Les déséquilibres macroéconomiques sont toute tendance donnant essor à des développements macroéconomiques ayant un effet préjudiciable ou susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur le bon fonctionnement de l'économie d'un Etat membre de l'UEM ou même de l'Union dans son ensemble²⁷. Pour déterminer ces déséquilibres deux indicateurs et un tableau de bord constituent le volet préventif du dispositif de surveillance. Les premiers indicateurs de déséquilibres sont constitués de la balance courante et des positions extérieures nettes des Etats membres, des taux de charge réels effectifs des parts de marché à l'exportation des évolutions des prix en tenant compte des différentes composantes de la productivité. Les seconds indicateurs prennent en compte les déséquilibres qui peuvent émerger de l'endettement public et privé²⁸. Le tableau de bord quant-a-lui comprend le seuil indicatif permettant d'utiliser les indicateurs comme instrument d'alerte.

La surveillance macroéconomique, tout comme la surveillance des déséquilibres excessifs, comporte un aspect préventif et un aspect correctif. Seul l'aspect correctif peut déboucher sur des sanctions²⁹. Le volet préventif met en exergue le mécanisme d'alerte, le bilan approfondi et des mesures préventives. Ces derniers sont déclenchés sous la base de la recommandation de la

²⁴ Levade (A.), « Les normes de l'Union Européenne et l'équilibre budgétaire des Etats », *RFFP*, n°117, p.72.

²⁵ Bankoué (G.K.), *La protection internationale des avoirs publics financiers : le cas des comptes et de la monnaie de l'Etat*, Thèse de doctorat Ph.D en droit public, Université de Yaoundé II-Soa, 2021, p.380

²⁶ Article 2,2 du Règlement n°1176/2011 du parlement européen et du conseil européen du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques

²⁷ Article 2 al 1 du règlement n°1176/2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques

²⁸ Article 4 alinéa 3 a, b du règlement précité

²⁹ Rabault (V.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le programme des stabilités pour les années 2016 à 2019 et le programme national de réforme*, Assemblée Nationale, constitution 4 octobre 1958, quatorzième législation, N°3684, 2016, p.41.

commission, le conseil adresse ses recommandations à l'Etat membre en situation de déséquilibre macroéconomique. Le volet correctif quant à lui est caractérisé par l'ouverture de la procédure concernant les déséquilibres excessifs, le plan de mesures correctives et le suivi des mesures correctives. En effet, sur recommandation de la commission, le conseil adresse ses recommandations à l'Etat membre en situation de déséquilibre macroéconomique. Par la suite, l'Etat membre est obligé d'adresser un plan de mesures correctives dans le délai imparti par le conseil et soumet des rapports d'avancement qui sont évalués par la commission³⁰. A l'issue de cette procédure, comme sanction, l'article 3 alinéa 1 et 2 du règlement (UE) N°1174/2011 du parlement européen et du conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro prévoit le dépôt portant intérêt et l'amende annuelle.

2-Les exceptions au principe : existence d'une circonstance exceptionnelle

Il existe aussi bien au sein de l'UE que de la CEMAC et UEMOA de cas de figure dans lesquels un déficit supérieur à 3% du PIB est toléré. C'est le cas lorsque le dépassement est exceptionnel et temporaire. C'est-à-dire lorsque le dépassement résulte d'une baisse annuelle d'au moins 2% du PIB réel ou d'une circonstance inhabituelle ou encore lorsque le dépassement important se réduit constamment et a presque atteint la valeur de référence³¹. L'article 58 du traité de la CEMAC relève à propos des circonstances exceptionnelles que « *lorsqu'un Etat membre connaît de graves difficultés liées à des évènements dits exceptionnels* », il peut être exempté, pour une durée maximale de six mois du respect de tout ou partie des prescriptions énoncées dans le cadre de la procédure de la surveillance multilatérale³². L'article 3 paragraphe 1c du TSCG tolère le dépassement de la règle de 3% et de 60% qu'en cas de circonstances exceptionnelles. Ces dernières font référence à des faits inhabituels indépendants de la partie contractante concernée et ayant des effets sur la situation financière des administrations publiques ou à des périodes de grave récession économique³³. Selon le PSC, les circonstances exceptionnelles sont envisagées lorsqu'un

³⁰ Ibidem

³¹ Laurent (C.), *L'encadrement normatif des politiques budgétaires sous la V^{ème} République*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2017, p.182

³² Avom (D.), Gbetkom (D.), « Surveillance multilatérale des politiques budgétaires dans la zone CEMAC : bilan et perspectives », *Monde en développement*, n°1263/3, 2003, p.115.

³³ Benassy-Quéré (A.), Penot (A.), « Vers une redéfinition des circonstances exceptionnelles » du pacte de stabilité et de croissance », *Réforme le pacte de stabilité et de croissance, Conseil d'analyse économique*, Paris, La

Etat enregistre une année de baisse du PIB supérieure à 2%, ou bien une année de baisse du PIB comprise entre 0,75 et 2%. Avec une récession supérieure à 2%, un pays peut les invoquer et donc s'affranchir de la limite de 3% de déficit public. Avec une récession comprise entre 0,75 et 2%, des négociations sont engagées pour le déclenchement éventuel des sanctions. Au sein de l'UEMOA, cette exception au principe de limitation des déficits publics excessifs est consacrée à l'article 71 du Traité UEMOA. Cette disposition précise que lorsqu'un Etat membre est confronté à des difficultés économiques et financières ou est susceptible de connaître de telles difficultés en raison d'événements exceptionnels, le conseil peut exempter pour une durée maximale de six mois. Cette notion est davantage explicitée dans le pacte de convergence³⁴.

La consistance du principe de l'interdiction des déficits publics excessifs a été précisée. Ces lacunes lui donnent un caractère ambivalent qu'il convient de mettre en exergue.

II- L'AMBIVALENCE DU PRINCIPE DE L'INTERDICTION DES DEFICITS PUBLICS EXCESSIFS

La violation de l'interdiction des déficits publics excessifs par un Etat membre en dehors des circonstances exceptionnelles entraîne inéluctablement la procédure de sanction des déficits publics excessifs (A). La récente crise de la dette publique a révélé l'inefficacité de cette procédure, de sorte a suscité sa perfectibilité (B).

A- La procédure de sanction des déficits publics excessifs

La surveillance des budgets nationaux au sein des espaces d'intégration communautaire est constituée par un système d'alerte rapide et de constatation des déficits publics excessifs (1) d'une part, et d'autre part des mécanismes de sanction des déficits excessifs (2).

1- Le système d'alerte rapide et de constatation des déficits publics excessifs

Au sein de l'UEMOA, le Conseil des Ministres examine et effectue le suivi des programmes pluriannuels de convergence en vue de prévenir, à un stade précoce, l'apparition de déficits excessifs des administrations publiques. En application de l'article 65 alinéa 2 du traité de

Documentation française, 2004, p.94. Mattret (J.-B.), « La discipline budgétaire européenne », *RFFP*, n°120, 2012, p.168.

³⁴ Article 10 du règlement n°11/99/CM/UEMOA portant modalités de mises en œuvre du pacte de convergence, de stabilité, de croissance et de solidarité.

l'UEMOA, les Etats membres doivent présenter aux institutions communautaires des programmes pluriannuels pour les cinq ans à venir comprenant des prévisions macroéconomiques et précisant leurs objectifs budgétaires à moyen terme en vue d'assurer l'équilibre ou l'excédent de leurs comptes publics³⁵. Ces programmes sont approuvés par décision du conseil des ministres et rendus publics. Lorsque le conseil juge les programmes non conformes aux objectifs communautaires, il ordonne à l'Etat membre concerné de réviser son programme. L'exécution d'un programme est jugée conforme lorsque les réalisations respectent l'ensemble des objectifs intermédiaires annuels fixés par les Etats, et est non satisfaisante si l'évolution d'au moins un des critères de convergence n'est pas conforme aux dispositions de la décision d'adoption du programme³⁶. A travers le système d'alerte rapide, le conseil saisit le plus tôt possible, un Etat membre de la nécessité de prendre les mesures correctives indispensables en vue d'empêcher le déficit public de devenir excessif³⁷. La commission élabore chaque année un rapport annuel désignant les Etats membres dont elle considère qu'ils peuvent être touchés par un déséquilibre. Le rapport est généralement publié en novembre en même temps que l'examen annuel de la croissance.

Le constat des déficits publics excessifs est fait lorsque la commission européenne, lors de son contrôle de l'évolution de la situation budgétaire et du montant de la dette publique dans les Etats membres, déce les erreurs manifestes. C'est-à-dire si l'Etat membre n'a pas respecté les valeurs de référence de 3% pour le déficit budgétaire et 60% pour la dette publique. Et que la situation budgétaire de cet Etat rend compte. Lorsque le déficit excessif est constaté, la commission invite l'Etat concerné à respecter les obligations du pacte au moyen d'une recommandation politique. Elle invite l'Etat à mettre un terme à cette situation de déficit excessif dans un délai donné. Si cette recommandation n'était pas suivie d'effets, l'Etat pouvait faire l'objet d'une mise en demeure avec l'obligation de rétablir sa situation budgétaire à échéance fixée³⁸.

Le déclenchement du mécanisme de sanction pour violation de la règle de l'interdiction des déficits publics excessifs n'arrive qu'après que la commission ait estimé qu'il y'a un déficit

³⁵ Gueye (T.), *L'incidence de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) sur les finances publiques de ses Etats membres*, Thèse de doctorat en vue de l'obtention du doctorat en droit public, université Panthéon-Assas, 2011, p.135.

³⁶ Sawadogo (E. F.), *Les instruments de la convergence des politiques budgétaires dans la zone UEMOA*, Thèse de doctorat en droit, université de Bordeaux, 2016, p.102.

³⁷ Gueye (T.), *op.cit.*, p.136, Sawadogo (E. F.), *op.cit.*, p.102.

³⁸ Damarey (S.), *Droit public financier, Finances publiques, droit budgétaire, comptabilité et contentieux financier*, Paris, Dalloz, 2018, p.45.

excessif dans un Etat membre ou détient les éléments d'une éventuelle survenance d'un tel risque. Elle adresse un rapport motivé au conseil, qui lui, statue à la majorité qualifiée sur recommandation de la commission, en considérant les observations éventuelles de l'Etat membre concerné, décide après une évaluation globale s'il y a ou non un déficit excessif³⁹. Puis, le conseil donne un délai raisonnable d'un an suivant la constatation du déficit à l'Etat en question pour corriger le déficit excessif. Si l'Etat épinglé ne s'exécute pas, le conseil peut à ce moment déclencher le processus de sanction.

2- Le mécanisme de sanction des déficits publics

En dehors des cas de circonstances exceptionnelles, toute violation de l'interdiction des déficits publics est assortie soit des sanctions financières (a) soit des sanctions non financières (b).

a- Les sanctions financières à la violation de l'interdiction

Pour ce qui concerne les sanctions financières, lorsque le déficit persiste malgré les recommandations adressées à l'Etat concerné, certaines sanctions sont prévues au sein des espaces d'intégration. Il s'agit pour l'essentiel de l'embargo financier, l'astreinte et de l'amende⁴⁰. Un embargo financier permettant à la Banque européenne d'investissement à revoir sa politique de prêts à l'égard de l'Etat concerné⁴¹. Une astreinte prenant la forme d'une obligation de dépôt sans intérêts jusqu'à rétablissement de la situation financière, dépôt d'un montant de 0,2% du PIB augmenté de 0,1% par point, au-delà des 3%, le tout étant plafonné à 0,5% du PIB. Le dépôt peut se transformer en une amende si la situation financière n'est pas rétablie⁴². Si la situation ayant motivé le prononcé de cette sanction cesse, le conseil peut décider la restitution du dépôt et des intérêts à l'Etat sanctionné⁴³. La crise grecque a suscité une autre innovation, l'article 8 du règlement n°1173/2011, instaure une amende pour les Etats membres se livrant à des manipulations statistiques⁴⁴. Suivant cette disposition, le conseil peut décider d'infliger une

³⁹ Ibid., p.139

⁴⁰ Article 3 du Règlement (UE) n°1174/2011 du parlement européen et du conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macro-économiques excessifs dans la zone euro.

⁴¹ Damarey (S.), op.cit., p.46

⁴² Ibid., p.210. Lire l'article 12 du Règlement (UE) n°1176/2011 du parlement européen et du conseil du 16 novembre 2011, sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques.

⁴³ Quérol (F.), « De l'intégration budgétaire européenne ou la gestation d'un droit budgétaire nouveau », *RFFP*, n°119, 2012, p.152.

⁴⁴ Ibid., p.153

amende à un Etat qui, a intentionnellement ou par grave négligence, fait des déclarations erronées au sujet des données au déficit et à la dette entrant en ligne de compte pour l'application des articles 121 ou 123 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ou du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs⁴⁵. Les amendes sont infligées en fonction de la nature, la gravité et à la durée des déclarations erronées. Cette amende ne peut dépasser 0,2% du PIB de l'Etat membre concerné⁴⁶.

b- Les sanctions non financières à la violation de l'interdiction

Les sanctions non financières, quant à elles, consistent à la publication d'un communiqué sur la situation de l'Etat concerné, au retrait des mesures positives dont bénéficiait l'Etat membre concerné, à la suspension des concours de l'Union à l'Etat concerné, à la mise en demeure et à la suspension des droits de vote⁴⁷. Au sein de l'UEMOA, l'article 73 du traité de l'UEMOA prévoit, la publication par le conseil d'un communiqué assortie d'informations supplémentaires sur la situation de l'Etat concerné. Il peut également suivre le retrait des financements et la révision des politiques d'intervention dont bénéficiait l'Etat concerné. Au sein de l'UE, lorsque le conseil constate qu'il y a déficit excessif, il adresse une recommandation non publique à l'Etat récalcitrant. Elle a pour but d'inviter l'Etat concerné à mettre un terme à cette situation dans un délai donné⁴⁸. L'inaction de cet Etat dans le délai prescrit peut amener le conseil à rendre publique ces recommandations. La mise en demeure intervient lorsque l'Etat concerné persiste dans son inaction. Il peut également survenir les sanctions telles que la suspension de certaines aides ou même du droit de vote, ainsi que la possibilité de sortir de la zone Euro⁴⁹.

L'interdiction des déficits publics excessifs est un mécanisme de prévention de la crise de la dette publique et du déséquilibre budgétaire. Les crises récentes ont révélé ces différentes lacunes. Ces dernières sont perfectibles.

B- Une procédure de sanction perfectible

⁴⁵ Art. 8 du règlement (UE) N°1173/2011 du parlement européen et du conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro.

⁴⁶ Alinéa 2 article 8 du règlement précité

⁴⁷ Baziadoly (S.), « Quelle réforme pour la gouvernance économique européenne ? », *RFFP*, n°117, 2012, p.204.

⁴⁸ Damarey (S.), *Finances publiques*, Paris, Facompo Liseux, 2008, p.209.

⁴⁹ Baziadoly (S.), « Quelle réforme pour la gouvernance économique européenne ? », *op.cit.*, p.204 et ss.

Le principe de l'interdiction des déficits publics excessifs renferme des lacunes (1). En particulier les sanctions pour lesquelles il est indispensable d'envisager des pistes de réformes (2).

1- Les lacunes du principe de la violation de l'interdiction des déficits publics

Page | 33

La prohibition des déficits publics excessifs présente plusieurs lacunes notamment les lacunes formelles et pratiques (a) d'une part, et d'autre part, les lacunes des sanctions de la violation de l'interdiction des déficits publics excessifs (b).

a- Les lacunes formelles et pratiques du principe de l'interdiction des déficits excessifs

La récente crise financière mondiale a révélé les lacunes que renferme le dispositif de prévention des déficits publics excessifs. De prime abord, Martin Collet avance que le taux des critères du déficit public et de la dette publique repose sur une formulation hasardeuse du seuil de 3% et 60% du PIB. Cette forme ne repose sur aucune véritable justification économique⁵⁰. La formulation hasardeuse du seuil de 3% et 60% du PIB. En réalité, cette formule ne repose sur aucune véritable justification économique⁵¹. Le critère de la limitation à 3% du PIB du niveau de déficit budgétaire méconnaît l'inhomogénéité communautaire et est insensible aux variations des cycles économiques. La règle de dette est imparfaite car tenir compte que d'une dette brute imprécise alors que le choix d'un référentiel basé sur la dette nette aurait été sincère. Le critère de la dette n'est accompagné d'aucun système de sanction en cas de dépassement. Le pacte de stabilité et de croissance prévoit une procédure concernant les déficits excessifs mais ne prévoit pas une procédure concernant la dette excessive⁵². Ces limites aux déficits excessifs se sont révélées trop rigides, un véritable carcan dans lequel le PSC a englouti la politique budgétaire des Etats membres⁵³. De plus, certains économistes s'offusquaient des limites inhérentes aux outils mis en place⁵⁴. En particulier, la fixation d'un objectif unique à l'ensemble des Etats indépendamment de leur taux de croissance et de leur stock de dette existant, pouvant sembler particulièrement

⁵⁰ Collet (M.), *Finances publiques*, 3^e édition, Paris, LGDJ Lextenso, 2018-2019, p.221.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Quintin (C.), *La règle d'équilibre budgétaire-comparaison Europe-Canada*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Montpellier, 2017, p.210.

⁵³ Laurent (C.), *L'encadrement normatif des politiques budgétaires sous la V^{ème} République*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2017, p.184.

⁵⁴ Villain (B.), Froute (D.), « Les politiques budgétaires dans la crise. Comprendre les enjeux actuels et les défis futurs », *De Boeck*, 2013, p.201 cité par Collet (M.), *op.cit.*, p.224

artificielle⁵⁵. De même le caractère « asymétrique » des règles prévoyant des mesures de souplesse en cas de situation de crise mais aucun renforcement des contraintes en cas de situation favorable, afin de garantir le renflouement des caisses publiques apparaissait, dans une perspective keynésienne contestable⁵⁶.

Au sein de la CEMAC, on note une crise des critères formels de convergence des politiques budgétaires des Etats membres. Le diagnostic effectué sur les critères actuels révèle l'inadéquation entre ces critères et les objectifs définis préalablement. Selon certains auteurs⁵⁷, le critère de base, qui est le critère clef, est mal respecté, il ne contribue pas, même lorsqu'il est respecté à l'objectif de maîtrise de l'inflation puisqu'il laisse de côté les investissements financés par l'extérieur ; il n'incite pas les gouvernements à pratiquer une politique contra-cyclique. Au final, il ne prend pas en compte le risque de diminution des ressources pétrolières. Les trois soldes complémentaires sont peu pertinents. Le critère d'endettement est pour sa part bien respecté parce qu'il n'exerce plus de contrainte après les annulations de dette ; dès lors, il autorise les rythmes de ré-endettement excessif.

b- Les lacunes des sanctions de la violation de l'interdiction des déficits publics

La crise de la dette publique a mis en exergue la précarité du dispositif de lutte contre les déficits publics excessifs. A cet effet, les sanctions prévues dans le cadre de la violation de l'interdiction des déficits publics excessifs se sont révélées inefficaces. En réalité, les sanctions appliquées sont très peu dissuasives, très peu lourdes et parfois revêtent un caractère politique dans sa mise en œuvre. L'efficacité du dispositif de répression tient à sa capacité de dissuasion sur les destinataires. Or à l'analyse, les sanctions retenues dans le cadre du mécanisme de discipline budgétaire de la zone UEMOA ne sont pas vraiment de nature à dissuader les Etats membres⁵⁸.

L'autre mesure consistant à la révision de la politique d'intervention de la BOAD en faveur de l'Etat concerné ou la suspension des concours de l'union peuvent paraître a priori dissuasives pour les Etats. D'après Sawadogo, le caractère dissuasif de ces sanctions doit être relativisé, d'une

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Guérineau (S.), Guillaumont Jeanneney (S.), Léon (F.), « Viabilité budgétaire et renforcement du dispositif de surveillance multilatérale au sein de la CEMAC », *Ferdi* et université d'Auvergne, 2015, p.8

⁵⁸ Sawadogo (E. F.), op.cit., p.116.

part en raison de la non précision de la valeur monétaire de ces dernières, les reléguant ainsi à un rôle de simples « épouvantails » destinés à effrayer les Etats mais qui en réalité ne se mettent jamais en marche ; d'autre part en raison du contexte plus général de l'hétérogénéité dans laquelle sont conduites les politiques budgétaires des Etats de la zone⁵⁹.

Les sanctions financières⁶⁰ appliquées au sein de l'UEMOA ne sont pas lourdes. De ce fait, n'ont pas un caractère fortement dissuasif comme c'est le cas au sein de l'Union Européenne. Pour Nicaise Médé, les sanctions négatives à incidence financière directe⁶¹ privent l'Etat membre en situation financière difficile de concours financiers utiles pour le rétablissement des agrégats macro-économiques et macro-financiers. Selon l'auteur en toute logique, la sanction entrainerait l'aggravation de l'état de crise dans le pays.

2- Les pistes de réformes des sanctions

Au regard de l'inefficacité des sanctions, il est indispensable de réformer le système de façon à le rendre à la fois « plus intelligente et plus efficace » et de sorte que si un Etat ne respecte pas les exigences du pacte, il pourrait se voir priver de l'accès à certains financements communautaires tels que : les fonds structurels, les financements par la Banque Européenne d'investissement (BEI). De plus, il pourrait se trouver temporairement privé de son droit de vote dans les instances communautaires. Il s'agit là, des sanctions non financières mais particulièrement dissuasive⁶². Selon la Cour des comptes du Togo, il serait plus commode que les juridictions financières nationales fassent le rappel à l'ordre de l'Etat membre. La commission de l'Union Européenne, quant à elle, dans sa communication du 24 juin 2004, proposait quatre voies de réforme. En effet, il s'agit d'accroître la place accordée à la dette publique et à la viabilité dans la surveillance des propositions budgétaires, tenir davantage compte des circonstances nationales dans la définition de l'objectif de moyen terme ; prendre en compte les circonstances nationales dans l'application de la procédure des déficits excessifs ; d'améliorer le volet préventif du pacte

⁵⁹ FMI, *Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, rapport de services du FMI sur les politiques communes des Etats membres, rapport n°13/92, avril 2013, p.63 cité par Sawadogo (E. F.), op.cit., p.116

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Médé (N.), *Finances publiques, Espace UEMOA/UMOA*, op.cit., p.119.

⁶² Garrigue (D.), *le renforcement de la gouvernance économique et la clarification de la mise en œuvre du pacte de stabilité et de croissance*, rapport d'information, délégation de l'assemblée nationale pour l'Union Européenne, Assemblée Nationale, constitution du 04 octobre 1958, douzième législature, n°2124, 2005, p.38.

en y intégrant une incitation à mener des politiques prudentes pendant les périodes de conjoncture favorable⁶³.

Conclusion

Page | 36

Il s'est développé en droit communautaire une discipline budgétaire et monétaire. Celle-ci a pour objectif l'assainissement de la gestion financière publique. Un aspect de cette discipline consiste à la mise sur pieds des mécanismes de prévention et de répression des déficits publics excessifs. Au préalable, ce dernier a justifié la mise en œuvre au sein des espaces communautaires des mécanismes de contrôle des déficits publics excessifs et surtout de sanction. La phase préventive de ce mécanisme est marquée par l'interdiction des déficits excessifs. Cette dernière se traduit par la limitation du déficit structurel des Etats à un seuil de 3% du PIB et un seuil de la dette publique à 60% du PIB au sein de l'UE et 70% du PIB au sein de l'UEMOA et la CEMAC. Mais, en l'état actuel, la mise en œuvre du principe de l'interdiction des déficits publics excessifs se révèle inefficace du fait des lacunes formelles et pratiques des sanctions infligées à l'issue de la procédure de surveillance des déficits publics excessifs. Ces déficits suscitent inéluctablement des réformes conceptuelles et opérationnelles afin de rendre efficace le dispositif de surveillance multilatérale des politiques budgétaires des Etats-membres, la procédure de lutte contre les déficits publics excessifs et les déséquilibres macro-économiques.

⁶³ *Ibid.*, p.41.

Le Secrétaire Général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun

Par :

Doni Jolive MEDJO MEDJO
Doctorant en Droit Public
Université de Douala (Cameroun)

Page | 37

Résumé :

Le rôle du Secrétaire Général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun crée encore beaucoup confusions dans l'esprit de nombreuses personnes voir même de certains parlementaires. Pourtant, les attributions de ce haut fonctionnaire dans cette administration sont définies de manière expresse par nombre de dispositions textuelles qui l'encadrent. De manière substantielle, le secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun joue essentiellement un rôle d'animation et de coordination. Son action reste subordonnée à l'autorité des organes politiques, qui détiennent l'essentiel des prérogatives administratives, y compris le pouvoir décisionnel. La conquête de ce dernier par le secrétaire général exige donc un réel effort de la part du politique, de réviser les textes à la faveur du secrétaire général, et de se dessaisir de toute question administrative.

Mots clés : Secrétaire général, Assemblée nationale, Pouvoir, administration parlementaire.

Introduction

L'autonomie des assemblées parlementaires, expression du principe de la séparation des pouvoirs¹, est une question que l'on pourrait qualifier de « transversale ». Car elle touche à tous les aspects de l'organisation et du fonctionnement du parlement. Relativement à l'organisation, les assemblées parlementaires se sont dotées, chacune d'une administration propre, autonome et placée sous la responsabilité d'un secrétaire général.² Ce dernier dans la majorité des parlements d'Afrique noire Francophone, est considéré comme le pilier incontestable de l'administration du parlement. Car, il est le détenteur de tous les pouvoirs administratifs, tandis que dans d'autres, il n'en détient qu'une portion. Cependant, s'il est admis que les missions du secrétaire général varient d'un parlement à un autre, il n'en demeure pas moins vrai que tous les parlements lui reconnaissent un pan important de prérogatives administratives. En France, l'organisation de l'assemblée nationale est caractérisée depuis des lustres par la dualité des secrétaires généraux, avec une division entre les pouvoirs législatifs, aujourd'hui missions institutionnelles, et les services de la questure dénommés directions des ressources et des moyens.³ Les responsabilités sont clairement définies entre les organes politiques et les secrétaires généraux, interdisant de ce fait aux organes politiques d'influer sur l'action administrative, et inversement. Par ailleurs, en Suisse, le secrétaire général de l'assemblée fédérale bénéficie d'une légitimité politique qui lui confère sans doute, tous les pouvoirs sur l'administration qu'il dirige.⁴ Au Cameroun, la situation est toute autre. L'administration de l'assemblée nationale⁵ n'est pas que l'apanage du seul secrétaire général. Mieux, elle est sous l'autorité des organes politiques qui y détiennent l'essentiel des prérogatives

¹ La théorie de la séparation des pouvoirs élaborée par John LOCKE et systématisée par MONTESQUIEU, postule l'existence au sein de l'Etat de trois pouvoirs distincts : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

² Article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale : « L'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général, assisté de deux secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau ».

³ AUBY (J.M), AUBY (J.B), JEAN-PIERRE (D), TAILLEFAIT (A), *Droit de la fonction publique, Etat. Collectivités locales. Hôpitaux*, 7^{ème} éd. 2009, P.83

⁴ SCHWARB (P), « Administration parlementaire Suisse : Parage de responsabilité en matière de gestion du personnel », Projet de compte rendu du séminaire consacré au « statut du personnel administratif : état de la situation et enjeux dans les parlements Francophones », 3 et 4 Septembre 2013, Paris, P. 15.

⁵ D'un point de vue historique, l'assemblée nationale est la première institution Camerounaise de l'aire moderne. Elle est la descendante de l'assemblée représentative du Cameroun (ARCAM), qui a vu le jour le 22 Décembre 1946 en application de la loi Française du 07 octobre, instituant des assemblées représentatives dans les ex-colonies Françaises. Elle était composée de 40 membres. 24 Camerounais et 16 Français, se muait successivement en assemblée territoriale du Cameroun (ATCAM) le 30 mars 1952, puis en assemblée législative du Cameroun le 10 mai 1957 et le 10 avril 1960 en assemblée nationale. Voir BESSOLO SOYA (M-T) *Droits de l'homme et gouvernance en milieu parlementaire au Cameroun*, éd. Harmattan, 2012 P.2

administratives.⁶ Dès lors, cette dyarchie dans la gestion de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun amène une autre réflexion empreinte de positivisme. Le lien très fort qui uni le secrétaire général de l'assemblée nationale à son administration pourrait nous inciter à voir dans les missions de ce dernier, le critère et la mesure de l'étendue de ses pouvoirs.

Partant de ces considérations, la présente étude se propose de déterminer la marge de manœuvre du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun. A cet égard, la question logique qui se dégage est celle de savoir qu'elle est l'étendue du pouvoir du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun ? Cette question semble importante à plus d'un titre, et oblige à mobiliser les éléments juridiques et pratiques pouvant permettre de se prononcer sur l'état de cette situation. De fait, les pouvoirs du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun ne sont pas absolus. Ils sont définis et encadrés par la loi, qui accorde par ailleurs aux organes politiques une autorité sur l'administration parlementaire au détriment du secrétaire général. Dans ce sens, l'article 102-(2) du règlement intérieur de l'assemblée nationale précise que : « *L'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général, assisté de deux (2) secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau* »⁷. Dans la pratique, les frontières du pouvoir du secrétaire général de l'assemblée nationale sont difficiles à déterminer en raison du polycentrisme dont cette administration fait objet. L'appréciation globale de l'étendue du pouvoir du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun serait donc plus nuancée et davantage difficile à apprécier si l'on ne recoure principalement au positivisme juridique.⁸ Il sera donc question de montrer à travers l'analyse et l'interprétation des textes que le pouvoir du secrétaire général dans l'administration parlementaire au Cameroun se limite à la reconnaissance de l'autorité du secrétaire général dans l'animation des services administratifs de l'assemblée nationale (I), et à la gestion restrictive des ressources humaines de cette administration (II).

⁶ NAMA AZANG (D) *lumière sur l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun*, harmattan, Fev.2012, P.48

⁷ Voir article 102, alinéa 2 du règlement intérieur de l'assemblée nationale.

⁸ KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, P.223

I- LA RECONNAISSANCE DE L'AUTORITE DU SECRETAIRE GENERAL DANS L'ANIMATION ET LA COORDINATION DES SERVICES ADMINISTRATIFS DU PARLEMENT.

Le secrétaire général de l'assemblée occupe une place indispensable dans l'organisation et le fonctionnement de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun. Il est considéré comme le pilier sur lequel repose l'administration cette assemblée communément appelée secrétariat général, en tant qu'il est, avec son administration, la cheville ouvrière⁹ de l'assemblée nationale. De ce fait la loi reconnaît au secrétaire général une autorité sur l'ensemble des services administratifs du parlement. Cette autorité, pour le moins formelle, se limite à l'animation des services administratifs traditionnels de l'administration (A) et à la coordination des nouvelles fonctions et au contrôle de tutelle sur les établissements et organismes parlementaires (B).

A- L'animation des services classiques de l'administration parlementaire.

Les services classiques de l'administration parlementaire sont ceux inhérents au travail parlementaire. Il s'agit en réalité des services traditionnels du parlement à l'absence desquels le travail parlementaire serait hypothéqué. Ainsi, le secrétaire général en tant que responsable de l'administration du parlement¹⁰, assure l'animation de ces services. Cette dernière action obéit en principe à un schéma classique qui, en réalité, est de plus en plus l'objet d'adaptations aux réalités propres de chaque pays. Au Cameroun, l'organisation des services de l'assemblée nationale est classique. Il s'agit d'un côté des services d'assistance technique (1) et de l'autre côté des services de gestion et d'assistance logistique (2).

1- Les services d'assistance technique.

Les services d'assistance technique sont ceux directement placés sous l'autorité du secrétaire général. Le secrétaire général anime le fonctionnement de ces services en tant qu'il est le véritable conseiller juridique et parlementaire du président et de la chambre toute entière.¹¹ Ainsi, au rang des services d'assistance technique qui sont animés par le secrétaire général, l'on cite les services législatifs dont les compétences sont requises pour les différentes étapes et pour toutes les instances du processus d'élaboration et d'adoption des lois dont ils sont sensés maîtriser

⁹ OWONA (J), *Droit de la fonction publique Camerounaise*, Paris, harmattan, 2011, P.55

¹⁰ Voir article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale

¹¹ NAMA AZANG (D), lumière sur l'administration de l'assemblée nationale *Op.cit.* P. 56

les techniques et les règles de procédures.¹² Les services juridiques fournissent ainsi au bureau de la chambre, aux commissions et à toute l'équipe administrative les conseils et les services juridiques complets sur les droits et immunités des députés, les prérogatives de la chambre ou de ses commissions, le droit du travail et de l'emploi, les conflits d'intérêts et les obligations contractuelles.

En outre, placés sous l'autorité direct d'un chef de division et sous la responsabilité et l'autorité du secrétaire général, Ces services comprennent au sens de l'article 23 alinéa 2 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021, la sous-direction de la procédure législative ; la sous-direction des séances et des commissions ; la sous-direction des études et des statistiques législatives. Ces sous-directions sont chacune placées sous l'autorité d'un sous-directeur qui est lui-même placé sous l'autorité du secrétaire général en tant que responsable de l'administration parlementaire. Sous ce rapport, l'article 2 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 précise que : « *le secrétariat général de l'assemblée nationale est placé sous la responsabilité et l'autorité d'un secrétaire général nommé par arrêté du bureau pris par le président de l'assemblée nationale, président du bureau* ».

A côté des services juridiques, le secrétaire général anime¹³ également les services de la bibliothèque, de la documentation et des archives. De ce fait, il assure la cohérence de l'activité administrative et la continuité du service public parlementaire à travers la conservation des documents. Ainsi, le secrétaire général détermine le travail à faire, il effectue un haut contrôle sur tous les services de l'information documentaire, signe les autorisations d'accès au service de la bibliothèque, prend toutes les mesures pour le bon fonctionnement de ces services. Ainsi, se rassure-t-il au niveau de la direction des archives, de la constitution et de la gestion de la documentation nécessaire à l'information des députés, des services, des autres administrations, le cas échéant, des usagers ; du classement et de la conservation des archives parlementaires et administratives ; de la réalisation des bulletins bibliographiques des lois¹⁴. De même, le secrétaire

¹² Voir article 23 (1) de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale

¹³ L'animation suppose la régulation, la coordination à un haut niveau des activités placées sous la responsabilité de celui qui exerce ces fonctions. Voir CHAPUS (R), *Droit administratif général*, Tome 2, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd. 2001, P.13

¹⁴ Voir article 74 (1) de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

général se rassure également de l'effectivité de la collecte des archives auprès des différents services. Dans ce sens, l'article 12 de l'arrêté précité précise que le service du fichier, du classement et des archives placé sous l'autorité d'un chef service, qui lui-même placé sous l'autorité d'un secrétaire général est chargé de : « *la collecte, du traitement et de la conservation des actes individuels et règlementaires, et tous autres documents signés par le président de l'assemblée nationale ou le secrétaire général* ». ¹⁵

L'animation des services de la transcription des débats par le secrétaire général consiste à assurer le bon fonctionnement de ceux-ci, à travers l'authentification et la publication. Il en est de même des services de reprographie ainsi que des services linguistiques. Le secrétaire général détient alors vis-à-vis de ceux-ci un pouvoir de supervision et de direction. En outre, le secrétaire général assure également l'animation des services de gestion et d'assistance logistique.

2- L'animation des services de gestion et d'assistance logistique par le Secrétaire général

Les services de gestion et d'assistance logistique sont placés sous la responsabilité et l'autorité du secrétaire général et parallèlement sous la tutelle des questeurs du parlement compte tenu du rôle dévolu à ceux-ci par le règlement intérieur.¹⁶ Ainsi, les services de gestion et d'assistance technique occupent une place à l'importance évidente dans le processus de réalisation du travail parlementaire, et comptent au total cinq directions contre deux pour les services d'assistance technique. Le secrétaire général assure cependant le bon fonctionnement de ces services et anime leurs activités de façon générale. L'animation des services de gestion et d'assistance logistique par le secrétaire général, lui confère d'importants pouvoirs financiers et budgétaires.¹⁷ De ce fait, le secrétaire général, en tant qu'ordonnateur délégué du budget de l'assemblée parlementaire, assure le traitement financier des députés et du personnel administratif par l'agence comptable. C'est dans ce sens que l'article 111, alinéa 2 du règlement intérieur de

¹⁵ Article 12 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AN/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

¹⁶ Les questeurs du parlement assurent le contrôle des finances du parlement. A cet effet, ils émettent leurs avis sur les engagements de dépenses soumis dans les limites fixées par arrêté du bureau. En outre, l'agent comptable est tenu de leur fournir tous les documents et toutes les pièces nécessaires à l'exercice de leur contrôle. Les questeurs préparent le projet de budget de l'assemblée nationale et le soumettent au bureau avant examen et son vote par la commission des finances et du budget fonctionnant comme commission de comptabilité budgétaire. Voir article 104 de la loi n°2014/016 du 09 Septembre 2014 portant règlement intérieur de l'assemblée nationale.

¹⁷ FOMEHGANG KEYANTIO (V), *Le secrétaire général au sein des assemblées parlementaires en droit Camerounais*, Mémoire de master II, Université de Yaoundé II SOA, 2017, P. 93

l'assemblée nationale dispose que : « lorsque le traitement de l'agent public est inférieur au montant de l'indemnité législative de base, celle-ci, augmentée de l'indemnité spéciale dite de mandat, est mandatée au profit du député par le secrétaire général de l'assemblée nationale pendant la durée du mandat législatif »¹⁸. Cependant, si dans certains parlements, le secrétaire général n'est ni administrateur de crédit, encore moins ordonnateur, au Cameroun le rôle de conseiller technique et financier dévolu au secrétaire général crée encore une confusion dans l'esprit de certains parlementaires qui estiment qu'il y'a une immixtion dans la gestion des fonds des parlementaires par un fonctionnaire.

De même, l'exécution de l'enveloppe budgétaire allouée au parlement se fait avec parcimonie par le secrétaire général à travers l'agence comptable et la direction du budget et de la solde pour couvrir les indemnités parlementaires, les dépenses du personnel, les pensions de retraite, l'entretien du palais, du matériel technique des véhicules, la couverture sanitaire, l'information des services ainsi que les dépenses à l'investissement à long terme. Ainsi, la direction du budget et de la solde est placée sous l'autorité du secrétaire général. A cet effet, elle assure aux députés et à l'administration parlementaire un vaste éventail de services de gestion financière, la mise à jour des systèmes et des rapports financiers, les aspects de droits et avantages des députés.

C'est ainsi que l'indemnité législative de base, l'indemnité pour frais de mandat et les indemnités de fonction ou les frais de représentations attribués aux membres du bureau sont mandatés par le secrétaire général via la direction du budget et de la solde, dans les mêmes conditions que la solde et les accessoires de solde des fonctionnaires et les pensions retraite. C'est dans ce sens que l'article 106 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat de l'assemblée nationale dispose que : « Placée sous l'autorité d'un sous-directeur, la sous-direction de la solde est chargée du mandatement des indemnités des députés et de la solde du personnel ; du mandatement des frais de mission des députés et du personnel ; du traitement des gratifications du personnel [...] ».¹⁹

De même, il revient au secrétaire général par l'intermédiaire du service de la solde de veiller à ce que les fonctionnaires de tous les ordres, élus à l'assemblée nationale et les députés auxquels

¹⁸ Article 111 alinéa 2 de la loi n°2014/016 du 09 Septembre 2014 portant règlement intérieur de l'assemblée nationale.

¹⁹ Voir article 106 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

des fonctions rétribuées auraient été confiées dans la fonction publique ou dans un organisme parapublic depuis leur élection, ne cumulent l'indemnité législative de base et le traitement afférent à leur fonction.²⁰ Par ailleurs, relativement aux infrastructures et à la logistique, le secrétaire général, par l'intermédiaire de la direction des projets, du patrimoine et de la logistique, assure l'entretien des palais, des résidences, des services et des espaces verts ; de la réhabilitation et de la sécurisation du patrimoine de l'assemblée nationale, de l'équipement des palais, des résidences et services ainsi que la sécurité, incendie et transport.²¹

D'une manière générale, le secrétaire général des assemblées parlementaires au Cameroun anime tous les services techniques et de gestion du parlement qui relèvent du secrétariat général. A cet effet, il a la responsabilité de ceux-ci et assure leur bon fonctionnement. Toutefois, le secrétaire général dans le parlement au Cameroun assure la coordination des nouvelles fonctions ainsi que la tutelle sur les établissements et organismes parlementaires.

B- La coordination des nouvelles fonctions et la tutelle sur les établissements et organismes parlementaires.

Le rôle du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est pluriel. En dehors de la mission d'animation des services techniques et de gestion administrative et financière dont il est investi par les textes, le secrétaire général dispose également d'importantes responsabilités sur d'autres entités administratives. Il s'agit de la coordination de nouvelles fonctions (1) et du contrôle de tutelle sur les établissements et organismes parlementaires (2).

1- La coordination de nouvelles fonctions par le secrétaire général.

Les nouvelles fonctions²² sont appréhendées comme des fonctions inhabituelles en matière d'administration parlementaire. Le nouvel organigramme du secrétariat général de l'assemblée nationale au Cameroun a institué des fonctions dont il est difficile de trouver des exemples en matière d'administration parlementaire.

²⁰ Voir article 111 du règlement intérieur de l'assemblée nationale.

²¹ Voir article 112, alinéa 1 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

²² MOMO (C), « L'évolution du droit de la fonction publique au Cameroun », *Juridis périodis* n°86, Avril-mai-juin, 2011, P.21

Rappelons que parce qu'elle est, par essence attributive de compétences entre les pouvoirs qu'elle institue, la constitution laisse aux assemblées parlementaires à travers le principe d'autonomie, le soin d'organiser leurs administrations publiques, mais aussi et surtout de prescrire les normes, conditions et procédures relatives aux diverses questions dont elle-même fait état.²³ C'est cette catégorie de principes et le plus souvent explicitement formulée par le texte de la constitution qui confère sans débat possible, toute légitimité aux nouvelles fonctions dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun.²⁴ Celles-ci sont entre autres, les conseillers techniques, des chargés de missions, des chargés d'études et chargés d'études assistants.

Partant de cet éclairage, le secrétaire général, en tant que responsable de l'administration parlementaire, exerce son autorité sur ces fonctions dites nouvelles dans l'administration du parlement parce que celles-ci sont directement rattachées au secrétariat général. C'est ce qui ressort en tout cas de l'article 7 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale qui dispose que : « *Placé sous l'autorité du secrétaire général, le secrétariat général de l'assemblée nationale comprend : « Des conseillers techniques ; des chargés des missions ; des chargés d'études et des chargés d'études assistants [...] ».*

Ainsi, le secrétaire général coordonne les activités liées aux nouvelles fonctions du secrétariat général de l'assemblée nationale. De ce fait, les conseillers techniques effectuent les travaux qui leurs sont confiés par le secrétaire général ou les secrétaires généraux adjoints.²⁵ Le secrétaire général régule également l'activité des chargés de missions. Ces derniers assurent le suivi du fonctionnement des différents services en observant leur interaction et en évaluant leur rendement. Ils effectuent toutes autres études ou missions qui leur sont confiées par le secrétaire

²³ Le fondement constitutionnel des nouvelles fonctions dans les administrations des assemblées parlementaires au Cameroun découle du principe d'autonomie reconnu aux assemblées parlementaires au sens de l'article 22, alinéa 2 de la constitution qui dispose que : « *Le sénat fixe lui-même ses règles d'organisation et de fonctionnement sous forme de loi portant règlement intérieur* ». De même, l'article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale précise que : « *L'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité du secrétaire général, assisté de deux (02) secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau* ».

²⁴ Voir MEDJO MEDJO (D.J), *La fonction publique parlementaire au Cameroun*, Thèse de doctorat Ph.d, Université de Douala, 2019, P. 147.

²⁵ Voir article 8, alinéa 1 de l'arrêté du bureau n°2021/40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

général ou les secrétaires généraux adjoints.²⁶ Les chargés d'études et les chargés d'études assistants effectuent les travaux qui leur sont confiés par selon le cas, par le secrétaire général, les secrétaires généraux adjoints, les conseillers techniques, les chargés de mission et les directeurs.²⁷

En outre, en dehors des pouvoirs reconnus au secrétaire général de coordonner les activités liées aux nouvelles fonctions de l'administration de l'assemblée nationale, celui-ci assure également le contrôle de tutelle sur les établissements et organismes sous tutelle.

2- Le contrôle de tutelle du secrétaire général sur les établissements et organismes de l'assemblée nationale.

La tutelle sur les établissements et organismes de l'assemblée nationale au Cameroun est de la compétence du secrétaire général en tant qu'il est le responsable de l'administration parlementaire. Les établissements et organismes sous tutelle sont donc rattachés au secrétariat général de la chambre, au sens de l'article 7 de l'arrêt du bureau n° 40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 qui dispose que : « *Placé sous l'autorité du secrétaire général, le secrétariat général de l'assemblée nationale comprend : [...] des établissements et organismes sous tutelle* ». ²⁸

Le secrétaire général assure le contrôle de tutelle de ces établissements et organismes parlementaires. A cet effet, il assure le bon fonctionnement de ceux-ci à travers un contrôle de gestion, et dans une certaine mesure, un contrôle d'opportunité. Ainsi, au sens de l'article 127, alinéa 1 de l'arrêt du bureau n°40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale, les établissements et organismes sous-tutelle comprennent : « *l'Hôtel des députés ; l'institut parlementaire d'Afrique de Yaoundé, en abrégé IPAY ; le centre de promotion du bilinguisme* » ²⁹.

L'hôtel des députés ou des sénateurs est donc un établissement public administratif placé sous l'autorité directe du bureau et sous la responsabilité du secrétaire général. ³⁰ Celui-ci a pour rôle de

²⁶ *Ibid.* art. 8, al.2

²⁷ *Ibid.* art.8, al.3

²⁸ Voir article 7 de l'arrêt du bureau n°40/08/AB/AN du 17 Juillet 2021 portant organisation du secrétariat général de l'assemblée nationale.

²⁹ *Ibid.* article 127, al.1

³⁰ Voir article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que : « *l'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général, assisté de deux (2) secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau* ».

servir d'abri aux députés durant leur séjour de travail. De même, cet hôtel sert également de bureau aux députés qui ne disposent pas encore de cabinet ou d'attachés parlementaires.³¹

Le centre de promotion du bilinguisme comme le nom le renseigne si bien à suffire, a pour rôle de promouvoir le bilinguisme et de renforcer les capacités des députés et du personnel, à l'usage synchronisé des deux langues officielles du Cameroun : l'Anglais et le Français. Le secrétaire général en tant qu'autorité de tutelle, dispose d'un droit de regard et d'orientation sur le fonctionnement de cette institution. Il en est de même pour l'institut parlementaire d'Afrique de Yaoundé.

De manière générale, l'autorité du secrétaire général sur les services administratifs de l'assemblée nationale au Cameroun ne fait plus l'ombre d'aucun doute au regard de l'importance des responsabilités que les textes lui reconnaissent. Toutefois, cette autorité du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale, connaît des limites dans la gestion des ressources humaines.

II- LA GESTION RESTRICTIVE DES RESSOURCES HUMAINES PAR LE SECRETAIRE GENERAL.

Selon la doctrine, les ressources humaines sont appréhendées comme un domaine hautement stratégique qui intègre à la fois les aspects liés au recrutement, à la nomination, à la rémunération, affectation, promotion, ainsi qu'aux différentes sanctions du personnel. Au Cameroun, le dispositif organisationnel de l'assemblée nationale place l'administration sous l'autorité bureau.³² Cela donne une idée assez claire de la suprématie du politique sur l'administratif. A cet effet, il est constaté un étonnant chevauchement des organes politiques et du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'assemblée nationale, caractérisée par la prépondérance du rôle des organes politiques (A), et par la faible portion du champ d'intervention du secrétaire général dans la gestion du personnel administratif (B).

³¹ NAMA AZANG (D), *Lumière sur l'administration de l'assemblée nationale du Cameroun*, L'Harmattan, 2012, P. 52.

³² Voir article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que : « l'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général, assisté de deux (2) secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau ».

A- La prépondérance du rôle des organes politiques dans la gestion des ressources humaines.

Le rôle des organes politiques dans la gestion des ressources humaines des assemblées parlementaires au Cameroun n'est pas des moindres. Si dans l'assemblée fédérale helvétique³³, l'intervention de ces organes politiques dans la sphère administrative est considérée comme un empiétement susceptible de compromettre la mission du secrétaire général dans l'administration du parlement, au Cameroun, cette immixtion est prépondérante dans la gestion des ressources humaines de l'assemblée nationale. Dès lors, la prépondérance du rôle des organes politiques dans la gestion des ressources humaines au détriment du secrétaire général se traduit donc par l'attribution du pouvoir décisionnel aux organes politiques (1) et par l'exercice du pouvoir consultatif par le secrétaire général (2).

1- La détention du pouvoir décisionnel par le politique.

Le politique ici désigne les différents organes élus par les parlementaires pour diriger les affaires de l'institution. Il s'agit du bureau, du président, et dans une certaine mesure des questeurs.

La gestion des ressources humaines de l'assemblée nationale au Cameroun relève de la compétence directe du bureau, Celui-ci détient alors le pouvoir de décision sur l'administration de l'assemblée en générale, et particulièrement dans la gestion des ressources humaines. Toutefois, le bureau peut déléguer tout ou partie de son pouvoir au président ou au secrétaire général de l'assemblée nationale. C'est ce qui ressort de l'article 14 de l'arrêté du bureau n°6-BAN-75 portant statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *le bureau de l'assemblée nationale détient le pouvoir de nomination et de gestion des fonctionnaires. Il peut déléguer tout ou partie de son pouvoir au président ou au secrétaire général de l'assemblée* »³⁴.

De manière pratique, le bureau est l'organe faitier de la fonction publique et de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun. A ce titre, il décide sur proposition du secrétaire général,

³³ L'administration parlementaire Suisse jouit d'une autonomie fonctionnelle, formelle et administrative qui découle du principe de la séparation des pouvoirs. Elle est dirigée par le secrétaire général de l'assemblée fédérale qui est comptable de la gestion de l'assemblée tant durant les séances parlementaires qu'en matière administrative. Il exerce de ce fait une double fonction : il est à la fois chef d'état-major des organes du parlement et directeur des services parlementaires. Voir SCHWARB (P), « Administration parlementaire Suisse : Parage de responsabilité en matière de gestion du personnel », Projet de compte rendu du séminaire consacré au « statut du personnel administratif : état de la situation et enjeux dans les parlements Francophones », 3 et 4 Septembre 2013, Paris, P. 15.

³⁴ Voir article 14 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale

de l'organisation détaillée des services administratifs. Le bureau détermine le statut des fonctionnaires parlementaires, qui à ce titre ont qualité de fonctionnaire d'Etat.³⁵

Par ailleurs, le pouvoir décisionnel des organes politiques dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale se matérialise davantage dans la prise d'actes de gestion. Il s'agit par exemple des décisions prises par le bureau en matière d'attribution d'indemnités³⁶ ou d'augmentation de salaire. C'est l'exemple de l'arrêté du bureau n°2008/005/AB/AN portant augmentation de la rémunération des personnels de l'assemblée nationale qui décide « *qu'une augmentation de quinze pour cent (15%) de la rémunération indiciaire ou catégorielle de base est pour compter du 1^{er} Avril 2008, accordée aux personnels de l'assemblée nationale* ». ³⁷ Dans le même sens, le bureau de la chambre décide également de l'opportunité de la création des allocations spéciales accordées au personnel administratif de l'assemblée nationale. C'est l'exemple de l'arrêté du bureau n°2003/011AB/AN portant création d'une allocation exceptionnelle d'obsèques au profit des familles des fonctionnaires.

Pareillement, en matière disciplinaire, la décision de révocation est prononcée par le bureau après avis du conseil de discipline. C'est ce qui ressort de l'article 140, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *Les autres sanctions sont prononcées après consultation du conseil de discipline par le président sur proposition du secrétaire général, à l'exclusion de l'abaissement de grade et la révocation, qui sont prononcées par le bureau après avis du conseil de discipline* ».

En outre, les questeurs jouent un rôle majeur dans le processus d'engagement des dépenses de toute la chambre en général, et de l'administration en particulier, notamment, l'engagement des dépenses liées au traitement des fonctionnaires et ses accessoires. Bien que le pouvoir financier appartienne au président et au secrétaire général, respectivement en tant qu'ordonnateur principal

³⁵ Article 105 de la loi n°2014/016 du 09 Septembre 2014 portant règlement intérieur de l'assemblée nationale : « *Sur proposition du secrétaire général, le président de l'assemblée nationale, en accord avec le bureau, arrête l'organisation administrative de ses services. Sur proposition du secrétaire général, le bureau détermine le statut des fonctionnaires de l'assemblée nationale. Ces derniers ont qualité de fonctionnaires d'Etat* ».

³⁶ Voir l'arrêté du bureau n°2006/002/AN/AB fixant l'indemnité de logement des personnels de l'assemblée nationale en service à l'étranger.

³⁷ Arrêté du bureau n°2008/005/AN/AN portant augmentation de la rémunération des personnels de l'assemblée nationale.

et ordonnateur délégué du budget³⁸, les questeurs participent néanmoins à la prise de la décision d'engagement des dépenses. C'est ce qui ressort de l'article 104 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que : « *les questeurs assurent le contrôle des finances de l'assemblée nationale. A cet effet, ils émettent leurs avis sur les engagements de dépenses soumis dans les limites fixées par le bureau. [...]* ». ³⁹

En général, il apparaît que la gestion des ressources humaines de l'administration parlementaire au Cameroun est effectuée principalement par les organes politiques du parlement, car ils disposent du pouvoir décisionnel sur toutes les sphères de cette gestion. Cependant, le secrétaire général n'en dispose qu'une compétence consultative.

2- L'exercice du pouvoir consultatif par le secrétaire général.

Le Professeur Jean RIVERO appréhende le pouvoir consultatif dans l'administration comme « *le droit que dispose un organe à l'effet de donner un avis avant décision sur certaines catégories de projets préparés par l'administration centrale* »⁴⁰. Ainsi, le pouvoir que détient le secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est essentiellement consultatif. Car celui-ci se limite à l'émission préalable d'avis et à la formulation de propositions pour certains actes devant être pris par les organes politiques⁴¹. Il en est ainsi en matière d'organisation des services et de détermination du statut du personnel parlementaire. C'est ce qui ressort de l'article 105, alinéa 2 du règlement intérieur de l'assemblée nationale du Cameroun qui dispose que : « *Sur proposition du secrétaire général, le bureau détermine le statut des fonctionnaires de l'assemblée nationale. Ces derniers ont qualité de fonctionnaires de l'Etat* ». ⁴²

Par ailleurs, dans la fonction publique⁴³ en matière disciplinaire, le secrétaire général ne dispose d'un pouvoir de décision. Sa compétence reste rivée aux seules sanctions de première

³⁸ Voir article 103, alinéa 1 et 2 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que : « *la gestion des finances est assurée par le président de l'assemblée nationale, ordonnateur du budget de la chambre. Le secrétaire général est l'ordonnateur délégué* ».

³⁹ Voir article 104 du règlement intérieur de l'assemblée nationale

⁴⁰ RIVERO (J), *Droit administratif*, Précis, Dalloz 1975, n°357, Pp. 338-340

⁴¹ Les organes politiques ici sont les organes de direction du parlement. Il s'agit du bureau, du président et des questeurs.

⁴² Voir article 105, alinéa 2 du règlement intérieur de l'assemblée nationale

⁴³ Le droit de la fonction publique parlementaire au Cameroun est un droit objectif appliqué à la fonction publique du parlement. Il s'agit d'une branche du droit, distinct du droit privé tout comme le droit constitutionnel, le droit des finances publiques et le droit public. Il se situe au sein des règles régissant les assemblées parlementaires, et les moyens

catégorie, dont l'incidence est moins importante dans le processus d'évolution de la carrière des fonctionnaires parlementaires. Il s'agit de l'avertissement et des blâmes.⁴⁴ Toutefois, pour les sanctions de grande ampleur impliquant un changement de droit ou de situation, le pouvoir de la décision revient au bureau, et le secrétaire général l'exerce qu'à titre consultatif en formulant des propositions. C'est ce que prévoit l'article 140, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *les autres sanctions sont prononcées, après consultation du conseil de discipline, par le président, sur proposition du secrétaire général, à l'exclusion de l'abaissement de grade et de la révocation qui sont prononcés par le bureau de l'assemblée après avis du conseil de discipline* ». ⁴⁵

En outre, le rôle consultatif du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun a une portée générale. Il peut être observé, même sans disposition expresse d'un texte dans la mesure où le secrétaire général est considéré comme le principal conseiller juridique et parlementaire du président et de la chambre toute entière. A ce titre, son avis reste toujours indicatif dans le processus de prise de décisions par le bureau.⁴⁶ Il en est ainsi des propositions du secrétaire général pour les nominations des responsables dans l'administration, de la détermination des indemnités diverses aux personnels administratifs⁴⁷, de l'organisation et le fonctionnement des établissements et organismes parlementaire sous tutelle,⁴⁸ ainsi que des propositions d'intégration dans la fonction publique de l'assemblée.⁴⁹

En somme, les pouvoirs du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun sont étioles par l'attribution du pouvoir

humains et matériels auxquels recourt l'administration pour l'assistance du travail parlementaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit de la fonction publique a une profonde affinité avec le droit administratif dont il constitue alors une des différentes parties, à en croire l'avant-propos du professeur René CHAPUS, Dans son ouvrage *le droit administratif général*

⁴⁴ Voir article 140, alinéa 1 de l'arrêté du bureau n°6/AB/AN/75 portant statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose : « *le secrétaire général de l'assemblée inflige aux fonctionnaires relevant de son autorité les sanctions d'avertissement et de blâme* ».

⁴⁵ Voir article 140, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale.

⁴⁶ FOMEHGANG KEYANTIO (V) Le secrétaire général au sein des assemblées parlementaires en droit Camerounais. Mémoire de Master, Université de Yaoundé II SOA, 2017, P. 65

⁴⁷ Voir arrêté du bureau n°2006/02/AN/AB fixant l'indemnité de logement des personnels de l'assemblée nationale en service à l'étranger

⁴⁸ Voir arrêté du bureau n°2005/011/AB/AN portant organisation du régime générale des études et de la scolarité au centre de formation et de perfectionnement à l'administration parlementaire.

⁴⁹ Voir arrêté du bureau n°2005/003/AB/AN autorisation l'intégration à titre exceptionnel dans la fonction publique de l'assemblée nationale.

décisionnel véritable aux organes politiques au détriment du secrétaire général, qui n'en dispose que l'aspect consultatif. De même, le champ d'intervention du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'assemblée nationale au Cameroun, reste mesuré.

B- La faible portion du champ d'intervention du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines.

Le champ d'intervention du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est étroit. Parce qu'il s'agit d'un domaine hautement important, le bureau, en tant qu'organe décisionnel⁵⁰ de la chambre parlementaire s'est arrogé de l'essentiel des prérogatives administratives, laissant de ce fait qu'une marge de manœuvre très réduite et peu significative au secrétaire général. L'intervention de ce dernier dans la gestion des ressources humaines se limite donc à l'exercice résiduel du pouvoir disciplinaire (1) et à la gestion courante des droits de carrière des fonctionnaires parlementaires (2).

1- L'exercice résiduel du pouvoir disciplinaire par le secrétaire général

Le pouvoir disciplinaire dans l'administration suppose le droit que dispose une autorité investie du pouvoir de nomination de sanctionner les fonctionnaires placés sous son autorité en cas de manquement à une obligation professionnelle ou extra-professionnel⁵¹. L'exercice de ce pouvoir disciplinaire dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est diversifié. Car, il fait intervenir plusieurs autorités parmi lesquelles, les directeurs, sous directeurs chefs de services etc. Toutefois, le pouvoir disciplinaire est simultanément exercé par l'intermédiaire du secrétaire général et des organes politiques. C'est ce qui ressort de l'article 139 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'exerce soit ès qualité, soit par l'intermédiaire du président ou du secrétaire général de l'assemblée nationale* ». ⁵²

Cependant, le domaine d'exercice du pouvoir disciplinaire du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale est moindre. Son intervention se limite aux seules

⁵⁰ Voir article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que « *L'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général assisté de deux secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau* ».

⁵¹ Voir article 93 de l'arrêté du bureau n°2015/038/AB/AN du 22 Septembre 2015 portant statut général de la fonction publique De l'assemblée nationale.

⁵² Voir Article 139 de l'arrêté du bureau n°06BAN/75 du 06 Juin 1975 portant statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale.

sanctions de premier degré⁵³, c'est-à-dire l'avertissement écrit, le blâme, et le blâme avec inscription au dossier. C'est ce qui ressort de l'article 140, alinéa 1 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *le secrétaire général de l'assemblée inflige aux fonctionnaires relevant de son autorité les sanctions d'avertissement et de blâme* ». Toutefois, l'on note que ces sanctions de premier degré infligées par le secrétaire général aux fonctionnaires relevant de son autorité et peuvent être prononcées sans consultation du conseil de discipline, mais après que le fonctionnaire ait été invité à fournir des explications écrites sur les faits qui lui sont reprochés.⁵⁴

Par ailleurs, en dehors des sanctions d'avertissement et de blâme qui sont de son ressort, le secrétaire général joue un rôle consultatif pour les sanctions de deuxième degré qui ressortissent de la compétence du président de la chambre parlementaire. C'est dans ce sens que l'article 140, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale dispose que : « *les autres sanctions sont prononcées, après consultation du conseil de discipline, par le président, sur proposition du secrétaire général [...]* ».

De même, le secrétaire général de l'assemblée nationale au Cameroun ne dispose du pouvoir de prononcer les sanctions de révocation et d'abaissement de grade. Celles-ci étant exclusivement de la compétence du bureau.⁵⁵ Toutefois il participe à la procédure d'aboutissement de ces sanctions à travers la saisine du conseil de discipline par un rapport indiquant clairement les faits répréhensibles et les circonstances dans lesquelles ils ont été commis.⁵⁶

Dès lors, si l'exercice du pouvoir disciplinaire du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est résiduel, qu'en serait-il de la gestion courante des droits de carrière des fonctionnaires de cette assemblée?

2- La gestion circonscrite des droits de carrière des fonctionnaires parlementaires par le secrétaire général.

⁵³ Voir article 94-a du statut général de la fonction publique du sénat.

⁵⁴ Voir Article 140 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *[...] ces sanctions sont prononcées sans consultation du conseil de discipline, après que le fonctionnaire ait été invité à fournir des explications écrites sur les faits qui lui sont reprochés* ».

⁵⁵ Voir article 140, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale.

⁵⁶ Article 140, alinéa 3 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale

Le secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun, dispose du droit de gestion de la carrière des fonctionnaires parlementaires.⁵⁷ Cependant, cette gestion de la carrière des fonctionnaires par le secrétaire générale n'est pas absolue. Elle se limite à la simple expression de régulation quotidienne des fonctionnaires, mieux, à la gestion courante de leurs droits de carrière. Ces derniers, en l'absence d'une définition de référence, peuvent être appréhendés comme des situations de droits prévues par les statuts des fonctionnaires, et susceptibles d'être appliquées à ceux remplissant les conditions prévues à cet effet.⁵⁸ Il s'agit entre autres, de la notation, de l'avancement, ainsi que les différentes positions.

Relativement à la notation, elle s'exerce objectivement au nom du secrétaire général et par l'intermédiaire des supérieurs hiérarchiques compétents. C'est ce qui ressort de l'article 69, alinéa 1 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose que : « *le pouvoir de notation appartient au secrétaire général de l'assemblée qui peut le déléguer à ses adjoints, directeurs, ou autres responsables de service* »⁵⁹. Toutefois, le président de la chambre parlementaire intervient dans la détermination de la note du fonctionnaire estimée satisfaisante, par arrêté présidentielle.⁶⁰

De même, en matière d'avancement, le secrétaire général intervient dans l'inscription des fonctionnaires au tableau d'avancement chaque année arrêtée par lui-même. Ceux-ci en cas d'avancement au choix et après un examen approfondi de la valeur professionnelle du fonctionnaire, notamment des notes obtenues par l'intéressé et des propositions motivées formulées par les autorités.⁶¹

⁵⁷ La gestion de la carrière des fonctionnaires parlementaire trouve son fondement dans l'article 102, alinéa 1 du règlement intérieur de l'assemblée nationale qui dispose que : « *l'assemblée nationale jouit de l'autonomie administrative et financière. Ses services sont placés sous l'autorité du bureau et sous la responsabilité d'un secrétaire général, assisté de deux secrétaires généraux adjoints nommés par arrêté du bureau* ».

⁵⁸ Les droits de carrière des fonctionnaires parlementaires interviennent en application du droit que dispose chaque fonctionnaire à l'existence d'un dossier professionnel. Voir article 38 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale.

⁵⁹ Article 69, alinéa 1 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale.

⁶⁰ Article 68, alinéa 2 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale : « *La note estimée satisfaisante pour permettre l'avancement du fonctionnaire sera déterminée par arrêté du président de l'assemblée [...]* ».

⁶¹ Voir article 80 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale qui dispose : « *l'inscription au tableau d'avancement est subordonnée à un examen approfondi de la valeur professionnelle du fonctionnaire, notamment des notes obtenues par l'intéressé et des propositions motivées formulées par des autorités* ».

Par ailleurs, le rôle du secrétaire général dans la gestion des positions des fonctionnaires parlementaires n'est pas des moindre. Il leur accorde des congés, administratif, de maladie⁶², de maternité, les autorisations d'absence. Outre l'attribution des différents congés, le secrétaire général prononce également les détachements des fonctionnaires. C'est ce que dispose l'article 109, alinéa 1 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale : « *le détachement du fonctionnaire est prononcé par décision du secrétaire général de l'assemblée nationale sur demande du fonctionnaire intéressé et après avis favorable de l'organisme de détachement ; D'office sur proposition du ministre de tutelle de l'organisme de détachement après avis du secrétaire général de l'assemblée [...]* ». Il en est de même de la mise en disponibilité⁶³ et de la mise en stage.

En claire, malgré la faible incidence des décisions du secrétaire général dans la gestion des ressources humaines de l'assemblée nationale, celui-ci reste tout au moins le maître incontesté de la gestion courante des droits de carrière des fonctionnaires parlementaires.

Conclusion

En somme, l'autorité du secrétaire général dans l'administration de l'assemblée nationale au Cameroun est plus formelle que réelle. Les textes lui reconnaissent plus un rôle d'animation et de coordination, qu'un véritable pouvoir de décision. L'intervention des organes politiques dans la sphère décisionnelle de l'administration de l'assemblée nationale amoindrit considérablement le pouvoir du secrétaire général dans son administration, et lui confère à cet effet un rôle de second plan.

L'absence de liberté d'action du secrétaire général, la faible portion du champ d'intervention de celui-ci dans la gestion des ressources humaines de l'administration de l'assemblée nationale, la détention du pouvoir décisionnel par les organes politiques ainsi que des pesanteurs liés au défaut de contextualité des textes⁶⁴, constituent encore des écueils non moins considérables à l'essor de l'administration de l'assemblée nationale.

⁶² Article 66 de l'arrêté du bureau n°2015/038 du 22 Septembre 2015 portant statut général de la fonction publique du sénat.

⁶³ Article 122, alinéa 1 du statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale : « *La mise en disponibilité est prononcée par décision du secrétaire général de l'assemblée* ».

⁶⁴ Voir MOREAU (J.L) « Faut-il abroger le statut le statut général des fonctionnaires ? », AJDA, 20 septembre 1986, P.56

Cependant, quelques solutions peuvent être envisagées : D'abord, conviendrait-il de procéder à la contextualisation des textes datant des années 1970⁶⁵, à travers une révision systématique qui mettrait le secrétaire général de l'assemblée nationale au centre des grandes décisions de l'administration. Cela lui permettrait d'avoir une certaine liberté d'action, et de gérer l'administration avec plus d'objectivité. Ensuite, les organes politiques devraient être dessaisis de toute question administrative pour préserver la neutralité administrative. Ceci permettrait au secrétaire général de conduire une véritable politique de ressources humaines et être à l'abri des pressions politiques. Et enfin, le secrétaire général devrait être un député élu par ses pairs pour conduire toutes les affaires administratives de l'assemblée nationale. Cela lui conférerait sans doute la légitimité tant discutée. C'est en mettant en pratique de telles suggestions que l'administration de l'assemblée nationale Camerounaise prendrait à coup sûr, son envol, et que la fonction de secrétaire général retrouverait ses lettres de noblesse

⁶⁵ Certains textes régissant la fonction publique de l'assemblée nationale au Cameroun datent d'il y a plus de quarante ans aujourd'hui. C'est le cas de l'arrêté n°06/BAN/75 du 06 Juin 1975 portant statut général de la fonction publique de l'assemblée nationale, de l'arrêté du bureau n°19-B-AN 75 portant statut particulier des fonctionnaires du corps de l'administration générale etc.

La notion de gouvernance territoriale au Cameroun

Par :

Moussa PANA

Docteur/Ph. D en Droit Public

Université de Yaoundé II Soa (Cameroun)

Page | 57

Résumé :

« Une notion assez complexe et encore pas mal abstraite dans les faits », la notion de gouvernance territoriale fait question. Avant même de songer à en faire un objet d'étude, il faudrait parvenir à lui donner une existence, une consistance et même une signification. Depuis que la gouvernance territoriale est analysée, observée et discutée, la finalité de l'action gouvernementale ainsi constituée parvient à demeurer en retrait, comme effacée au Cameroun. Or, la notion de gouvernance territoriale permet d'analyser et de cerner les techniques de prise de décision citoyenne au sein d'une organisation et, in fine, de pérenniser la démocratie locale. La question centrale retenue pour cette étude est formulée ainsi qu'il suit : que faut-il entendre par gouvernance territoriale au Cameroun ? Sur la base du positivisme exégétique suivi des énoncés de politique juridique, cette question nous permet, de cerner la notion de gouvernance territoriale au Cameroun sous un double prisme : une technique de gestion à la fois axée sur des institutions locales et orientée vers la libre administration locale.

Mots-clés : Notion, gouvernance, territoriale, gouvernance territoriale au Cameroun.

Introduction

« La décentralisation constitue l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local »¹. Cet extrait de l'article 5 alinéa 2 du Code Général des CTD identifie la gouvernance territoriale, le développement local et la démocratie locale comme des notions indissociables.² La gouvernance territoriale³ est au cœur des réformes juridiques et institutionnelles en cours dans les pays africains tous ces derniers temps. C'est une technique d'organisation administrative qui consiste en un transfert par l'Etat aux collectivités territoriales, de compétences particulières et de moyens appropriés⁴. Pour cette raison, elle constitue l'axe fondamental de promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local⁵. La gouvernance territoriale quant à elle est une des techniques incontournables de la décentralisation et du développement local⁶. Elle est le vecteur qui oriente la décentralisation administrative et financière pour l'impulsion d'une véritable dynamique de développement économique local portée par les collectivités territoriales⁷. A partir de cet instant, la gouvernance territoriale apparaît comme une réorganisation de l'Etat en un système de coresponsabilité entre les institutions de gouvernance au niveau central, régional et local. Ce mode de gestion devrait s'articuler préférentiellement selon le principe de subsidiarité qui, selon lequel les pouvoirs de décision sont délégués le plus loin possible aux échelons inférieurs. Cette délégation de pouvoir a pour objectif la consolidation et l'affinement de la performance des entités infra

¹ Article 5 (2) de la loi du 24 décembre 2019, portant Code général des Collectivités territoriales décentralisées symbolisé dans le cas d'espèce par Code ou CGCTD. Ce Code se veut d'une portée générale car elle définit le cadre juridique général de la décentralisation territoriale ; le statut des élus locaux ; les règles d'organisation et de fonctionnement des collectivités territoriales ; le régime spécifique applicable à certaines Collectivités territoriales ; le régime financier des Collectivités territoriales.

² R. MBALLA OWONA, « L'évolution du contrôle de légalité de l'action des collectivités locales en Afrique noire subsaharienne », in SALAMI (I. D.), (dir.), l'effectivité de la décentralisation au Bénin, Les cahiers du centre de droit administratif et de l'Administration Territoriale « Ce DAT », numéro spécial, mai 2015, pp. 39.

³ La gouvernance territoriale est une notion fortement attrayante par rapport aux problèmes conjoncturels auxquels fait face le Cameroun. Elle peut être définie comme « un mode d'organisation administrative selon lequel l'Etat transfère des pouvoirs de décision à des organes locaux indépendants du pouvoir central, elle suppose la personnalité juridique, la notion d'affaires propres, généralement l'élection, ainsi que des moyens humains, techniques et financiers adaptés ». Les organes issus de la gouvernance territoriale sont soumis à un contrôle de tutelle de la part de l'Etat dont les modalités varient. Classiquement la gouvernance territoriale s'assimile à un certain niveau à la décentralisation territoriale, on distingue à cet effet la décentralisation territoriale (communes, régions) et la décentralisation technique ou par services (établissements publics). Ch. DEBBASH ; J. BOURDON ; J-M. PONTIER ; J-C. RICCI, *Lexique de Politique*, 13^{ème} édition, Dalloz, 2016, p.129.

⁴ Article 5 (1), Code Général des CTD

⁵ Article 5 (2) *Ibid.*

⁶ M. PANA, *La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale*, Thèse de doctorat Ph D en Droit Public, Université de Douala, 2020, p.27.

⁷ M. PANA, *La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale*, *Ibid.*

étatiques tout en augmentant leur autorité et leur capacité. La gouvernance territoriale nécessite une implication réelle de la population dans les décisions économiques, sociales et politiques contribuant à promouvoir, protéger et stimuler la décentralisation, la bonne gouvernance et le développement local⁸. Elle soutient la démocratie locale et la bonne gouvernance locale comme pilier de la décentralisation et participe par ricochet promouvoir la mobilisation des ressources et le développement local pour éradiquer la pauvreté⁹. L'expérience Camerounaise en matière de décentralisation n'est pas nouvelle, elle a été amorcée par la constitution du 04 mars 1960 qui consacrait les provinces et les communes comme des collectivités locales dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, s'administrant librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi¹⁰. Ensuite, suivra la Constitution du 18 janvier 1996 qui consacre la forme unitaire et décentralisée de l'Etat et mentionne à son article 55(2) que les collectivités territoriales décentralisées sont des personnes morales de droit public jouissant de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts locaux¹¹. Enfin, le 24 décembre 2019 le Président de la République promulgue la loi portant Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées¹². Il s'agit d'un texte salubre et à bien des égards opportuns, ne fut-ce que parce qu'il est consécutif au Grand Dialogue National¹³ tenu sur le territoire du 30 septembre au 04 octobre 2019. Ce texte se définit une portée globale puisqu'il régit « *le cadre juridique général de la décentralisation territoriale ; le statut des élus locaux ; les règles d'organisation et de fonctionnement des Collectivités Territoriales ; le régime spécifique applicable à certaines Collectivités Territoriales ; le régime financier des Collectivités Territoriales* »¹⁴. En dépit de l'abondante littérature dont elle fait l'objet, il apparaît que la notion de gouvernance territoriale

⁸⁸ Article 2 (a), (b), (c), Charte Africaine des Valeurs et Principes de la Décentralisation, de la Gouvernance Locale et du Développement Local.

⁹ Article 2 (d), (e), (f) Ibid.

¹⁰ M. PANA, La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale ; op.cit. p. 32.

¹¹ Article 55 (2), Loi fondamentale camerounaise du 18 janvier 1996, qui dédie tout son titre X à la décentralisation.

¹² Loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées (ci-après désigné CGCTD). Une chose est certaine : il s'agit de la codification, au moins au sens formel, du droit de la décentralisation au Cameroun. Il a donc vocation à déterminer et à régir l'ensemble des règles relatives à cette matière. La codification est d'ailleurs à droit constant et à droit nouveau.

¹³ Les autorités centrales ont finalement pris le relais en organisant un Grand Dialogue National dont les principales résolutions en matière de décentralisation ont été intégrées dans le nouveau code général des collectivités territoriales décentralisées. La création d'un statut spécial pour les deux régions anglophones du Cameroun apparaît clairement comme une réponse du gouvernement camerounais à la crise dite « anglophone ». De fait cette crise qui a commencé fin 2016, se caractérise à tout le moins par une crise de légitimité et une crise de gouvernance.

¹⁴ Article 1^{er} alinéa 2 du CGCTD

demeure peu élucidée en droit. La notion de gouvernance¹⁵ fait question. Elle est assez complexe et encore pas mal abstraite dans les faits, avant même de songer à en faire un objet d'étude, il faudrait parvenir à lui donner une légitimité¹⁶, une existence, une consistance ou encore une signification. Depuis que la gouvernance locale¹⁷ est observée, analysée, et discutée, la finalité de l'action gouvernementale ainsi constituée parvient à demeurer en retrait, entre parenthèse, comme effacée au Cameroun. La gouvernance territoriale¹⁸ ne saurait s'ancrer durablement dans le vécu quotidien des populations sans un aménagement juridique et logique qui promeut les valeurs et principes fondamentaux de la décentralisation. Il faut d'ors et déjà souligner comme toute recherche scientifique, il est nécessaire de mentionner quelques objectifs visés par ladite étude à savoir : d'abord promouvoir, protéger et stimuler la gouvernance territoriale, la démocratie locale et le développement local au Cameroun, ensuite renforcer la coordination, l'harmonisation, la coopération, l'association des gouvernements locaux aux niveaux local, national, régional et continental afin de guider l'élaboration, la mise en œuvre, le suivi et l'évaluation des politiques de décentralisation, de gouvernance locale et de développement local. La notion de gouvernance territoriale au Cameroun présente un intérêt attrayant. Au plan théorique, l'étude de la notion de gouvernance territoriale permet d'analyser le type et le degré des relations qu'entretiennent l'Etat du Cameroun et les collectivités territoriales dans un contexte marqué par des crises de légitimité et de gouvernance publique. Au plan pratique, l'étude de la notion de gouvernance territoriale permet également de faciliter la participation citoyenne à la prise de décisions locales et par ricochet de promouvoir le développement local qui est synonyme de l'amélioration des conditions d'existence des populations. Cependant, la spécificité du problème détecté impose de dépasser ce constat. Elle conduit à opter pour la question suivante : *que faut-il entendre par gouvernance territoriale au Cameroun ?* Cette préoccupation révèle par son intérêt la signification précise de la

¹⁵ Sur cette notion de gouvernance, lire : J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit » dans Mélanges Paul AMSELEK, Bruxelles, BRUYLANT, 2005, pp. 189-207.

¹⁶ Sur la question de légitimité, lire Jules DUCHASTEL, « légitimité démocratique : représentation ou participation ? », Ethique publique (online), vol. 7, n°1/2005, online since 12 november 2015, connection on 06 february 2020 ; lire aussi Camille SUTTER, « Comment mesurer la légitimité des institutions publiques ? Regards croisés sur l'économie », vol. 18, n°1/2016, pp. 99-103 ; elle estime que la légitimité se comprend à partir de la relation que le système politique entretient avec le corps social ; et dans sa perspective, si cette relation est bonne, la légitimité ne s'en trouve que renforcée.

¹⁷ J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit ... », p.4.

¹⁸ Les valeurs qui inspirent la gouvernance territoriale sont énumérées ainsi qu'il suit : la participation communautaire et l'exclusivité, la solidarité, le respect des droits de l'homme et des peuples, la diversité et la tolérance, la justice, l'égalité et l'équité, l'intégrité, la responsabilité civique et la citoyenneté, la transparence, et l'obligation de rendre compte, la réactivité.

notion de gouvernance territoriale lorsque le Cameroun se trouve confronté à l'épineux problème de légitimité et de gouvernance publique. En privilégiant la méthode juridique déclinée à travers l'interprétation des textes et le commentaire des décisions de justice, l'on peut apporter une réponse à cette problématique. L'hypothèse de base ici conduit à indiquer que la notion de gouvernance territoriale au Cameroun désigne une double réalité. Deux grandes articulations permettent de la justifier. La notion de gouvernance territoriale au Cameroun désigne au sens structurel, une technique de gestion axée sur des institutions locales (I), et au sens fonctionnel, une technique de gestion orientée vers la libre administration locale (II).

I- UNE TECHNIQUE DE GESTION AXEE SUR DES INSTITUTIONS LOCALES

Depuis la réforme constitutionnelle de 1996 qui consacre la décentralisation¹⁹, ajoutée à cela, la loi du 24 décembre 2019, les collectivités territoriales se sont vues accroître leur capacité en matière de développement.. Cette démarcation vis-à-vis de l'Etat se perçoit d'une part, par des institutions juridiquement créées (A), d'autre part, par des institutions aux compétences attribuées (B).

A- Des institutions juridiquement créées

Pour assurer la gestion des affaires courantes au niveau local, les collectivités territoriales ont besoin d'un personnel propre. En d'autres termes, l'appréhension formelle de la gouvernance territoriale au Cameroun rend compte des mécanismes de création des organes locaux autonomes (1), non sans spécifier les modalités de recrutement du personnel de ces organes (2).

1- Les mécanismes textuels de création des organes locaux autonomes

A l'analyse du droit positif camerounais, il en ressort que la création des organes locaux autonomes a investi toutes les strates de la formation de la règle de droit²⁰. Ceci veut dire que cette création s'est faite à tous les niveaux de la hiérarchie des normes Kelseniennes. Toute chose qui permet d'ordonner l'analyse en création constitutionnelle²¹ et en création infra constitutionnelle. S'agissant de la création constitutionnelle, le constituant camerounais consacre

¹⁹ Article 1^{er} alinéa 2 de la constitution du 18 janvier 1996 qui affirme que « le Cameroun est un Etat unitaire décentralisé », mais aussi il dédie tout son titre X à la décentralisation ; son article 55 alinéa 2 précise que « les CTD de la République sont les régions et les communes. Et tout autre type de CTD est créé par loi. Elles jouissent de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts régionaux et locaux. Elles s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi ».

²⁰ R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par les idées et les institutions par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, 5^{ème} édition, p. 168.

²¹ B-R. GUIMDO DONGMO, « Les bases constitutionnelles de la décentralisation au Cameroun, contribution à l'étude de l'émergence d'un droit constitutionnel des collectivités territoriales décentralisées », *Revue Générale de droit* 29(1), pp. 79-100.

aussi bien les organes municipaux que les organes régionaux. La création des organes municipaux est une vieille institution qui prend corps dans le paysage institutionnel camerounais avant les indépendances. Avant cette période indépendantiste, le Cameroun est sous tutelle anglaise et française de laquelle il doit la pratique de la gouvernance territoriale. C'est dans le Cameroun sous administration française que la Commune est créée pour la première fois par décret du 23 avril 1941. En 1955, intervient la loi du 18 novembre 1955 portant réorganisation municipale en Afrique noire francophone et en Madagascar. Mais les changements constitutionnels qui se sont enchaînés ont fait dissiper les bases constitutionnelles de la commune que ce soit la révision constitutionnelle de 1961²² ou l'établissement de la nouvelle constitution du 02 juin 1972. Il faut attendre la réforme constitutionnelle de 1996 pour voir la restauration des fondements constitutionnels de la commune²³. Le constituant de 1996 la cite comme l'une des collectivités territoriales décentralisées. La création des organes régionaux est l'une des innovations de la réforme constitutionnelle de 1996. En effet, en plus de la commune qui a toujours existé, le constituant camerounais consacre la région comme seconde collectivité territoriale décentralisée²⁴. Cependant, en analysant le droit positif camerounais dans une approche diachronique, on se rend compte que c'est la province qui renaît sous le visage de région, puisque dans la constitution du 04 mars 1960, elle constituait déjà avec la commune les deux collectivités locales. C'est dans cette perspective que le constituant de 1996 a érigé les dix provinces existantes en dix régions. Au-delà de la simple création, la région est la collectivité locale aux bases constitutionnelles résolument consistante à tel enseigne que la loi d'aménagement devient une simple norme-reflet. En effet, la norme constitutionnelle a fixé le statut et la composition de la région. Le Président du Conseil Régional est l'Exécutif de la Région. A ce titre, il est l'interlocuteur du représentant de l'Etat. Il est assisté par un bureau régional élu en même temps que lui au sein du Conseil. Le bureau régional doit refléter la composition sociologique de la région. Quant au conseil régional, c'est l'organe délibérant de la région. Il est composé des délégués de départements élus au suffrage universel indirect et les représentants du commandement traditionnel élus par leurs pairs. Relativement à la création infra constitutionnelle, l'apport du législateur et du pouvoir réglementaire sont à souligner. Pour les règles applicables aux communes, « *la commune est la collectivité territoriale*

²² Loi n°61/24 du 1^{er} septembre 1961 portant révision constitutionnelle.

²³ Article 1^{er} alinéa 2, Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

²⁴ Article 55 alinéa 6 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

de base²⁵. Elle a une mission générale de développement local et d'amélioration du cadre et des conditions de vie de ses habitants »²⁶. La commune reste ainsi créée par décret du Président de la République, lequel en fixe la dénomination, le ressort territorial et le chef-lieu²⁷. Pour le législateur, cette création cible les syndicats de communes²⁸ et les communautés urbaines²⁹. Il faut d'ors et déjà souligner qu'au Cameroun, les syndicats de communes voient le jour à l'issue de la loi de 1947 sur l'organisation communale, avant d'être repris par la loi du 24 décembre 2019 portant Code Général des CTD. Les syndicats de communes sont créés par une convention signée par des maires des communes concernées. On trouve par-là que son mode de création est tout à fait différent à ce qui se faisait dans la loi de 1974. Si la loi camerounaise de 1974 ne fixe pas la durée d'un syndicat de commune, le code général des CTD du 24 décembre 2019 en fixe la durée. Pour ce qui est de son organisation, elle est calquée sur celle de la commune. Il est de ce fait, constitué d'un conseil syndical et d'un président du syndicat. Le conseil syndical est l'organe délibérant du syndicat de communes. Le conseil syndical apparait ainsi comme une affaire des élus locaux. Les communautés urbaines créées par la loi ont quant à elles une compétence générale. La communauté urbaine est une collectivité territoriale décentralisée dont le législateur a entendu la marquer du sceau des particularités. Les communautés urbaines ont été créées pour la première fois par la loi n°87/15 du 15 juillet 1987. Avec la réforme constitutionnelle de 1996, elles ont été réaffirmées par la loi fixant les règles applicables aux communes.

Pour le pouvoir règlementaire, il participe à la création des collectivités nommément désignées et non des catégories des collectivités locales qui relèvent du domaine de la loi. C'est au Président de la République qu'a été dévolue la prérogative de création tant des organes locaux classiques que des organes locaux spécifiques. Les organes locaux classiques sont les communes et les régions. Pour ce qui est de la commune, le législateur prévoit qu'elle est créée par décret du Président de la République³⁰. Le décret de nomination en fixe la dénomination, le ressort territorial et le chef-lieu³¹. Le changement de dénomination, du chef-lieu ou du ressort territorial d'une commune s'opère par décret du Président de la République. Relativement aux régions, c'est le

²⁵ Article 147 du CGCTD.

²⁶ Article 147 du CGCTD, *ibid*.

²⁷ Article 148 alinéa 1 du CGCTD.

²⁸ Article 104 alinéa 1 et 2 du CGCTD.

²⁹ Article 240 alinéa 1, 2, 3 et 4 du CGCTD.

³⁰ Article 148 alinéa 2 du CGCTD.

³¹ Article 148 alinéa 1 du CGCTD.

constituant de 1996 qui a expressément conféré la compétence au Président de la République pour leur création. Il dispose dans ce sens que « *le Président de la République peut, en tant que de besoins : -modifier les dénominations et les délimitations géographiques des Régions énumérées à l'alinéa (1) ci-dessous ; -créer d'autres Régions. Dans ce cas, il leur attribue une dénomination et fixe leurs délimitations géographiques* »³². Ces prérogatives s'étendent également au niveau des communautés urbaines qui sont des collectivités locales à régime spécifique. Les organes locaux à régime spécifique sont les communautés urbaines en raison de la désignation non démocratique de ses membres et de sa constitution. Relativement à leur constitution, force est de constater qu'elles émanent de la réunion d'au moins deux communes. Et la décision d'une telle réunion est du ressort du Président de la République. Le législateur le précise d'ailleurs en ces termes : « *le Président de la République peut par décret soumettre aux dispositions du présent titre toute commune en raison de son importance et de son niveau de développement* »³³.

2- Le particularisme démocratique dans le recrutement du personnel

Le personnel des collectivités territoriales décentralisées est recruté soit par la voie démocratique en ce qui concerne leurs dirigeants, soit par la voie non démocratique pour les autres agents publics locaux. S'agissant du recrutement par voie démocratique, il ressort des propos de Jean Christophe DEBERRE que « *la population, et donc le citoyen est au centre du processus de décentralisation. Une démarche décentralisatrice purement juridique et administrative, ne pourrait prétendre produire le développement local* »³⁴.

Relativement à la désignation des organes délibérants locaux, il s'agit d'analyser l'élection des conseillers municipaux et celle des conseillers régionaux. Pour les conseillers municipaux, ces derniers sont élus par le peuple au scrutin mixte comportant un système majoritaire et un système de représentation proportionnelle. Cela signifie que les populations élisent les différentes listes en choisissant celles qui leur conviennent. Tout comme la loi n°92/002 du 14 août 1992 fixant les conditions d'élection des conseillers municipaux, la loi du 24 décembre 2019 fixe les règles applicables aux communes. Pour ce qui est des modalités de l'élection des conseillers municipaux, il faut se référer aux dispositions du nouveau code électoral de 2012. En effet, les conseillers municipaux sont élus pour cinq (5) ans au suffrage direct et secret. L'élection a lieu au plus tard

³² Article 61 de la Constitution de 1996.

³³ Article 148 alinéa 3 du CGCTD.

³⁴ J-C. DEBERRE, « Décentralisation et développement local au Cameroun », *RASJ*, 2012, p. 35.

vingt (20) jours avant l'expiration du mandat des conseillers municipaux. L'élection des conseillers municipaux a lieu au scrutin de liste, sans vote préférentiel ni panachage. Chaque commune constitue une circonscription électorale. La constitution de chaque liste doit tenir compte : des différentes composantes sociologiques de la commune concernée et du genre. L'élection des conseillers régionaux ne procède pas de mêmes modalités. Pour les conseillers régionaux, ils se composent des délégués des départements et les représentants du commandement traditionnel³⁵. Cette dualité de la constitution du conseil régional entraîne une dualité du régime électoral distinguant le collège électoral et le mode de scrutin de chacune des composantes du conseil régional. En effet, les délégués des départements sont élus par un collège électoral composé des conseillers municipaux. En outre, les représentants des départements sont élus au scrutin de liste mixte à un tour comportant un système majoritaire et un système de représentation proportionnelle. Les représentants du commandement traditionnel sont élus au scrutin de liste majoritaire à un tour³⁶. Parallèlement à la désignation des organes exécutifs locaux, il faut souligner que les maires et les présidents des conseils régionaux et leurs adjoints constituent respectivement les exécutifs des communes et des régions. L'élection des maires et de ses adjoints a eu lieu au cours de la première session du conseil municipal convoquée par le représentant de l'Etat, le deuxième mardi suivant la date de la proclamation des résultats des élections des conseillers municipaux. A cet effet, il est procédé d'abord du maire avant celle de ses adjoints. Ainsi, le maire est élu au scrutin uninominal majoritaire à deux tours. L'élection est acquise au 1^{er} tour à la majorité absolue des suffrages exprimés. Les populations dans ce cas choisissent au moyen d'une liste les nouveaux dirigeants capables d'exercer les compétences transférées. A ce titre, le maire apparaît comme le patron de la commune. Albert MABILEAU parle de la présidentialisation du pouvoir des maires³⁷ lorsqu'il place le maire comme celui-là dont la responsabilité est la protection des populations locales. C'est à ce titre qu'il souligne que « *l'élu doit rester un individu comme les autres puisqu'il représente ses populations, ses fonctions sont bénévoles puisqu'il est motivé par le bien public et son dévouement légitimé par la vertu civique et le service de la République* »³⁸. L'élection du président et du bureau régional se fait au sein du conseil régional au cours de sa première session. Le Président du conseil régional est une

³⁵ Article 275 alinéa 3 du CGCTD.

³⁶ *Idem.*

³⁷ A. MABILEAU, « L'élu local : nouveau professionnel de la République », *op.cit.*, p. 67.

³⁸ *Idem.*

personnalité autochtone de la région³⁹. L'élection se fait au scrutin secret et à la majorité absolue des membres du conseil régional. Lorsque, suite à deux tours de scrutin, aucun candidat n'a obtenu la majorité absolue, il est procédé à un 3^{ème} tour de scrutin et l'élection a lieu à la majorité relative. En cas d'égalité de suffrages, le plus âgé des candidats est déclaré élu⁴⁰. Le président élu doit être une personnalité autochtone de la région. Cet élu du conseil régional doit procéder à l'élection de la suite des autres membres de la région⁴¹. Cependant, l'élection n'est pas le seul procédé de recrutement du personnel des organes locaux, la nomination a une place de choix. Concernant le recrutement par voie non démocratique, il s'effectue soit par voie de nomination⁴², soit par voie du recrutement sur titre⁴³. Pour le cas de nomination, il s'agit du cas patent de la nomination de l'exécutif des communautés urbaines, sans oublier celle des agents administratifs locaux. Les communautés urbaines sont une catégorie spécifique des CTD créée par la loi. L'une de leur spécificité réside dans le mode de désignation de leur exécutif. Celui-ci est constitué d'un délégué du gouvernement et des adjoints. Tous sont nommés par un acte administratif du Président de la République⁴⁴. Le premier l'est par décret⁴⁵ et les seconds par arrêté⁴⁶. Cette inflexion à la gouvernance territoriale se laisse entrevoir dans la désignation des agents administratifs locaux. La nomination des agents administratifs locaux reste celle du secrétaire général de la commune et de la région. Pour la commune, le secrétaire général du maire est le principal animateur des services de l'administration municipale⁴⁷. Il bénéficie à cet effet des délégations de signature pour l'accomplissement de ses missions. Il est nommé et démis de ses fonctions par le Ministre de la décentralisation et du développement local. Le secrétaire général assiste aux réunions de l'exécutif communal dont il assure le secrétariat. Au plan régional, c'est le Président de la République qui nomme aux fonctions de secrétaire général de la région, sur proposition du Ministre de la décentralisation et du développement local. Il met fin aux dites fonctions. Le secrétaire général de

³⁹ Article 307 alinéa 2 du CGCTD.

⁴⁰ Article 307 alinéa 5, *ibid.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² M. PANA, La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale, thèse de doctorat ph. D en droit Université de Douala, 2020, p.49.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ L. NGONO TSIMI, *L'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales décentralisées : l'exemple du Cameroun*, thèse de doctorat, Université Paris-Est Créteil Val de Marne, 2010, p. 288.

la région anime les services de l'administration régionale sous l'autorité du président du conseil régional.

S'agissant du recrutement sur titre de certains agents publics locaux, il s'agit d'analyser le cas des contractuels communaux et celui des receveurs municipaux. Pour les contractuels communaux, il faut faire allusion aux personnels nommés aux emplois permanents et aux personnels divers. L'administration communale est caractérisée par l'absence de textes organisant les services communaux. Dans le cas d'espèce, il s'agit de rechercher la compétence et l'expertise nécessaires pour ce poste de contractuels communaux. Pour la nomination des receveurs municipaux⁴⁸ qui sont des comptables publics, ils sont soumis aux règles de discipline, de tenue de comptes et de comptabilité, de recouvrement des recettes, de paiement des dépenses et de responsabilités applicables aux comptables du Trésor. Les Receveurs Municipaux sont nommés par arrêté conjoint du ministre de la décentralisation et du développement local et du ministère des Finances.

B- Des institutions aux compétences transférées

Le principe de la libre administration a été inscrit pour la première fois dans la constitution du 04 mars 1960⁴⁹, réaffirmé par celle du 18 janvier 1996⁵⁰ et consolidé par la loi du 24 décembre 2019 portant Code Général des CTD⁵¹. Cette attribution des compétences aux CTD peut être appréciée aussi bien dans ses techniques (1) que dans son étendue (2).

1- Les techniques d'attribution de compétences

Les techniques d'attribution s'articulent autour de la verticalité et de l'horizontalité. S'agissant de la verticalité de l'attribution, elle s'exprime par ses fondements juridiques et ses principes. D'une part, les fondements juridiques de la verticalité s'articulent autour de la constitution et de la loi. Le constituant de 1996 a fait de la décentralisation la marque essentielle de son œuvre. Il affiche d'emblée cette ambition en l'incorporant dans la forme de l'Etat en ces termes : « *La République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisé* »⁵². Et on retrouve les grands principes de cette décentralisation au niveau du titre dix de ce texte constitutionnel. En effet, le constituant commence par consacrer le principe de la libre administration des collectivités territoriales en affirmant leur personnalité juridique et leur autonomie administrative et financière vis-à-vis de

⁴⁸ Article 5 du décret n°94/232 du 05 décembre 1994 précisant le statut et les attributions des receveurs municipaux.

⁴⁹ Article 46 de la constitution du 04 mars 1960.

⁵⁰ Article 55 alinéa 2 de la constitution du 18 janvier 1996.

⁵¹ Article 6alinéa 1 et 2 du CGCTD.

⁵² Article 1 alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996.

l'Etat. Mais, de manière plus expresse, le texte constitutionnel prévoit que « *L'Etat transfère aux régions, dans les conditions fixées par la loi, les compétences dans les matières nécessaires à leur développement économique, social, sanitaire, éducatif, culturel et sportif ; (2) la loi détermine : le partage des compétences entre l'Etat et les régions dans les matières ainsi transférées ; les ressources des régions ; le domaine et le patrimoine particulier de la région* »⁵³. Le législateur camerounais fait de l'attribution des compétences aux CTD une base législative et réglementaire. Le législateur entreprend l'aménagement de la décentralisation dans le Code Général des CTD quand il définit la décentralisation comme « *un transfert par l'Etat, aux CTD de compétences particulières et de moyens appropriés* »⁵⁴. Par la suite, il fixe les grands principes qui encadrent l'attribution de compétences en l'occurrence les principes de subsidiarité, de progressivité et de complémentarité sur lesquels nous reviendrons. En outre, le transfert de compétences aux CTD implique l'octroi de moyens humains et matériels par l'Etat pour l'exercice optimal de celles-ci. Le pouvoir réglementaire illustre quant à lui la phase pratique du transfert de compétences. En ce qui concerne les fondements réglementaires de l'attribution de compétences aux CTD, il faut qu'il rende compte de l'application des dispositions législatives en matière de transfert de compétences. A cet égard, plusieurs décrets du premier ministre ont fixé les modalités d'exercice des compétences transférées par l'Etat aux communes. Il en est ainsi du décret fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'Etat aux communes en matière de création et d'entretien des routes rurales non classées ainsi que la construction et la gestion des lacs de franchissement⁵⁵. On peut encore relever le texte réglementaire qui fixe les modalités d'exercice de compétences en matière de construction d'équipement et de gestion des centres⁵⁶ et aussi en matière d'éducation⁵⁷ entre autres. D'autre part, les principes de la verticalité ont été posés pour rationaliser la verticalité de l'attribution de compétences entre l'Etat et les CTD. L'Etat veille au développement harmonieux de toutes les collectivités territoriales décentralisées⁵⁸. L'action de l'Etat et celles des collectivités locales doivent se dérouler en symbiose et dans l'harmonie. C'est à

⁵³ *Ibid.*, Article 56 alinéa 1.

⁵⁴ Article 5 alinéa 1 du CGCTD.

⁵⁵ Décret n°2010/0240/PM du 26 février 2010 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'Etat aux communes en matière de création et d'entretien des routes rurales non classées ainsi que la construction et la gestion des bacs de franchissement.

⁵⁶ Décret n°2011/02000/PM du 15 janvier 2011 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'Etat aux communes en matière de construction, d'équipement et de gestion des centres

⁵⁷ Décret n°2010/0247/PM du 26 février 2010 fixant les modalités d'exercice de certaines compétences transférées par l'Etat aux communes en matière d'éducation de base.

⁵⁸ Article 17 du CGCTD.

ce titre que l'État se réserve toujours le droit d'intervenir dans le domaine des compétences transférées. Ce principe est davantage observé dans la gestion des affaires communales qu'effectue l'arrondissement, circonscription administrative départementale. L'arrondissement est le représentant de l'État au niveau local, c'est en effet une gestion centrale des affaires locales à en croire le décret n°2008/377 du 12 novembre 2008 qui donne compétence à l'arrondissement d'intervenir dans les mêmes affaires transférées à la commune, avec qui, il partage d'ailleurs le même cadre territorial. La déconcentration et la décentralisation se trouvent ainsi indissolublement liées, les services déconcentrés de l'État se retrouvent être tout à la fois les garants, les animateurs, et les régulateurs de la décentralisation auprès des politiques locales⁵⁹. Il s'agit en réalité de réussir la décentralisation par une déconcentration pertinente. L'omniprésence de l'État au niveau local n'empêche cependant pas à la collectivité décentralisée de se mouvoir dans son développement, et ne devrait pas être perçue comme une tentative de nuire à l'épanouissement de la commune même si cela est source de chevauchement de compétences. D'ailleurs, la responsabilité de la commune est dégagée lorsque le représentant de l'État s'est substitué au chef de l'exécutif communal dans les conditions fixées par la loi. Mr. NACH MBACK ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que le principe de non exclusivité exclut toute distinction claire entre les compétences dévolues aux collectivités locales et celles conservées par l'État. Il n'y a donc pas un partage effectif des compétences dans ces conditions. Le CGCTD précise que le transfert de compétences obéit aux principes de subsidiarité, de progressivité et de complémentarité. La subsidiarité suppose selon les propos du Professeur OWONA Joseph : « l'édiction d'un droit régional ou municipal dans l'intérêt du citoyen, du développement des intérêts régionaux et locaux »⁶⁰, et la complémentarité suppose : « la conjonction équitable des actions de l'État, des régions et des communes »⁶¹. L'article 4-3 de la charte européenne de l'autonomie locale dispose que « l'exercice des responsabilités publique doit, de façon générale, incomber, de préférence aux autorités les plus proches du citoyen. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'autonomie »⁶². Ainsi donc, le principe de subsidiarité est une sorte d'exigence de recherche de l'efficacité dans l'action publique, il invite les États à construire des actions visant à la satisfaction des besoins collectifs vers le niveau le plus

⁵⁹ M. PANA, La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie, *ibid.*, p. 85.

⁶⁰ J. OWONA, La décentralisation camerounaise, *op. cit.*, p.50.

⁶¹ J. OWONA, *idem.*

⁶² J. OWONA, *ibid.* p. 32.

proche du citoyen et à s'interroger sur l'opportunité de recourir au centre pour l'exercice de telles actions. L'application du principe de subsidiarité constitue une matérialisation importante de l'économie locale. Le principe de complémentarité pour sa part a trait aux rapports mutuels que doivent entretenir l'État et les collectivités territoriales d'une part, et les collectivités territoriales entre elles d'autre part. C'est un principe qui commande une démarche volontaire et concertée des politiques publiques. L'opérationnalité du principe de complémentarité doit donc s'appréhender sous l'angle d'une forte coopération verticale et horizontale et se traduire par la contractualisation des politiques publiques. La loi du 24 décembre 2019 donne la possibilité aux communes d'établir des partenariats non seulement avec l'État, mais aussi avec d'autres collectivités territoriales. L'on peut mentionner à cet égard que : « *Les collectivités territoriales décentralisées peuvent en tant que de besoin s'associer sous forme contractuelle pour la réalisation d'objectifs ou de projets d'utilité publique, avec l'État, avec une ou plusieurs personne(s) morale(s) de droit public créée(s) sous l'autorité ou moyennant la participation de l'État ; avec un ou plusieurs organisme(s) de la société civile* »⁶³. Toutefois, la réalisation des objectifs des collectivités locales doit se faire dans, le cadre de la répartition horizontale de leurs compétences. La répartition de compétences de manière horizontale se fait entre collectivités locales en l'occurrence entre les communes et les régions. Le législateur est assez précis sur la question lorsqu'il dispose que : « *Le transfert et la répartition des compétences entre les collectivités territoriales s'effectuent en distinguant celles qui sont dévolues aux régions, et celles dévolues aux communes* »⁶⁴. Ainsi, cette répartition horizontale de compétence impose un double constat à savoir, l'inexistence de la tutelle entre les collectivités locales, d'une part et d'autre part l'existence de la cohabitation décentralisée. Depuis l'œuvre constituante de 1996, il est créé dans l'ordonnancement institutionnel, deux principales collectivités territoriales décentralisées en l'occurrence, la région et la commune. Le législateur a rajouté les communautés urbaines et les syndicats de commune. Faisant partie de la même catégorie juridique des personnes publiques, il n'a pas été établi des rapports de domination ou de tutelle entre elles. D'ailleurs le législateur est clair lorsqu'il prévoit que : « *Le transfert de compétences prévu par la présente loi ne peut autoriser ne collectivité territoriale à établir ou à exercer une tutelle sur une autre* »⁶⁵. De ces dispositions, il ressort que le transfert de compétences

⁶³ Article 97 alinéa 1 du CGCTD.

⁶⁴ Article 19 du CGCTD.

⁶⁵ Article 20 alinéa 2 du CGCTD.

aux collectivités locales peut laisser transparaître une supériorité en termes de compétences. C'est le cas des Régions sur les communes, qui à l'observation des matières à elles transférées sont mieux pourvues que les communes que ce soit dans le domaine sportif, culturel, éducatif, économique, social et sanitaire. Surtout que les régions ont une compétence territoriale plus importante que les communes, car les premières couvrent toute une région alors que les secondes couvrent un arrondissement. Mais, le législateur est formel ce régime de transfert de compétence ne saurait entraîner une tutelle quelconque⁶⁶. Cette interdiction législative se justifie par l'autonomie administrative et financière dont jouissent les collectivités locales entre elles⁶⁷. L'absence de tutelle entre collectivités locales ne peut qu'entraîner comme rapport la collaboration. Celle-ci peut se faire dans le cadre de la création d'une personne morale de droit public ou alors dans le cadre d'une réelle coopération décentralisée. En fait les collectivités locales peuvent cohabiter dans le cadre d'une institution qui défend leurs intérêts communs.

2- L'étendue d'attribution de compétences

L'attribution de compétences aux collectivités territoriales décentralisées est indispensable pour parler d'une véritable gouvernance territoriale. À cet égard au-delà de la clause générale de compétence, le législateur a procédé à la détermination des domaines de compétences des collectivités locales. Cependant, il faut noter que ce n'est pas tous les domaines qui ont été concédés. Les compétences régaliennes doivent être exclues de l'attribution des compétences propres des CTD. En droit de la décentralisation, « *le transfert de compétences est affranchi de toutes sujétions que pourrait imposer l'État aux collectivités locales dans leur domaine propre* »⁶⁸. Cela justifie sans doute le choix fait par l'État central de rendre certaines compétences intransférables aux collectivités locales. Il s'agit de ces compétences-là qui fondent sa souveraineté, on pense entre autres de ces compétences en matière de défense, de justice, de diplomatie, de monnaie. Loin de constituer ainsi l'un des aspects majeurs de l'autonomie⁶⁹ reconnue aux collectivités locales, le transfert de compétence au Cameroun n'est pas total. Une telle exclusion se justifie⁷⁰ par plusieurs raisons, et se fait dans des domaines bien précis. L'article

⁶⁶ L. NGONO TSIMI, *ibid.*, p.287.

⁶⁷ L. NGONO TSIMI, *idem.*

⁶⁸ C. NGONG, « L'arrondissement en droit public camerounais », mémoire de master en droit public, Université de Yaoundé II SOA, 2014-2015, p. 86.

⁶⁹R-G. NLEP, *L'administration publique camerounaise : contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Tome : XLI, Paris, LGDJ, 1986, p. 93.

⁷⁰ Article 1^{er} de la loi portant organisation communale.

1er al.3 de la loi de 1974 spécifiait clairement que « *La commune gère les affaires locales* ». Il y a donc ici une exclusion des activités nationales, du champ de la commune. En effet, l'étendue et l'ampleur d'une activité donnée, quand bien même celle-ci s'exercerait sur le territoire de la commune entraient souvent sa prise en charge directe par l'État⁷¹. Le Pr. M. VERPEAUX pense que « *si la république, et plus globalement l'État, sont indivisibles, c'est parce que la souveraineté, qui fonde cet État, est elle-même indivisible* ». ⁷² L'article 1^{er} du titre III de la constitution française de 1791 affirmait déjà : « *la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice* »⁷³. Cette unité et indivisibilité rejaillissent sur l'État et sur le pouvoir qui l'incarne. L'État du Cameroun s'est longtemps affirmé comme un État unitaire très souvent qualifié à la fois de jacobine comme « *un et indivisible* ». Les textes constitutionnels ont inlassablement repris cette affirmation. La loi n°59/56 du 31 octobre 1959 déclare : « *le Cameroun est une république indépendante une et indivisible* », la constitution du 04 mars 1960 en son article 1^{er} : énonce : « *le Cameroun est une république une et indivisible...* »⁷⁴. Pour la constitution du 2 juin 1972, en son article 1^{er}, « *La république fédérale du Cameroun formée de l'État du Cameroun oriental et de l'État du Cameroun occidental devient par la présente constitution un État unitaire sous la dénomination de la république unie du Cameroun, la république unie du Cameroun est une et indivisible* »⁷⁵. Après la révision constitutionnelle du 18 janvier 1996, la constitution innove véritablement en affirmant que la république du Cameroun est un État unitaire décentralisé, elle est une et indivisible, laïque, démocratique et sociale. C'est donc à juste raison que la loi pénale punit la sécession car, « *est puni de l'emprisonnement à vie celui qui en temps de paix, entreprend par quelque moyen que ce soit de porter atteinte à l'intégrité du territoire* »⁷⁶. L'intransférabilité des compétences de nature régaliennes par l'État aux communes a pour objectifs de renforcer la prise des décisions au niveau de l'administration centrale. Dans une tribune intitulée « *les français et la décentralisation* »⁷⁷, Roland DRAGO écrivait : « *la décentralisation est un aspect essentiel à la réforme de l'État. Le transfert à des instances locales élues d'un certain nombre de compétences*

⁷¹ R-G. NLEP, *ibid.*, p.88.

⁷² M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2005, p. 94.

⁷³ Article 1^{er} titre III de la constitution française de 1791.

⁷⁴ Article 2, Constitution du 02 juin 1972.

⁷⁵ Article 1^{er}, *ibid.*

⁷⁶ Article 11 du code pénal.

⁷⁷ R. DRAGO, « Les français et la décentralisation », *Revue administrative*, n°331, janvier 2013, p. 49.

gouvernementales doit pouvoir atténuer la complexité et la puissance du système bureaucratique, raccourcir les circuits de décisions, augmenter les contacts directs avec les citoyens, en un mot, simplifier, dans des domaines importants, la vie administrative »⁷⁸. Si l'idée émise par l'auteur est sans aucune objection, il reste que le centre se réserve le droit de gérer seul des compétences régaliennes. C'est pourquoi, on constate que les compétences sont transférées aux collectivités locales concernent uniquement les domaines suivants : le développement économique, l'environnement et la gestion des ressources naturelles, la planification, l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'habitat, le développement sanitaire et social, éducatif, culturel et sportif. Selon le Professeur WALINE (M), « la décentralisation consiste précisément à diminuer les pouvoirs de décisions du centre ou de ses agents en certaines matières pour les transporter aux intérêts locaux ou intérêts spéciaux »⁷⁹. L'État en dépit de ce choix se garde l'exclusivité lorsqu'il s'agit de prendre des décisions dans le champ de compétences régaliennes. Cela se comprend, car « l'histoire du Cameroun est fortement marqué du sceau de la centralisation pour des raisons liées à la colonisation et à l'héritage y afférent »⁸⁰. Les transferts de compétences ne peuvent avoir lieu qu'après avoir opéré une répartition des compétences entre l'État et les différents niveaux de collectivité territoriale⁸¹. Concernant le monopole de l'État dans les domaines stratégiques, il serait possible d'opposer les compétences régaliennes aux compétences locales qui définiraient les domaines d'intervention propres aux collectivités territoriales locales⁸². Les compétences régaliennes ne sont et ne peuvent être que celles que se reconnaît un État à un moment donné par l'intermédiaire de ses dirigeants⁸³. Il s'agit d'une notion évolutive car une compétence qui a été reconnue comme régalienne à un moment donné est susceptible de variation. Mais la possibilité d'effectuer des transferts de compétences se heurte parfois à des objectifs techniques et politiques. Sur le plan technique, il apparaît que seul l'État maîtrise pleinement la capacité à agir que n'ont pas les collectivités territoriales décentralisées. Il semble donc que certains transferts sont bien impossibles à réaliser. Pour le Professeur OWONA Joseph, la décentralisation au Cameroun veut dire développement par le transfert de compétences à la région et à la commune.

⁷⁸ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 5^{ème} édition, p. 81.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ J. WANDJI, « La décentralisation du pouvoir au Cameroun : entre rupture et continuité, réflexion sur les réformes engagées entre 1996 et 2009 », *CAFRAD*, n°76, 2011, p. 6.

⁸¹ B. MEUNIER, *Les règles relatives aux transferts de compétences entre les collectivités publiques*, op. cit., p.26.

⁸² B. MEUNIER, *Les règles relatives aux transferts de compétences entre les collectivités publiques*, op. cit., p. 10.

⁸³ *Ibid.* p. 11.

L'essentiel des principes qui président au transfert de compétences vise à un développement harmonieux, associatif et coordonné. Ce transfert bénéficie aux régions comme aux communes et porte sur plusieurs domaines.

II- UNE TECHNIQUE DE GESTION ORIENTEE VERS LA LIBRE ADMINISTRATION LOCALE Page | 74

Au-delà de la création d'organes locaux autonomes conjugués au transfert de compétences, il faut une réelle autonomie. Ainsi, la dimension matérielle de la gouvernance territoriale doit s'entendre sous le double prisme de la liberté de gestion administrative (A) et financière (B)⁸⁴.

A- L'autonomie administrative locale

« Les collectivités territoriales sont des personnes morales de droit public. Elles jouissent de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts régionaux et locaux. Elles s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi »⁸⁵. On peut donc conclure que « la libre administration est devenue une liberté constitutionnellement garantie, au même titre que d'autres libertés »⁸⁶. Ce faisant, il convient de mettre en exergue d'une part les critères généraux (1) et d'autre part les critères spécifiques (2) de l'identification du principe de la libre administration locale.

1- Les critères généraux d'identification du principe de la libre administration locale

Pour pouvoir parler de la libre administration locale, la doctrine relève classiquement l'existence d'attributions effectives qui renvoie au transfert de compétences et l'autonomie financière. Il convient d'analyser tour à tour le critère de la qualité de personne morale de droit public des collectivités territoriales et l'existence de l'autonomie administrative et financière. Le concept de personne morale est, sans doute, l'un des concepts les plus fascinants que le droit connaisse. L'expression est désormais passée dans la terminologie juridique moderne. Les juristes contemporains considèrent que la théorie de la personnalité morale leur permet d'expliquer certaines nécessités de la vie juridique, qu'elle est « une construction qui rend des services en expliquant certains phénomènes de la vie du Elle consacre l'existence des sujets de droit qui ne sont pas des personnes humaines plutôt artificielles Elle est donc construite par la science du droit et consiste à conférer à un groupement la permanence et l'unité droit »⁸⁷. Appliqué à la

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Article 55 alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996.

⁸⁶ P. GONOD, F. MELLERAY, F. YOLKA, *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, 2011, p. 308.

⁸⁷ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, *Droit administratif*, Paris, Armand colin, 4^{ème} édition, p. 239.

décentralisation territoriale, l'octroi de la personnalité juridique à un groupement traduit pour l'État la ferme volonté de lui procurer certains privilèges. Si l'autonomie administrative et financière figure en bon rang comme le privilège ou l'attribut fondamental concédé au nouveau sujet de droit, elle ne constitue cependant pas un acquis, le droit administratif s'accommodant mal à l'idée d'une compétence attributive qui ne soit formellement exprimée par un texte. La personnalité morale publique a pendant longtemps été le prestige de l'État jusqu'au moment où se fit ressentir la nécessité d'étendre cette propriété à d'autres structures administratives créées et organisées par lui. C'est ainsi qu'on vit naître d'abord des collectivités territoriales décentralisées. Concrètement, le processus d'attribution des privilèges émanant de l'administration dépend au préalable de sa reconnaissance à l'égard de la collectivité concernée, de la qualité de personne morale. En effet, « *de nombreuses activités prises en charge par l'administration nécessitent une grande souplesse de fonctionnement, la séparation organique au moyen de la personnalité juridique est apparue comme le moyen d'échapper à la rigidité et à la lourdeur des processus de décision* »⁸⁸. Ainsi, les collectivités territoriales sont dotées de la personnalité morale. Cette qualité permet de leur garantir une identité institutionnelle plus marquée. Elle apparaît comme un procédé particulier d'organisation des structures. Conférer aux collectivités territoriales décentralisées une personnalité juridique, c'est leur donner une volonté un libre arbitre dans le choix de leurs politiques publiques. La personne morale constitue, comme toute personne physique, un centre d'intérêts avec des droits propres, un patrimoine, des moyens financiers, des obligations aussi. Toute chose qui est en adéquation avec le principe de la libre administration consacré par le constituant camerounais de 1996. Les collectivités territoriales sont donc dotées de personnalité morale, c'est-à-dire « *qu'il correspond à un centre d'intérêts individualisés* »⁸⁹. Il est une personne morale de droit public, un simple procédé de la technique juridique qui permet de le considérer comme titulaire de droits et d'obligations. Le bénéfice de cet attribut juridique lui assure une séparation organique avec la collectivité publique créatrice et une existence distincte de celle ses membres. L'élection des membres des collectivités territoriales décentralisées contribuent pleinement à cette différenciation et par ricochet à l'affirmation de la libre administration locale. Étymologiquement, l'autonomie administrative renvoie à l'aptitude à s'administrer selon des règles propres. Mais cette définition ne rend compte que de la seule fonction d'exécution des lois par l'édiction des règles propres en

⁸⁸ G. DUPUIS, MJ. GUEDON, op. cit., p. 250.

⁸⁹ *Ibid.* p. 254.

délaissant l'autre aspect concernant la gestion. De ce fait, il convient de retenir que l'autonomie administrative a donc une double fonctionnalité : une fonction exécutive des lois et une fonction de gestion de l'entité considérée. Autrement dit, l'autonomie administrative serait donc la liberté donnée aux collectivités territoriales décentralisées en vue de la création des normes juridiques en exécution des lois de l'État pour la gestion de la collectivité ou de l'établissement public. Seule la seconde fonctionnalité fera l'objet de développements approfondis, la première sera analysée dans les lignes qui suivront : Nous l'aurions donc compris, l'organe en charge de l'organisation des élections qui peut, abusivement être assimilé à un établissement public, est géré comme une collectivité territoriale décentralisée avec des organes qui lui sont propres et non pas des agents placés sous le commandement du gouvernement. C'est dans cette optique que Jacques Chevallier affirmait, en mettant en exergue les éléments de l'autonomie administrative que : « *L'application du principe de décentralisation suppose l'adoption de certaines modalités d'organisation et notamment, elle implique que les dirigeants du service décentralisé possèdent du fait de leur mode de désignation et de leur statut personnel, de réelles garanties d'indépendance vis-à-vis de l'autorité supérieure* »⁹⁰. Cela étant, les collectivités territoriales décentralisées voient leur libre administration affirmée par la possibilité de constituer un personnel administratif propre distinct de celui de l'État. Ainsi, elles « *recrutent et gèrent librement le personnel nécessaire à l'accomplissement de leurs missions conformément à la législation et à la réglementation en vigueur* »⁹¹. En outre, elles peuvent disposer de biens propres⁹². L'autonomie administrative, expression de la libre administration locale s'exprime par la possession et la gestion de biens. À cet égard, « *Le conseil de la collectivité territoriale délibère sur la gestion des biens et sur les opérations immobilières effectuées par la collectivité territoriale concernée* »⁹³. Aussi, la collectivité territoriale peut ester librement en justice. Pour ce faire c'est au maire ou au président du conseil régional d'assurer la représentation respectivement de la commune et de la région en justice. Cette autonomie administrative doit nécessairement être complétée par une autonomie financière. En parcourant le dispositif normatif camerounais, seule la loi fixant le statut des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic donne une définition de l'autonomie financière. En ce sens, le législateur dispose que : « *L'autonomie financière est la*

⁹⁰ J. CHEVALIER, « Les transformations du statut d'établissement public », JCP, Paris, 1972, p. 124.

⁹¹ Article 22 alinéa 1 du CGCTD.

⁹² Article 37 alinéa 1, *ibid.*

⁹³ Article 38, *ibid.*

capacité pour une personne morale d'administrer et de gérer librement les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ou en numéraire constituant son patrimoine propre, en vue de réaliser son objet social »⁹⁴. Si cette définition peut déjà permettre d'avoir une idée sur l'autonomie financière, elle ne semble pas totalement convertir dans la mesure où même les entités non dépositaire de la personnalité juridique à l'instar des entreprises publiques jouissent aussi d'une autonomie financière. Car la loi sur le régime financier de l'État prévoit à ce sujet que : « *Les budgets annexes retracent les seules opérations des services de l'État non dotées de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestations de services donnant lieu à paiement de prix, quand elles sont effectuées à titre principal par ces services* »⁹⁵. Et dans cette veine, l'ordonnateur est le Ministre auquel est rattaché ledit budget annexe. Cependant, la situation est tout autre en ce qui concerne les entités dotées de la personnalité juridique. En plus de ces critères généraux du principe de la libre administration locale, il faut relever les critères spécifiques.

2- Les critères spécifiques à l'identification du principe de la libre administration locale

Dans la lancée de l'aménagement constitutionnel du principe de la libre administration des collectivités territoriales, des critères particuliers méritent d'être relevés de l'œuvre constituante. Il s'agit en l'occurrence de l'existence de l'autonomie politique et à l'établissement des affaires locales. L'élection des organes décentralisés est un critère d'ordre politique dont la portée en termes de renforcement de la libre administration locale est indéniable. Ce critère construit la définition de la décentralisation sur le choix électif des agents des collectivités territoriales. Il en résulte que l'attribution de compétence à des organes non centraux et autonomes ne suffit pas à caractériser la décentralisation. Il faut également que ces organes soient élus, « *l'élection consistant à la fois l'expression et la garantie de leur autonomie* »⁹⁶. Le constituant établit un lien de causalité⁹⁷ entre le mode de désignation des organes des collectivités et la libre administration de celles-ci. Au terme des dispositions constitutionnelles, les organes d'administration des collectivités sont élus au suffrage universel. Le mode électif de désignation, privilège réservé aux collectivités décentralisées, est donc garanti par la constitution, même si le régime électoral local

⁹⁴ Article 2 loi n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic.

⁹⁵ Article 24 alinéa 1 de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat.

⁹⁶ C. ROIG, « Théorie et réalité de la décentralisation », *Revue Française de Science Politique*, Paris, 1966, p. 449.

⁹⁷ C. NANAKO, *La libre administration des collectivités territoriales décentralisées au Bénin et au Niger*, Thèse de doctorat en droit public, Université d'Abomey-Calavi (Benin), 2016, p. 122.

est défini par la loi. Dans son œuvre normative, le législateur distingue deux organes, le délibérant (conseil) et l'exécutif (maire ou président du conseil), dont les modalités de désignation diffèrent. Si l'organe délibérant est élu au suffrage universel direct, l'élection de l'exécutif se déroule sous le suffrage indirect. Néanmoins, les cas de décentralisation autoritaire sont de nature à tempérer la libre administration des collectivités territoriales. C'est l'exemple de la nomination des délégués du gouvernement auprès des communautés urbaines (Ces derniers représentant l'administration centrale neutralisent l'initiative des exécutifs communaux des communes d'arrondissement constituant le conseil de la communauté urbaine. D'autant plus que la création d'une communauté urbaine emporte le transfert de compétences et de ses ressources à ladite communauté urbaine par les communes d'arrondissement. Par voie de conséquence, elles ne peuvent délibérer sur ces compétences transférées pourtant destinées à la gestion des affaires locales, laquelle est un autre critère d'identification du principe de la libre administration locale. La libre administration des collectivités territoriale postule l'existence d'affaires locales distinctes de celles nationales. Toutefois, la notion d'affaires locales présente une certaine ambiguïté qui incite à la détermination des critères de son identification.

Les affaires locales constituent le cadre d'expression de la libre administration. Leur inexistence viderait ce principe de toute sa substance. Elles se situent au cœur de la problématique la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées. Ce faisant, l'existence d'affaires locales impose que celles-ci soient distinguées des affaires nationales. À ce sujet d'après Alexis De TOCQUEVILLE : « *Certains intérêts sont communs à toutes les parties de la nation tels que la formation des lois générales et les rapports du peuple avec les étrangers et d'autres intérêts sont spéciaux à certaines parties de la nation tels que par exemples les entreprises communales* »⁹⁸. Aussi, précise l'auteur : « *Concentrer le pouvoir de diriger les seconds c'est fonder ce que j'appellerais la centralisation administrative* »⁹⁹. Plus proche de nous, Jean RIVERO et Jean WALINE écrivent que : « *La décentralisation n'apparaît qu'au moment où les organes chargées des affaires locales émanent de la collectivité, non de l'État, et possèdent à l'égard de celui -ci une certaine autonomie* »¹⁰⁰. Le Doyen Vedel, pour qui les affaires locales tiennent une place importance dans les conditions de la décentralisation, la définit par l'existence

⁹⁸ A. De TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, Livre 1, Chapitre 5. 1976, p. 321.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ J. RIVERO, J. WALINE, Précis de droit administratif, Collection Droit public-Science politique, Paris, Dalloz, 1989, 18^{ème} édition, p. 311.

autonome des intérêts moins larges que ceux de l'État¹⁰¹. Néanmoins, aucun auteur n'est assez intelligible sur l'identification des affaires locales malgré la tentative d'Alexis De TOCQUEVILLE. BAGUENARD soulignait à ce propos que les affaires locales n'ont jamais été clairement explicitées, ni par le droit, ni par la doctrine. Elles n'auraient donc pas « *d'existence juridique objective* »¹⁰². La distinction affaires locales/affaires nationales a été introduite dans la théorie juridique par le législateur. C'est ainsi que le constituant de 1996 indique que les collectivités territoriales jouissent de l'autonomie administrative et financière pour la gestion des intérêts régionaux et locaux¹⁰³. Mais encore faudrait-il mettre en exergue les critères d'identification des affaires locales.

Ainsi, en France les collectivités locales ont une compétence de droit commun pour la gestion de leurs affaires locales dans la mesure où le texte sur leur réforme dispose en son article 72 que le conseil général ou régional peut par délibération se saisir respectivement de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné aucune compétence à une autre personne publique¹⁰⁴. Le conseil constitutionnel français est allé dans ce sens en reconnaissant implicitement mais certainement la clause générale aux collectivités territoriales¹⁰⁵. Toutefois, en droit camerounais, aussi bien le constituant que le législateur n'ont pas consacré le critère de la clause générale dans la répartition des compétences entre l'État et les CTD¹⁰⁶. Le constituant ne manque pas de spécifier d'ailleurs que la loi détermine le partage de compétence entre l'État et les CTD. Dans ce sens, le législateur fixant les règles applicables aux communes énonce que le conseil municipal délibère sur les matières limitatives énumérées tant par la loi d'orientation de 2004 que par le Code général des CTD¹⁰⁷ de 2019. L'énumération législative met en lumière les affaires locales devant être gérées par l'exécutif communal ou régional. De manière subsidiaire, en retenant également le critère géographique, les habitants, le territoire communal ou municipal et l'intérêt local lié aux besoins locaux qui sont communs à tous les habitants de la commune constituent les éléments de la notion d'affaires locales. Toute chose qui nous amène à interroger l'étendue de l'autonomie locale des CTD dans la gestion de leurs affaires locales. Il apparaît logique que

¹⁰¹ G. VEDEL, Droit administratif, Paris, PUF, 1976, 5^{ème} édition, p. 640.

¹⁰² J. BAGUENARD, La décentralisation, Paris, PUF, 2004, 7^{ème} édition, p. 30.

¹⁰³ Article 55 alinéa 1 de la constitution du 18 janvier 1996.

¹⁰⁴ N. DANTONEL-COR, *ibid.* p.81.

¹⁰⁵ Conseil Constitutionnel du 09 décembre 2010, n°2010-618 DC, loi sur la réforme des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁰⁶ Article 56 alinéa 1 de la constitution du 18 janvier 1996.

¹⁰⁷ Article 147 du CGCTD.

l'autonomie administrative suppose une liberté d'action des collectivités locales se matérialisant par des organes directeurs autonomes, par une absence d'emprise du pouvoir central. L'État camerounais a engagé depuis plusieurs années un vaste processus de transferts des pouvoirs et de moyens aux collectivités locales. Seulement, pour séduisantes que puissent paraître de telles actions, la liberté de gouvernance administrative des CTD voit son étendue limitée à la lecture du droit positif sur la décentralisation. Ainsi, la décentralisation administrative camerounaise semble porter les gènes de sa contradiction avec d'une part le durcissement du contrôle étatique et d'autre part la dépendance fonctionnelle des collectivités locales vis-à-vis de l'État. Dans le cadre d'un État unitaire, les limites apportées à la libre administration des collectivités territoriales décentralisées dépendent de la constitution¹⁰⁸ et de la loi. Celles-ci ont dans ce sens consacré le contrôle de tutelle pour assurer l'unité juridique de l'État en veillant au respect du principe de légalité¹⁰⁹. En effet, la décentralisation n'a jamais été synonyme de liberté totale pour les CTD¹¹⁰. Cependant, les textes qui encadrent la tutelle laissent penser que celle-ci est lourde¹¹¹. À cet égard, elle révèle d'une part le durcissement du contrôle étatique sur les collectivités locales et d'autre part l'établissement de la compétence étatique sur les matières transférées à ces dernières. La mise en place d'une décentralisation administrative s'accompagne nécessairement du contrôle de l'État dans l'optique de préserver les intérêts supérieurs de la nation entière. Cependant, force est de constater une forte présence de l'État dans la gouvernance administrative des collectivités locales. Cette forte présence se révèle par l'alourdissement du contrôle étatique aussi bien sur les personnes des autorités décentralisées que sur leurs actes. La tutelle en soi a une portée positive dans la volonté de faire respecter les principes fondamentaux de l'État et d'assurer la cohésion du travail administratif. Mais lorsqu'elle est excessive, elle devient « *une arme donnée au pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées* »¹¹². Le droit camerounais consacre malheureusement une tutelle renforcée notamment sur les personnes des autorités décentralisées, qui relève exclusivement de la compétence des autorités du pouvoir central en l'occurrence le Président de la République et le Ministre de l'administration territoriale et de la décentralisation Le Président de la République est l'autorité de tutelle aux pouvoirs impressionnant en matière de

¹⁰⁸ C. MONEMBOU, « Les paradoxes de la décentralisation camerounaise », *RADSP*, 2015, p. 166.

¹⁰⁹ E. MANGA ZAMBO, « La décentralisation dans le paysage administratif camerounais », *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁰ A-J. NDJOCK, « La décentralisation territoriale au Cameroun », *RASJ*, 2012, p. 267.

¹¹¹ R. MASPETIOL, P. LAROQUE, la tutelle administrative, Sirey, 1930, cité par G. DUPUIS, M-J. GUEDON, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹² *Idem*.

décentralisation au Cameroun. Il est l'autorité exerçant le pouvoir disciplinaire sur les collectivités territoriales décentralisées. En prenant le cas de la région, le législateur en relayant le constituant, prévoit clairement que le président et le conseil régional peut être suspendus, voir destitué par décret de la plus haute autorité de l'État en cas d'accomplissement d'actes contraires à la constitution, d'atteinte à la sécurité de l'État ou à l'ordre public, de mise en péril de l'intégrité du territoire national et l'impossibilité durable de fonctionner normalement¹¹³. De même pour les autorités communales, « *en cas d'atteinte à la fortune publique, d'infraction pouvant entraîner une sanction pénale assortie de déchéance, de carence avérée ou de faute lourde dans l'exercice de leurs fonctions, le maire et ses adjoints peuvent être révoqués par décret du Président de la République dans les conditions prévues à l'article 225* »¹¹⁴. Il faut également noter que le Président peut tout aussi révoquer le maire et les conseillers municipaux pris individuellement pour des motifs d'ordre public ou d'intérêt général. Dans la même lancée de l'alourdissement de la tutelle au niveau central, le ministre de l'administration territoriale et de la décentralisation est également un intervenant dans l'exercice du contrôle de tutelle sur les personnes des autorités décentralisées. À ce titre il exerce aussi un pouvoir disciplinaire puisqu'il peut suspendre le conseil municipal et l'exécutif municipal pour une durée de deux (2) mois¹¹⁵. Ses pouvoirs ne sont pas en reste pour contrôler les actes des autorités décentralisées. Les actes des autorités décentralisées font l'objet d'un contrôle de tutelle approfondie de la part des autorités administratives locales car celles de l'administration centrale n'exerce qu'une infime part de ce contrôle. L'alourdissement du contrôle de tutelle de ces actes tient au fait qu'ils font l'objet à la fois d'un contrôle a priori et d'un contrôle a posteriori. S'agissant du contrôle a priori, il faut relever qu'il est exercé avant l'entrée en vigueur de l'acte administratif local. Le législateur Camerounais a ainsi consacré le principe de l'approbation préalable qui permet à l'autorité règlementaire nationale d'autoriser l'entrée en vigueur des actes des autorités locales. Il dispose dans ce sens que : « *Demeurent soumis à l'approbation préalable du représentant de l'État,(...) les budgets initiaux, annexes, les comptes hors budget et les autorisations spéciales de dépenses ; les emprunts et garanties d'emprunts ; les conventions de coopération internationale ; les affaires domaniales ; les garanties et prises de participation :les conventions relatives à l'exécution ou au contrôle des marchés publics, sous*

¹¹³ Article 316 du CGCTD.

¹¹⁴ Article 226 alinéa du CGCTD.

¹¹⁵ Article 186 alinéa 2 du CGCTD.

*réserve des seuils de compétence prévus par la réglementation en vigueur ; les délégations de services publics au-delà du mandat en cours du conseil municipal ; les recrutements de certains personnels(...) »¹¹⁶. À la lecture de ces dispositions, on se rend compte que le contrôle a priori porte sur les actes touchant les points essentiels de la vie d'une CTD. Celle-ci ne peut par conséquent se mouvoir librement sans l'aval du représentant de l'État. Le contrôle qui est opéré par ce dernier porte à la fois sur la forme et sur le fond. L'objectif du contrôle est de déceler « *les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes administratifs* »¹¹⁷. En filigrane, le contrôle a priori des actes apparaît comme une épée de Damoclès sur les collectivités territoriales susceptible de paralyser dans une certaine mesure leur fonctionnement. En ce qui concerne le contrôle a posteriori, il faut dire qu'il consiste à la vérification par le représentant de l'État de la légalité de l'acte après son entrée en vigueur¹¹⁸. Il peut se faire par l'obligation de transmission des actes au représentant de l'État. En outre, les actes transmis au représentant de l'État peuvent faire l'objet en cas de vice d'illégalité constaté d'un déferé d'office devant le juge administratif pour annulation. Néanmoins¹¹⁹. Il peut procéder lui-même à l'annulation de l'acte prétendument illégal sous certaines conditions. Le législateur dispose dans ce sens que « (...) *le représentant de l'État peut annuler les actes des collectivités territoriales manifestement illégaux, notamment en cas d'emprise ou de voie de fait (...)* »¹²⁰.*

B- L'autonomie financière locale

L'attribution des compétences ne suffit à garantir l'autonomie en général et financière en particulier des collectivités. Cette reconnaissance du pouvoir économique et financier public aux CTD (1) s'entrevoit par la consécration de certaines libertés y afférentes qui permettent une gestion financière locale empreinte de liberté (2).

1- L'attribution d'un pouvoir économique et financier public local

La liberté d'entreprendre recouvre la liberté d'établissement ou d'installation de diriger et gérer prise comme la liberté d'entreprendre comprend donc la liberté d'exploitation. Elle concède ainsi aux CTD le pouvoir de création et de gestion des entreprises. Cette liberté est fondamentale pour toute société libérale où la création de richesses doit permettre la prospérité des citoyens et

¹¹⁶ Article 76 alinéa 1 du CGCTD.

¹¹⁷ Article 77 alinéa 1 du CGCTD.

¹¹⁸ Article 77 alinéa 2, *idem*.

¹¹⁹ Article 77 alinéa 3, *idem*.

¹²⁰ Article 77 alinéa 4, *idem*.

une sorte de « *bien-être social* »¹²¹. C'est pourquoi il est surprenant que la Déclaration des droits de l'Homme ne proclame pas expressément la liberté d'entreprendre. Néanmoins, à défaut d'être reconnue explicitement par cette déclaration, la liberté d'entreprendre l'est implicitement. En effet, cette reconnaissance ressort de l'esprit du texte, de la volonté de ses auteurs. Comme le montre le professeur Mestre¹²², la liberté d'entreprendre est mentionnée dans les projets présentés par des membres de l'Assemblée Nationale Constituante et il ressort clairement des débats sur le texte définitif que les députés entendaient la prendre en compte. Si la liberté d'entreprendre n'apparaît plus dans le texte définitif de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, c'est parce qu'ils ont opté pour un texte concis et synthétique¹²³. Elle n'est plus que sous-entendue par ce texte et, notamment, dans la définition donnée à l'article 4 de la liberté mais aussi à l'article 5. On peut donc voir, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹²⁴, dans l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le fondement de la liberté d'entreprendre¹²⁴. Parallèlement, cette dernière peut constituer l'un des fondements de la liberté contractuelle. En effet, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle ont des relations si fortes qu'il est possible de voir en la seconde un moyen fondamental, une condition de la première. L'exercice de la liberté d'entreprendre nécessite que la collectivité puisse quotidiennement, dans le cadre de son activité professionnelle, contracter, choisir son Cocontractant et fixer librement les conditions du contrat. La création d'une entreprise, son activité et son fonctionnement, sa gestion impliquent la passation d'une multitude de contrats. Celle-ci n'est pas libre, la liberté d'entreprendre n'existe pas. La liberté contractuelle donc bien comme une condition de l'effectivité de la liberté d'entreprendre. On ne garantit cette dernière sans garantir la première.

La liberté de commerce et de l'industrie n'est pas proclamée dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen même si, comme la liberté d'entreprendre, elle transparaît dans ce texte, notamment des articles 4 et 5. De plus cette liberté fait partie des grandes libertés reconnues dans notre tradition constitutionnelle. Pourtant sa valeur constitutionnelle n'a pas été consacrée par le Conseil constitutionnel. Le CC Français, dans sa décision des 30 et 31 octobre 1981 relative à la

¹²¹ P. MOUSSA, *La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale*, Thèse de doctorat *PhD* en Droit public, *op. cit.* p. 155.

¹²² J-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *chronique Dalloz*, 1984, p.4.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Article 4 de la déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen pour conférer valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre. Position confirmée en France par des multiples décisions : Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982.

loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, répond aux parlementaires qui voyaient dans l'interdiction faite aux associations bénéficiaires de dérogations ires une violation, parmi d'autres libertés, de la liberté du commerce et de l'industrie, « *Qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que le législateur interdise aux associations (...) de recevoir des ressources provenant de la publicité et de diffuser des messages publicitaires* »¹²⁵. L'interprétation de ces propos est assez complexe et mériterait une analyse approfondie. On se contentera ici de souligner qu'ils peuvent donner lieu à deux interprétations. Quoi qu'il en soit, cette liberté, si ancrée dans notre droit positif, a comme la liberté d'entreprendre une relation très forte avec la liberté contractuelle. Comme pour la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle est un moyen fondamental de la liberté du commerce et de l'industrie. Le droit de créer une entreprise dans tous les secteurs de l'économie nationale et locale, comme le droit de concurrencer toute autre entreprise, suppose celui de conclure des contrats de toute nature et de pouvoir négocier librement le contenu de ces contrats avec ses partenaires commerciaux et clients. Sans cette liberté, la liberté du commerce et de l'industrie serait réduite à néant. Raison pour laquelle il convient de s'y attarder.

Pour le principe de la liberté contractuelle des CTD, il convient avant d'analyser exclusivement ce principe, de le contextualiser. Ceci étant, les principes à valeur constitutionnelle prennent, pour la plupart, leur source dans ce qu'il est convenu d'appeler, en vertu des travaux d'Hauriou, la constitution sociale¹²⁶, soit directement lorsqu'ils sont mentionnés par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou par le Préambule de 1996 ; soit indirectement lorsqu'ils découlent d'un de ces principes reconnus par ces textes ou lorsqu'ils sont issus de la tradition législative républicaine qui, elle-même, est la résultante de notre constitution sociale¹²⁷. La découverte de ces principes indirectement issus de celle-ci est souvent délicate du fait, surtout, de leur ambivalence. La liberté contractuelle s'applique aux personnes privées ou aux personnes publiques. Elle relève clairement d'une conception libérale des rapports juridiques et économiques mais en revanche peut apparaître difficilement compatible avec une conception sociale de ceux-ci. C'est pourquoi la question de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle est fort complexe. Elle revêt une grande importance du fait de ses enjeux pour le droit des collectivités locales mais aussi des contrats des personnes privées. Si le législateur peut et doit, comme cela a

¹²⁵ P. MOUSSA, La liberté des CTD au Cameroun, contribution à l'étude de la démocratie locale, op. cit., p. 32.

¹²⁶ M. HAURIOU, op. cit., p. 95.

¹²⁷ *Idem.*

été souligné, encadrer, codifier et limiter la libre administration des collectivités locales, autrement dit la mettre en œuvre, il ne peut la mettre en cause. Étant mentionné dans la Constitution, ce principe possède la nature d'une disposition constitutionnelle et, dès lors, s'impose au législateur ordinaire, seul le pouvoir constituant dérivé pourrait l'abolir. Le juge constitutionnel qui vérifie si des mesures législatives sont « *de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales* »¹²⁸, sanctionne de telles atteintes et a affirmé en France que : « Le principe de libre administration des collectivités territoriales a une valeur constitutionnelle » En outre, il nous apparaît clairement que l'un des aspects essentiels de la libre administration est la liberté contractuelle. Ce qui est vrai pour la liberté en général, l'est aussi pour la libre administration des collectivités territoriales décentralisées. Pour l'exercer, ces dernières doivent pouvoir choisir les moyens de la mettre en œuvre et les utiliser avec la plus grande latitude possible. Or, parmi ces moyens à la disposition des collectivités territoriales figurent la passation de contrats avec d'autres personnes juridiques. Aussi, pour être en mesure d'assurer la compétence générale qui leur est dévolue en matière d'aide sociale, de prévention sanitaire et d'organisation des services sociaux, les régions doivent pouvoir contracter librement. En conséquence, on peut affirmer que sans liberté contractuelle accordée aux collectivités territoriales, il n'y a pas de véritable libre administration, la seconde ne peut s'exercer sans la première. De sorte que ces deux libertés sont consubstantielles. Il est donc clair que la liberté contractuelle est attachée à la libre administration et, par la suite, il est logique que ces deux libertés soient soumises à des limites identiques. Sur ce second point on peut observer que la liberté contractuelle et la libre administration ne sont pas absolues, elles sont assujetties aux limites que représentent le respect des lois qui les encadrent, les traités internationaux et l'intérêt général qui doit guider l'action des collectivités territoriales. En ce qui concerne la première catégorie de limites, il faut observer que ces libertés sont soumises aux bornes posées aussi bien par les lois et principes constitutionnels que par les lois ordinaires. L'exercice de la libre administration des collectivités locales devait respecter les attributions du législateur. C'est ce qu'exprime B. Faure "lorsqu'il souligne, à propos de la libre administration et de la liberté contractuelle que « *la fin ne peut aller sans les moyens* ». Pour le professeur LUCHAIRE « *s'administrer ce n'est pas gouverner et encore moins légiférer ou rendre la justice* »¹²⁹. Ce n'est

¹²⁸ V. LECOQ, *Contribution à l'étude juridique de la norme locale d'urbanisme*, Paris, Collection droit public, 2004, p. 62.

¹²⁹ F. LUCHAIRE, « L'émergence d'un droit constitutionnel de la décentralisation », AJDA, 1992, numéro spécial, p. 26.

pas non plus conduire une politique extérieure, cette tâche incombant à l'État. C'est ainsi également qu'une collectivité locale ne pourrait pas insérer dans un contrat une clause qui violerait une disposition ou un principe constitutionnel¹³⁰. Mais ces libertés sont aussi limitées par le respect des lois ordinaires qui les encadrent. C'est ainsi que l'exercice de la libre administration par les collectivités locales doit respecter la répartition des compétences entre l'État et celles-ci mais également entre les diverses collectivités locales telle qu'elle est organisée par les lois de décentralisation. Il faut aussi souligner que la libre administration comme la liberté contractuelle, sont soumises aux dispositions des traités internationaux régulièrement ratifiés par le Cameroun¹³¹.

2- L'attribution d'une liberté de gestion budgétaire aux CTD

La liberté de gestion budgétaire locale est le baromètre le plus significatif de mesure de la libre administration en matière de gouvernance financière ou tout simplement de l'autonomie financière des CTD. En d'autres termes, la gouvernance financière réalisée dans le cadre de l'autonomie financière des CTD exige que les CTD puissent voter elles-mêmes leurs propres budgets et organes élus¹³². Celles-ci doivent être libres aussi bien dans l'élaboration de leur budget que dans son exécution.

La préparation du budget local consiste en l'élaboration des prévisions en termes de dépenses et de recettes devant permettre aux collectivités territoriales d'exercer les compétences transférées. Pour ce faire, si la préparation du budget local est du ressort des organes locaux, sa validité est soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle. La préparation du budget local relève principalement de la compétence des collectivités territoriales. Elle dépend précisément du ressort de l'organe délibérant dont il convient de mettre en exergue les pouvoirs en cette matière et les règles techniques de préparation. Les règles techniques de préparation concernent les principes budgétaires qui sont d'application dans l'élaboration de la loi des finances de l'Etat. Il s'agit principalement des principes de l'annualité, de l'unité, de l'universalité et de la sincérité budgétaire. Le principe de l'annualité budgétaire signifie que le budget doit être établi pour un an et voté chaque année¹³³. Ce droit est la condition d'un contrôle efficace des représentants de la population locale sur les actes de l'exécutif¹³⁴. En effet, le principe de l'annualité assure l'efficacité

¹³⁰ A. ROUX, La liberté contractuelle, *op. cit.*, p. 32.

¹³¹ P. MOUSSA, La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale, *op. cit.*, p. 39.

¹³² L. NGONO TSIMI, L'autonomie administrative et financière des Collectivités Territoriales Décentralisées : l'exemple du Cameroun, *op. cit.*, p.175.

¹³³ F. BOUSSAT, Guide pratique de gestion d'un EPLE, Vol. I, Paris, ESF, 2001, p. 134.

¹³⁴ P. LALUMIERE, Finances..., *op. cit.*, p. 83.

du contrôle de l'exécutif communal ou régional, en limitant la durée de la période budgétaire. La règle de l'annualité budgétaire est expressément formulée dans la définition classique du budget donné en France par le décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique¹³⁵. Le principe de l'unité budgétaire implique que toutes les recettes et toutes les dépenses soient retracées dans un document unique de manière qu'il suffise de faire deux additions pour avoir le total des dépenses et celui des recettes et une soustraction de ces deux totaux pour savoir s'il est en équilibre ou en excédent de recettes ou en déficit¹³⁶. Autrement dit, le principe de l'unité budgétaire qui doit se traduire par l'obligation d'enclorre dans une même agglomération l'ensemble des dépenses et des recettes des collectivités territoriales s'oppose à ce que le budget se présente en plusieurs fractions. Le principe de l'unité apparaît donc comme une règle de clarté¹³⁷ ; si un budget est dispersé dans des textes différents, sa lecture dévient difficile. Le principe de l'universalité budgétaire qui a pour raison d'être de faire du budget un document détaillé et complet, permet à l'organe délibérant qui vote le budget de fixer lui-même les détails financiers de chaque service. L'universalité qui permet de contrôler étroitement les services, a pour conséquence directe l'interdiction de la spécialisation qui consiste à isoler chaque service en distayant de la masse des recettes et les dépenses qui lui sont propres. Les prévisions budgétaires doivent être sincères et réalistes¹³⁸. Le principe de sincérité est le plus fondamental des principes en tant qu'il couronne l'édifice juridique financier¹³⁹. Il a été inventé par le conseil constitutionnel français¹⁴⁰. La sincérité fait avec la recherche de la vérité et de la transparence. Ce principe implique que les informations fournies soient claires, précises et complètes au regard des données disponibles¹⁴¹. C'est la conjugaison de ces principes budgétaires que les organes des CTD doit observer dans l'exercice de leurs pouvoirs budgétaires. Les fonctions budgétaires locales des organes locaux se font en deux phases, la première concerne la préparation par l'exécutif des CTD et la seconde est relative au vote relevant de la compétence de l'organe délibérant.

La liberté d'exécution du budget local consiste en l'engagement des dépenses et au recouvrement des recettes prévues dans le document prévisionnel. Dans cette phase, il est loisible

¹³⁵ Article 5 de la loi n°2009/011 du 10 juillet 2009.

¹³⁶ N. DANTONNEL-COR, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} édition, France, Breal, 2007, p. 289.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ L. NZE BEKALE, *Introduction aux finances des collectivités locales d'Afrique*, France, EPU, 2015, p. 21.

¹³⁹ J-F. JOYE, « La sincérité, premier principe financier », *RFFP*, septembre 2010, n°111, p. 17.

¹⁴⁰ Décision n°93-320-DC, Paris, LFR, du 21 juin 1993.

¹⁴¹ Article 3 alinéa 1 de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat.

d'entrevoir les pouvoirs des CTD tant dans l'engagement des dépenses que dans le recouvrement des recettes. Les pouvoirs des collectivités locales en matière d'engagement des dépenses donnent à l'ordonnateur local le pouvoir de suivre la même procédure ordinaire pratiquée au plan national. Relativement à la procédure ordinaire, les ordonnateurs sont tenus de prescrire l'exécution du budget et de rendre compte de l'exécution des programmes et projets. Ils engagent et liquident à ce titre les dépenses¹⁴². Cependant, l'ordonnateur du budget d'une collectivité territoriale ne peut exécuter une dépense qu'après s'être assuré qu'elle correspond à l'imputation budgétaire correcte ; que son montant entre dans la limite des crédits votés ; qu'elle peut être couverte par les fonds disponibles ; que les pièces justificatives sont complètes ; le service ou la fourniture a été fait ; les formalités requises par les lois et règlements en vigueur ont été préalablement respectées¹⁴³. La procédure d'exécution des dépenses comprend deux phases : la phase administrative qui relève de l'ordonnateur et comporte l'engagement, la liquidation et l'ordonnancement ; puis la phase comptable qui relève du comptable de la collectivité territoriale et le paiement de la dépense¹⁴⁴. Le pouvoir décentralisé leur confère justement la compétence de recouvrer les recettes mises régulièrement en recouvrement. Le receveur municipal ou régional assure la garde et la gestion des fonds et valeurs de la collectivité territoriale concernée. Les fonds des collectivités territoriales sont des deniers publics¹⁴⁵.

Conclusion

Au terme de l'étude, un constat s'impose : la notion de gouvernance territoriale au Cameroun désigne une technique de gestion à la fois axée sur des institutions locales et orientée vers la libre administration locale. Dans cette perspective, la notion de gouvernance territoriale implique « *le glissement à la périphérie et de l'octroi des responsabilités économiques nouvelles aux élus locaux les plus qualifiés pour évaluer les forces et les faiblesses de l'économie locale et les mieux armés pour définir un projet de développement, partant des besoins des habitants* »¹⁴⁶. Cette disposition traduit ainsi l'incapacité de l'Etat central de traiter de manière efficace les affaires qui supposent une connaissance fine et poussée du milieu local¹⁴⁷. Dans la suite logique de cette

¹⁴² Article 90 de la loi de 2009 portant régime financier des collectivités territoriales décentralisées.

¹⁴³ *Ibid.*, Article 64.

¹⁴⁴ *Ibid.*, Article 65.

¹⁴⁵ Article 10 du décret n°94/232 du 05 décembre 1994 portant statut et attributions des receveurs municipaux au Cameroun.

¹⁴⁶ J.-C. EKO'O AKOUAFANE, *La décentralisation administrative au Cameroun, op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁷ *Idem.*

étude, il ressort que la notion de gouvernance territoriale s'appréhende tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

Dans une première partie, nous devons relever au plan formel que la gouvernance territoriale désigne une technique de gestion axée sur des institutions locales à travers des organes juridiquement créés et aux compétences transférées. Les institutions juridiquement créées se fondent sur le mécanisme textuel et du particularisme démocratique dans la création des organes locaux autonomes tandis que celles aux compétences transférées s'articulent autour des techniques et de l'étendue de transfert de compétences entre l'Etat et les Collectivités Territoriales Décentralisées.

Dans une seconde partie, nous pouvons souligner au plan matériel que la gouvernance territoriale désigne une technique de gestion orientée vers la libre administration locale grâce l'autonomie administrative et financière des CTD. L'autonomie administrative locale s'appréhende non seulement par l'aménagement constitutionnel du principe de la libre administration locale mais aussi par l'étendue de l'autonomie administrative locale alors que l'autonomie financière locale s'analyse tant par la reconnaissance d'un pouvoir économique et financier public local que par l'attribution d'une liberté de gestion budgétaire aux collectivités territoriales décentralisées. Une consolidation de la notion de gouvernance territoriale au Cameroun est donc nécessaire. Elle doit s'orienter dans deux dimensions

La première dimension est celle de la rénovation du cadre formel de la notion de gouvernance territoriale au Cameroun. Cette rénovation devrait impliquer la reconnaissance des organes locaux juridiquement créés et l'effectivité des transferts de compétences acquises par les collectivités locales et surtout dans un cadre de dialogue entre l'Etat et les CTD.

La seconde dimension conduirait à la revalorisation du cadre matériel de la notion de gouvernance territoriale au Cameroun. Cela devrait tenir compte de l'affermissement de l'autonomie administrative locale et de l'affinement de l'autonomie financière locale qui sont des socles incontournables de la démocratie locale. Au demeurant, il s'agit de promouvoir des nouvelles techniques objectives pour l'émergence de la participation citoyenne à la prise de décisions locales.

Le paradoxe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

L'opposition des États issus de la décolonisation aux revendications d'indépendance émises par certaines catégories de leur population

Page | 90

Par :

Marc ONDOUA ONDOUA,

Docteur/Ph.D en droit public

Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue un sujet constamment d'actualité pour les internationalistes. Cette attractivité est patente tant pour des réflexions en faveur de ce droit que pour celles qui sont en sa défaveur. Ce droit comporte en effet un paradoxe au regard de la difficile conciliation du droit de l'État à l'unité et à la conservation avec le droit d'une partie de sa population à l'exercice de son droit à la libre disposition. Les États issus eux-mêmes de la décolonisation s'opposent énergiquement aux revendications d'indépendance émises par certaines catégories de leur population. Ce paradoxe doit se comprendre non pas dans une perspective fermée ou d'opposition tranchée, mais comme le couplage d'éléments contraires selon une dynamique d'équilibration. Pendant la décolonisation, le peuple apparaissait comme un instrument déterminant de la promotion des nouveaux États, mais une fois ce processus terminé, la cause « des Peuples » fait de ces derniers des victimes, subjugués par l'Etat.

Mots clés : Paradoxe, Etat, peuple, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, promotion des nouveaux États, subjugation des peuples.

Introduction

Il existe souvent en doctrine un écart entre les théories et les réalités¹. Cette singularité semble incompatible a priori avec les caractéristiques d'universalité et d'invariance propres au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes². Aucun texte n'enferme en effet la complexité, la mobilité des réalités relatives à ce droit qui peut être interprété de différentes manières et poser des problèmes délicats et complexes voire étonnants. Ces difficultés constituent un défi à la logique, un sujet de controverses et de recherches.

Page | 91

La thématique sous examen s'inscrit dans les théories qui ne visent pas l'étude du droit positif, mais la délimitation de ce droit, c'est-à-dire concentrées sur l'ontologie, l'épistémologie ou la méthodologie du droit au moment où la souveraineté, l'indépendance de chaque Etat, son droit inaliénable et exclusif d'établir et de réaliser sa politique intérieure et extérieure indépendante exercent une puissante influence sur les relations sociales internes et des relations internationales. Elle est une véritable gageure nécessitant des clarifications épistémologiques fondamentales et substantives des concepts passionnants, mais rabattus et la structurant grâce au pouvoir de la pensée à la faveur de la formule latine *Cogito ergo sum*.

Le terme de paradoxe recouvre une multiplicité de réalités selon les acceptions qu'on lui prête. D'après l'étymologie (du grec *paradoxos*, « contraire à l'opinion commune », de *para* : « contre », et *doxa* : « opinion »), le paradoxe est une idée ou une proposition à première vue surprenante ou choquante, c'est-à-dire allant contre le sens commun. En ce sens, le paradoxe désigne également une figure de style consistant à formuler, au sein d'un discours, une expression, généralement antithétique, qui va à l'encontre du sens commun.

Le paradoxe est au moins une proposition qui contient ou semble contenir une contradiction logique, ou un raisonnement qui, bien que sans faille apparente, aboutit à une absurdité, ou encore une situation qui contredit l'intuition commune³. Dans cette réflexion, le paradoxe est l'ensemble de deux affirmations qui impliquent une tension conflictuelle entre elles,

¹ DE VISSCHER (Ch), *Théories et réalités en droit international*, Paris, Pedone, 4^e éd., 1970.

² Pour les besoins de la présente contribution, nous emploierons indistinctement les expressions « droits des peuples à disposer d'eux-mêmes » et « droit à l'autodétermination » afin d'indiquer le même phénomène.

³ Voir la neuvième édition du dictionnaire de l'Académie française.

puisqu'elles semblent évidemment vraies à propos l'interprétation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

L'indiscutable diversification des acteurs des relations internationales qu'on observe à l'heure actuelle, tendance qui incontestablement est en train de s'accroître, ne rompt pas encore radicalement avec le privilège étatique. L'État occupe en effet une place privilégiée parmi les différents types de sujets du droit international, parce que seul, il possède la souveraineté, c'est-à-dire la plénitude des compétences susceptibles d'être dévolues à un sujet de droit international⁴. L'État s'identifie à la souveraineté, interne et internationale, du fait de la légitimité que lui reconnaît la population qu'il régit et dans une moindre mesure, de la légitimité qui lui est consentie par la communauté internationale.

« [L]a souveraineté internationale de l'État est intimement liée à la façon dont les gouvernements conçoivent et appliquent l'autorité de la nation, c'est-à-dire la souveraineté interne »⁵. L'indépendance quant à elle se révèle à la fois comme la condition et le critère de la souveraineté. Une fois celle-ci reconnue à une collectivité nantie des attributs de l'entité étatique, elle devient garante de l'indépendance.

Toute collectivité humaine ne peut donc se voir reconnaître la souveraineté internationale. Celles qui sont indépendantes de toute subordination dans l'ordre international ont cette qualité. L'appréciation de cette indépendance concerne des collectivités organisées, à l'intérieur d'un espace donné. C'est ce qui est désigné par la théorie des éléments constitutifs de l'État dont l'existence juridique suppose effectivement la réunion d'une population, d'un territoire et d'un gouvernement dont la conjonction est nécessaire à sa formation.

Un gouvernement ne saurait prétendre engager, du fait de sa seule formation, la création d'un État lorsqu'il n'exerce pas effectivement son autorité à l'égard d'une population sise sur le territoire qu'il prétend régir. C'est ainsi notamment que les gouvernements en exil, comme le gouvernement polonais pendant la Seconde Guerre mondiale, ne sauraient, dans leurs relations

⁴ Cf. Avis de 1949 de la CIJ sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies.

⁵ CHAUMONT (Ch), « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté de l'État » dans *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960. Voir également CHARPENTIER (J), « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines » in *Société française pour le droit international, L'État souverain à l'aube du XXIème siècle : Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 1994 aux pp 11-37 ; *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984 (notamment la contribution de CHARPENTIER (J)).

internationales, représenter légalement l'État dont ils se prévalent ; ceci parce que précisément, ils ne possèdent pas l'effective maîtrise des compétences souveraines⁶.

Le territoire constitue le socle de la souveraineté. Celle-ci se déploie sur l'espace assigné à son exercice par la mise en œuvre des compétences aménagées par le droit international, dont la réunion confère à l'État qui les possède la personnalité internationale. La compétence et la personnalité sont les attributs de la souveraineté qui est elle-même par nature insubordonnée, mais demeure l'expression juridique d'une indépendance de fait. Elle n'en est pas moins soumise à certaines limites légales dont le nombre et l'ampleur ont crû, à l'époque actuelle, sous l'effet d'un certain nombre de causes à la fois matérielles et normatives.

L'État n'est définitivement constitué que lorsqu'il est devenu indépendant. La formation de l'État revêt un caractère factuel : d'une part, l'accession à l'indépendance d'une collectivité nouvelle est essentiellement une donnée de fait ; d'autre part, le droit international constitué par l'ensemble des normes et des institutions destinées à régir la société internationale, ne pèse sur le processus que lorsqu'est en cause le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Le droit international inclut un ensemble de techniques et de procédures que les États utilisent pour donner à l'expression de leur volonté et à la satisfaction de leurs intérêts une expression formelle, dotée en principe de force obligatoire. Il est une technique de formalisation des volontés souveraines permettant d'établir une large mesure de stabilité et de prévisibilité aux relations établies entre les États, directement ou dans le cadre des organisations internationales. Les relations entre les nations sont basées « *sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes* »⁷.

La Cour Internationale de Justice (CIJ) a reconnu, dans les avis consultatifs sur la *Namibie*, du *Sahara occidental* et des *Chagos*, l'existence en droit international du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, contribuant ainsi à la réalisation de ce droit fondamental, préalable indispensable à l'existence de tous les autres droits de l'homme. Ce droit est essentiel à la jouissance de tous les autres droits de l'homme.

⁶ Une exception a été faite pour le gouvernement du Koweït pendant l'occupation illégale de son territoire par l'Irak entre Août 1990 et février 1991, la communauté internationale n'entendait pas reconnaître une annexion accomplie par la force et sans le consentement des populations concernées.

⁷ Article premier de la Charte des Nations Unies.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit reconnu à un peuple de librement déterminer son destin, dont la mise en œuvre est dominée par la décolonisation, est une idée qui ne cesse de hanter le discours des juristes internationalistes, comme si sa répétition incantatoire pouvait permettre d'ancrer un peu plus son existence dans la réalité et la transformer en un fait tangible et concret. Le juriste internationaliste s'est toujours senti préoccupé par la question de savoir si ce droit a épuisé son utilité et sa raison d'être avec la fin de la période de décolonisation ou s'il a une vocation universelle qui le conduirait aujourd'hui à s'appliquer à d'autres situations et à d'autres peuples⁸.

Depuis la proclamation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes par la Révolution française à la fin du XVIII^e siècle, ce principe ne cesse d'être réinterprété en fonction de l'histoire, de la situation des peuples. L'axe directeur de ce droit tend à se déplacer, puisque le libre choix du peuple est ouvert : le peuple peut opter pour la souveraineté étatique, s'insérer dans un ensemble ou se doter d'un statut original⁹.

Pour autant, dans l'univers des relations internationales, les concepts juridiques ont souvent une vie aventureuse, pleine de rebondissements, qu'en général leurs initiateurs n'avaient guère prévue. Destinés au départ à caractériser une situation de fait en vue de lui assurer continuité et légitimité, ils ont, par essence, une forme abstraite qui n'interdit à personne, dès lors qu'on est dans le champ de référence, d'en user ou d'en abuser à des fins quelquefois totalement opposées à celles qui ont d'abord prévalu¹⁰. L'agilité de l'esprit curieux peut être frappée par les paradoxes de la logique formelle questionnant les prémisses du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Ce droit exclut pour un peuple toute forme de cession et d'annexion forcées. Il établit un lien entre son consentement et la structure étatique dans laquelle il doit se développer et trouver son bien¹¹. Il apparaît à la fois comme une conquête sociale et politique dans l'ordre juridique interne et un principe structurel de l'ordre juridique international au même titre que l'interdiction de la menace ou l'usage de la force dans les relations internationales ou l'égalité souveraine des

⁸ Voir LABEAU (P-C). « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : son application aux peuples autochtones ». *Les Cahiers de droit*, 1996, Vol 37, n° 2, pp. 507-542.

⁹ Voir la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

¹⁰ COLIN (JP), « Variations sur la souveraineté », *Annuaire Français de Relations Internationales*, Centre Thucydide, Volume X, 2009.

¹¹ GINGRAS (D), « L'autodétermination des peuples comme principe juridique ». *Laval théologique et philosophique*, 1997, Vol 53, n°2, pp. 365-375.

Etats impliquant le libre choix du statut politique, le mode de développement et l'interdiction de toute intervention extérieure susceptible d'affecter ce libre choix¹².

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est vu par beaucoup comme une norme impérative du droit international - le *jus cogens* - « *acceptée et reconnue* » comme telle par la « *communauté internationale des États dans son ensemble* »¹³. Cette dimension juridique fait qu'il faut se garder de minimiser ce droit en invoquant sa non application au regard de l'interprétation restrictive que certains lui donnent ou l'absence d'une procédure spéciale assurant sa mise en œuvre¹⁴. Ce droit a en effet d'abord été associé au principe d'autodétermination pendant la décolonisation et reposait sur une dialectique associant exercice du pouvoir, accord des gouvernés et libération d'une domination étrangère.

L'autodétermination a été promue par le gouvernement américain au lendemain de la première guerre mondiale. Ce n'est qu'au terme de la seconde guerre mondiale que ce principe sera mis en avant dans différents textes internationaux, jusqu'à la Charte des Nations Unies qui reconnaîtra alors explicitement le « *principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes* »¹⁵. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté plusieurs Résolutions réitérant ce principe, auquel la CIJ a conféré une portée s'imposant à tous les Etats¹⁶. Elle a également adopté en 1966 le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces textes affirment que tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes.

Un véritable droit à l'autodétermination a pu être ainsi reconnu lorsqu'il était question pour des peuples de s'affranchir d'une domination étrangère. Il devient en revanche plus compliqué de l'admettre lorsqu'il s'agit de soutenir des ambitions indépendantistes fondées sur des spécificités distinguant une population du groupe national auquel elle était jusqu'alors liée. La notion d'autodétermination et ses conséquences se retrouvent ainsi en débat. La

¹² Voir la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

¹³ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, article 53. Voir également : Commission du droit international, ACIDI, vol. II, 1966, p. 270 et CASSESE (A), *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, p. 320.

¹⁴ Voir GINGRAS (D), *op cit.*

¹⁵ Article 1, alinéa 2.

¹⁶ Résolution 1514 et Résolution 2625.

reconnaissance éventuelle, pour les peuples, du droit à l'autodétermination pourrait entraîner le droit à la souveraineté étatique et, donc, la mise en cause de l'intégrité territoriale.

De telles revendications peuvent se révéler en acte et parvenir à enclencher une véritable dynamique politique, même si l'aspiration à l'autodétermination est loin d'être sûre de se voir concrétiser. Elles peuvent cependant se heurter à la nécessité de contenir les forces centrifuges participant à une érosion de la notion même d'Etat dont la population comprise dans sa diversité représente un élément constitutif déterminant.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est issu du droit international. Il signifie que chaque peuple dispose ou devrait disposer du choix libre et souverain de déterminer la forme de son régime politique, indépendamment de toute influence étrangère. L'exercice de ce droit est en général lié à l'existence d'un Etat spécifique au peuple en question, Etat dont la pleine souveraineté est souvent envisagée comme la manifestation de la plénitude de ce droit qui est un droit collectif qui ne peut être mis en œuvre qu'au niveau d'un peuple.

Cependant, il y a de la difficulté à définir ce qu'est précisément un peuple. L'exégèse de divers instruments internationaux n'apporte aucun début de réponse à l'énigme qui se trouve au cœur de ce droit : qu'est-ce qu'un peuple ? Beaucoup d'ambiguïtés considérables demeurent tant en ce qui concerne la détermination exacte des titulaires du droit à disposer soi-même (qu'est-ce, au regard du droit international, qu'un « *peuple* » ?), que de son contenu.

La notion de « *peuple* » est fondamentale dans le principe sous analyse, car il est le titulaire du droit à la libre disposition. Les conceptions germanique et latine se sont opposées dans l'histoire de l'humanité de la définition du mot « *peuple* ». La première se fonde sur les caractéristiques dites objectives afin de définir tel ou tel autre peuple : la langue, la culture, etc. Un peuple ethniquement homogène doit ainsi se constituer en un seul Etat, d'où des Etats-nation caractérisées par des éléments objectifs communs. Cette articulation de la notion de peuple engendre un déterminisme historique qui fait fi de la volonté du peuple qui, une fois constatée cette identité, ne peut pas ne pas s'unir en un seul et unique Etat. La seconde conception, au contraire, est axée autour de la volonté du peuple, abstraction faite des caractères prétendument objectifs, qui s'exprime librement par le truchement du plébiscite.

Ces deux conceptions se sont matérialisées par deux événements en Europe au XIX^{ème} siècle : l'unification allemande - menée sous la houlette de la Prusse - et l'unification italienne.

Les modalités de la (re-)naissance de ces nouveaux Etats-nation reflètent assez clairement les deux conceptions du peuple qui les ont finalement légitimés. La conception latine influence le droit international contemporain en ce qui concerne le principe d'autodétermination des peuples qui est un droit collectif permettant le respect des droits de la personne et visant à garantir à tous les peuples une représentativité politique réelle.

Dans le contexte de la Charte des Nations Unies, le peuple est assimilé de façon exclusive aux populations colonisées. Cependant, une certaine population ne peut constituer le « *peuple* » pour prétendre à disposer de lui-même par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales¹⁷. En cette époque où il fait un retour en force au cœur du discours politique, le mot « *peuple* » commande donc une certaine prudence, car sa signification concrète sera souvent fonction de la personne qui l'emploie.

Deux événements majeurs fondent l'idéologie politique du principe politique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : la Déclaration d'indépendance des 13 colonies britanniques en Amérique du nord en 1776 pendant laquelle une fraction de la population de la Grande-Bretagne prend les armes et se rebelle à la Couronne pour finalement se détacher de celle-ci et se constituer en tant qu'Etat indépendant ; et la Révolution française ayant inspiré le Décret du 27 mai 1791 et le premier projet de constitution de la France républicaine. Ces événements fondateurs correspondent aux deux dimensions du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : le volet externe et le volet interne du droit à l'autodétermination. Dans le premier cas de figure une fraction de la population d'un Etat prend en main son destin en se séparant du reste de la collectivité, alors que dans le second la population entière entend choisir le système politique de l'Etat. La première situation voit l'émergence d'un nouveau sujet de droit international cependant que dans la seconde c'est la répartition du pouvoir politique et de son agencement qui constitue l'enjeu des aspirations du peuple.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes inclut donc le droit à l'autodétermination interne - le droit d'obtenir le statut de son choix à l'intérieur d'un pays - et le droit à l'autodétermination externe - le droit à l'indépendance - qui « *reconnaît à une population la possibilité de se séparer d'un État, soit pour s'ériger en Etat indépendant, ce qui entraîne comme*

¹⁷ Voir CIJ, 15 octobre 1975, Sahara occidental (avis consultatif) p. 33.

conséquence inévitable la sécession. »¹⁸ La sécession est la séparation d'une partie du territoire d'un État préexistant qui laisse subsister celui-ci : une partie de la population d'un État décide de dissocier une partie du territoire étatique pour former un nouvel État¹⁹.

Dans ce cas précis, un peuple ne se verra reconnaître un droit à la sécession que dans l'éventualité où il lui est impossible de s'autodéterminer dans le cadre des structures étatiques existantes²⁰. Une telle posture contribue à bouleverser la problématique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui repose sur une équation simple, évidente : un peuple = un Etat. Les peuples sont censés appartenir à la même histoire, se penser selon des schémas analogues, mais de nombreux de mouvements à caractère sécessionniste refont surface.

Les conditions d'application du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le cadre des Nations Unies à partir du milieu des années cinquante l'ont en pratique ramené à l'exercice du droit à la décolonisation. Dans le contexte établi par la Charte des Nations Unies, l'indépendance des États issus de la décolonisation a été acquise en invocation du « *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », déjà énoncé, mais sans indication de ses implications pratiques, à l'article premier alinéa 2 de la Charte de l'ONU.

Le processus d'indépendance des peuples anciennement soumis à une domination coloniale est aujourd'hui pratiquement parvenu à son terme, à quelques exceptions près. Le droit à l'autodétermination est à usage unique. Une fois qu'il est devenu effectif dans le cadre des limites administratives coloniales, il ne saurait être juridiquement revendiqué par un peuple intégré à un État indépendant à l'appui de sa propre auto-émancipation. Il n'existe donc pas de droit à la sécession dans les États constitués et ceux-ci sont fondés à défendre, y compris par la force, leur intégrité territoriale²¹.

¹⁸ CALOGEROPOULOS-STRATIS (S), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 187.

¹⁹ On peut citer l'accession à l'indépendance des États issus de l'éclatement de l'URSS, à l'exception de la Russie, mais aussi des États baltes (Estonie, Lituanie et Lettonie), lesquels ont été considérés comme une survivance des anciens États annexés par l'Union soviétique en 1939 (Voir KOSKENNIEMI (M) et LEHTO (M), « Succession d'États de l'ex-URSS », *AFDI*, Vol 38, 1992, pp. 179-279). Dans la période récente, le processus au terme duquel est née, le 9 juillet 2011, la nouvelle République du Sud-Soudan est également une sécession.

²⁰ CHARONNEAU (C), « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : un droit collectif à la démocratie et rien d'autre », *RQDI* n°9, 1995, pp.11-130

²¹ Cet interdit frappant la sécession explique que tant celle du Katanga (1960-1963) que celle du Biafra (1967-1970) échouèrent après avoir été dénoncées par la plupart des États du monde. La seule sécession victorieuse jusqu'au début des années 1990, celle du Pakistan oriental en 1971, doit son succès à un contexte géopolitique particulier (la province était depuis 1947 géographiquement séparée du Pakistan occidental par 1 700 km) et à une conjoncture politique

Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes fait partie intégrante du droit positif et pose un certain nombre de questions difficiles, à la fois politiques et juridiques. La clarté de l'article premier, paragraphe 2 et l'article 55 dans le chapitre IX de la Charte des Nations Unies ne masque pas en effet la complexité évolutive de la problématique de ce droit. Même si le droit international récuse l'autodétermination par sécession, cela ne suffit pas à endiguer les dynamiques séparatistes qui s'expriment de façon violente ou non aux quatre coins du globe, dont les régions kurdes, la Corse, la Catalogne, l'Ecosse et le Cameroun dans les régions du nord-ouest et du sud-ouest.

L'émancipation des peuples colonisés a donné, pendant des décennies, un contenu relativement clair au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : l'indépendance de ces peuples à l'intérieur des frontières tracées par le colonisateur. *« Il implique le droit pour chaque peuple de participer à la définition de son avenir politique, économique, social ou culturel. L'étendue exacte du choix ainsi offert est cependant variable en fonction des circonstances et va rarement jusqu'à inclure la sécession du fait de la nécessaire conciliation du principe d'autodétermination avec celui de l'intégrité territoriale²². »*

Le principe même d'autodétermination demeure toujours très controversé, en dehors du cadre circonscrit des peuples coloniaux. *« 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 »²³*. Dès lors, tous les peuples doivent respecter l'intégrité territoriale des États.

« Dans l'état actuel de son développement, le droit international ne précise pas toutes les conséquences du droit à l'autodétermination²⁴ » qui pourrait produire plus d'effets supplémentaires. Conçu traditionnellement dans le paradigme d'un droit exclusivement interétatique, destiné à réguler et à pacifier les rapports entre États et à assurer ainsi leur coexistence, le droit international se voit assigner des objectifs de plus en plus différents. Suivant

spécifique (soutien militaire de l'Inde à la rébellion) (Voir DIECKHOFF (A), Qu'est-ce qu'un peuple ? L'autodétermination des peuples au XXI^e siècle : perspectives québécoises, comparées et internationales, Nov. 2017, Montréal, Canada, pp. 31-37.

²² FRANCK (TM), HIGGINS (R), PELLET (A), SHAW (MN) et TOMUSCHAT (C), « L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté », in Les attributs d'un Québec souverain, vol. 1, Exposés et études, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1992, p. 420.

²³ La Résolution 1514 (Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (1960)).

²⁴ Avis n° 2, 11 janvier 1992.

l'évolution des priorités et des préoccupations de la communauté internationale, le paradigme du droit international évolue également²⁵.

Comme le droit à l'autodétermination n'est pas prohibitif, il n'existe aucune de droit international interdisant la sécession, cette question relève de la souveraineté populaire de l'Etat. Cette façon d'appréhender les choses laisse présenter le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme une notion non cohérente, ni stable²⁶, car il existe un conflit entre le droit d'un peuple à exprimer son choix relativement à son destin et le droit des États à l'intégrité territoriale, le droit à l'unité et à la conservation de l'Etat et le droit à la libre disposition. Ce paradoxe pousse à une analyse fine, et de là à une formalisation mieux poussée et à la recherche d'une meilleure cohérence de ce droit.

On peut comprendre la réticence de nombreux Etats à envisager l'existence d'une règle de droit qui risquerait de les mener sur la voie de la dissolution ou, à tout le moins, de leur démembrement partiel. Cette tension mène à l'impasse hors du contexte de la décolonisation, car la plupart des nouvelles revendications fondées sur le droit à l'autodétermination menacent l'intégrité territoriale des États²⁷. Les populations appartenant à un État déjà constitué peuvent difficilement revendiquer leur droit à la libre disposition. Aucun gouvernement ne consent volontiers à rogner ses prérogatives et encore moins à perdre un territoire²⁸.

Le droit des peuples à l'autodétermination externe s'oppose à l'État, c'est-à-dire à son droit à l'unité, donnant souvent lieu à des conflits de toutes sortes, car « *dès que paraît le risque de dissidence, les passions s'exacerbent. Les uns voient poindre enfin un "avenir radieux de liberté", les autres s'agiter dans l'ombre le spectre du démembrement.* »²⁹ Le conflit entre la population qui désire se séparer et l'État qui veut à tout prix maintenir sa domination constitue en fait un paradoxe, voire « *le fond du problème de la sécession* »³⁰.

²⁵ Voir MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2009, p. 36 et s.

²⁶ MOREAU-DEFARGES (Ph), « L'Organisation des Nations Unies et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », in *Politique étrangère*, n°3, 1993, pp. 559-671.

²⁷ Voir CASS (DZ), « Re-Thinking Self-Determination : A Critical Analysis of Current International Law Theories », 1992, *Syracuse J. InfL. & Com.* 21, p.18.

²⁸ BEGUELIN (R), « La question jurassienne », dans *Le Droit à l'autodétermination* (Actes du colloque international de Saint-Vincent), p. 142.

²⁹ GUILHAUDIS (J-F), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Presses Universitaires de Grenoble, 1976, p. 30.

³⁰ Voir GINGRAS (D), *op cit.*

En effet, il est difficile, à une période où la question de dépassement de l'espace étatique national, consacré et affermi par l'intangibilité est à l'ordre du jour, de concilier le droit de l'État à l'unité et à la conservation avec le droit d'une partie de sa population à la sécession, c'est-à-dire à l'exercice de son droit à la libre disposition³¹. Le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation est une conséquence naturelle de la définition territoriale de l'autodétermination. Mais, les Etats sont loin d'être à même de renoncer aux prérogatives de leur souveraineté nationale et étatique, mais au contraire affirment vigoureusement leur décision de défendre leur indépendance et leur souveraineté en tant que facteur décisif du progrès et de la prospérité de chaque pays.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne saurait menacer l'intégrité, l'unité des Etats existants, car la décolonisation achevée, tous les peuples auront disposés d'eux-mêmes ! Les frontières des Etats, au jour de leur indépendance, constituaient une réalité tangible. Les frontières et leur fixité, l'Etat et sa souveraineté devaient avoir un avenir certain et tout particulièrement si aucun changement d'envergure historique n'intervenait quant à l'approche du pouvoir et au nécessaire aménagement de l'espace politique.

Les États eux-mêmes issus de la décolonisation s'opposent très souvent aux revendications d'indépendance émises par certaines catégories de leur population, au motif du caractère intangible des frontières léguées par l'ancien colonisateur³². L'intensification de la lutte pour consolider l'indépendance, pour l'unité nationale et la manifestation avec force du sentiment national attestent que de tels Etats se trouvent dans une posture délicate. Mais, il n'existe ni force ni arme au monde qui puisse faire échec à la volonté de lutte d'un peuple décidé à défendre sa liberté et son indépendance. Un peuple qui veut cesser d'être des objets passifs du droit cherche de façon réactive et conjoncturelle, voire systématiquement, à orienter l'évolution des choses et à devenir partie prenante aux changements qui les concernent.

Il devient légitime, au moment où de vastes transformations sociales secouent l'ensemble du globe et que le mouvement de revendication de la reconnaissance de l'identité et des droits de l'homme connaît une ampleur sans précédent, d'avoir une vue pertinente de la nature et du rôle effectif du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en se défiant des visions idéales, même si,

³¹ *Ibid.*

³² DUPUY (PM) et KERBAT (Y), *Manuel de droit international public*, Dalloz, 14^e éd. 2018.

à l'inverse, c'est trahir une démarche positive que de sous-estimer la réintégration des valeurs éthiques dans les assises de ce droit après la décolonisation. Une fois ce processus terminé, le peuple, instrument déterminant de la promotion des nouveaux États, la cause « *des Peuples* » serait-elle à son tour leur victime ?

Cette question existentielle est au cœur des débats au moment où la complexité des problèmes que l'humanité doit résoudre montre clairement que l'affirmation de l'indépendance et de la souveraineté nationale, l'action sans obstacle des États souverains constituent la voie pour la mise en œuvre du potentiel matériel et humain gigantesque représenté par les nations souveraines. On assiste en effet à la remise en question du statut du peuple, mais aussi la nouvelle vague de revendications générée par les peuples remet en question, et dans certains cas rejette, les fondements de la souveraineté de l'État sur son territoire. Cela induit l'altération de la conscience nationale, la sclérose du sentiment national : de nouvelles aspirations et idéaux fragilisent tous les domaines de la conscience nationale, anéantissent les efforts, attitudes et décisions de nature à ne pas assurer la permanence de l'État.

Le droit des peuples à l'autodétermination externe est réservé au domaine de la décolonisation. Sans le consentement de l'État dans lequel il se trouve, un peuple non colonial ne peut accéder à l'autodétermination externe. Mais, « *reconnaître un droit à l'autodétermination et à l'indépendance aux peuples coloniaux et refuser ce droit à toute population qui ne porte pas l'étiquette coloniale, constitue une contradiction.* »³³

Cette réflexion, s'inspire des ressources heuristiques des sciences de l'argumentation et du syncrétisme méthodologique³⁴, socle d'une construction de la pensée juridique complexe³⁵. Elle se charge d'élucider le paradoxe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en tentant de saisir et de réduire l'ambiguïté fondamentale de ce droit tenant à l'absence de critères objectifs permettant de déterminer avec certitude ses titulaires. Ce droit est en effet équivoque : il tend, par une formule mobilisatrice, à tirer de l'idéal démocratique des conséquences pratiques, en mettant

³³ CHARPENTIER (J), *Institutions internationales*, 4e édition, Dalloz, 1972, p. 17.

³⁴ Voir : PREVAULT (J), « La doctrine juridique de Kelsen », in *Annales de l'Université de Lyon*, fasc. 27, Paris, Librairie du recueil de Sirey, 1965, p. 47 ; CUBERTAFOND (B), *La création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 7 et OST (F) et VAN DE KERCHOVE (M), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, p. 454 et 456.

³⁵ Voir NTONO NTSIMI (G), *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains. Contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux africains*, Thèse de doctorat, Yaoundé, Université de Yaoundé II, 2012, pp. 47- 48.

le droit international au service d'intérêts politiques parfaitement respectables, sans être assuré que les conditions nécessaires pour qu'il remplisse sa fonction soit remplies³⁶.

Dans la pratique internationale, le droit à la libre détermination semble uniquement se limiter à la libération coloniale. Ce qui présume qu'une fois l'indépendance acquise, rien ne peut être mis en cause, concernant le statut qui en résulte. En d'autres termes, une fois l'État constitué, celui-ci est le dépositaire et le garant de la libre disposition du peuple qu'il régit. Ce qui amène à faire du droit des peuples un droit de l'État et non du peuple face aux revendications, plus diverses et au mépris du « *respect des frontières existant au moment de l'accession à l'indépendance* », qui se multiplient tel que lorsque les confrontations ne dégèrent pas en conflits ouverts, elles alimentent les tensions et confusions incessantes.

La vigueur du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est attestée par une expression contemporaine : la mobilisation des peuples autochtones qui constituent les premières nations écrasées par le rouleau compresseur de la conquête et de la colonisation et maintenues dans une marginalisation économique et politique endémique. Ces peuples ont choisi d'agir à l'intérieur de leurs États respectifs et sur la scène internationale en affirmant leur libre disposition d'eux-mêmes qui passe, au minimum, par le droit à l'autonomie culturelle, voire administrative, et à la propriété de leurs territoires traditionnels. La plupart de ces peuples se contentent de la reconnaissance de droits collectifs élémentaires à l'intérieur des États existants, mais certains entendent aller plus loin, vers une large autonomie interne, établie sur une base territoriale ou, carrément vers l'indépendance³⁷.

Un problème fondamental est celui de l'identité du détenteur du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et la nature des droits et devoirs correspondants, en toile de fond l'équivocité profonde de la positivité et, plus encore la normativité de ce droit autour des problématiques relatives à la promotion des nouveaux États et la subjugation des peuples. C'est là une question d'une importance capitale, du point de vue de la sphère d'application et du contenu

³⁶ CHARPENTIER (J), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international public positif*, Communication dans le cadre de la première Conférence Maximilien-Bibaud, octobre 1984.

³⁷ Pour le premier cas de figure, on peut citer les Inuits du Canada qui bénéficient depuis 1999 d'un territoire spécifique, le Nunavut ; et dans le second cas, les Ouïghours, peuple turco-mongol de sept millions d'âmes habitant le Xinjiang chinois (Voir DIECKHOFF (A), *op cit.*

juridique du principe de ce droit, le paradoxe serait alors un principe d'action intelligente pour une gestion constructive des contradictions relevées dans le cadre ce travail.

Les peuples, qu'ils soient ou non constitués en Etat, qu'ils aient ou non atteint le stade de nation, sont les titulaires du droit d'autodétermination³⁸. L'Etat quant à lui est l'instrument de l'exercice de ce droit entre les mains du (ou des) peuple(s) qui le compose(nt) bien que dans les instruments internationaux, le terme de nation est souvent utilisé en lieu et place de l'Etat ou du (des) peuple(s)³⁹. La nation présuppose la possession en commun d'un riche legs de souvenirs, d'un héritage reçu de façon indivise et le consentement actuel ou le désir de vivre ensemble ainsi que la volonté de continuer.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue un sujet constamment d'actualité pour les internationalistes. Cette attractivité est patente tant pour des réflexions en faveur de ce droit que pour celles qui sont en sa défaveur. Ce droit est complexe, car il comporte un paradoxe, mais doit se comprendre non pas dans une perspective fermée ou d'opposition tranchée, mais comme le couplage d'éléments contraires selon une dynamique d'équilibration. Pendant la décolonisation, le peuple apparaissait comme un instrument déterminant de la promotion des nouveaux États (I), mais une fois ce processus terminé, la cause « *des Peuples* » ferait de ces derniers des victimes, subjugués par l'Etat (II).

I- LE PEUPLE, INSTRUMENT DE LA PROMOTION DES NOUVEAUX ÉTATS

Le passage des territoires coloniaux en États indépendants est généralement analysé comme le triomphe du mouvement de libération nationale qui a conduit diverses luttes contre la domination étrangère. Le mouvement de libération a atteint son objectif de création d'États juridiquement séparés des anciennes puissances coloniales. Cette victoire contre les puissances coloniales est certainement le résultat, dans la plupart des cas, de la mobilisation des peuples dominés. L'action de tels mouvements apparaît comme globalement inspirée par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui est une formule simple, mais dont la concision est parfois source d'ambiguïtés bien qu'expliquant également la dynamique qui lui est propre.

³⁸ Voir les Documents de la Conférence des Nations Unies, I/1/A/19 (t. VI, p. 175).

³⁹ Voir § 268 de l'étude intitulée Le droit à l'autodétermination : développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies, élaborée par CRISTESCU (A), 1981.

L'accession à l'indépendance politique des anciennes colonies était fondamentalement une aspiration des peuples intéressés. Cependant, la définition du concept de « *peuple* » exacte est empreinte de flou juridique, ce qui fait que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes soit complexe. « *Les peuples se définissent par les droits et obligations qui leur sont reconnus par le droit international* », qui varient en fonction de la situation concrète de chaque peuple. Cela fait de ce droit « *un principe à contenu variable* »⁴⁰.

Un peuple pourrait revendiquer son droit à la libre disposition « *dès lors que ce dernier témoigne lui-même de son existence comme peuple en s'engageant dans une lutte pour la reconnaissance de ce droit* »⁴¹. La reconnaissance sera plus aisée lorsque « *le territoire est relativement bien défini, si ses membres sont unis dans une communauté de langue et de culture et s'ils aspirent à vivre ensemble dans le cadre d'institutions librement acceptées* »⁴².

Ces postulats sont plus pertinents au moment où le sentiment d'appartenance subjective à un peuple et la mobilisation nationaliste se confondent. En arrière-fond de la seconde, il y a nécessairement un projet politique de souveraineté. Souvent ce projet est l'indépendance, parfois seulement l'autonomie. Il ne s'agit pas là d'une simple affirmation identitaire comme cela peut être pour un peuple dont le contenu mérite d'être exposé (A) au même moment que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (B).

A- Le contenu de la notion de « *peuple* »

La détermination des peuples dans la lutte d'indépendance est indéniable. Mais, le peuple demeure une « *notion fort imprécise désignant une collectivité sociale dotée de caractéristiques communes suffisamment significatives pour atteindre un niveau minimal d'unité et d'autonomie* »⁴³. La fréquence incantatoire avec laquelle on évoque le « *peuple* » semble être inversement proportionnelle à la clarté de ce même terme, dont on peut distinguer différentes acceptions (1). Celles-ci sont importantes dans la détermination des critères et modalités d'identification d'un peuple (2).

1- Les différentes acceptions de la notion de « *peuple* »

⁴⁰ DAILLIER (P) et PELLET (A), *Droit International Public*, 7e édition, Paris, LGDJ, 2002, p 520.

⁴¹ ARBOUR (JM) et PARENT (G), *Droit International Public*, 2e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, p 258.

⁴² *Ibid.*

⁴³ HERMET (G) et al., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8e éd., Armand Colin, 2015.

Il est difficile de parvenir à une définition précise du terme « *peuple* » car l'identification d'un peuple auquel s'appliquerait le principe peut présenter des problèmes extrêmement complexes. Les diverses possibilités d'interprétation et les incertitudes qui en résultent risquent, dans beaucoup de cas, de faire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes un instrument dirigé contre l'intégrité territoriale et l'unité politique des Etats.

La Charte et les autres instruments des Nations Unies n'apportent que peu d'éléments sur la définition du mot « *peuple* » ni de moyen permettant de le définir avec certitude parce qu'ils ne contiennent pas de détails ni d'explications relatives à ce concept. Il n'existe ni texte, ni définition reconnue permettant de déterminer ce qu'est un « *peuple* » bénéficiaire de ce droit. En attribuant la qualification de « *peuple* » on ne saurait établir aucune distinction fondée sur le fait que certains peuples se trouvent sous la souveraineté d'un autre pays, ou qu'ils vivent sur un continent particulier, ou qu'ils disposent de territoires indépendants, ou qu'ils vivent sur le territoire d'un Etat souverain. Il faudrait entendre par le mot « *peuples* » tous ceux qui sont en mesure d'exercer leur droit à disposer d'eux-mêmes, qui occupent un territoire homogène et dont les membres sont apparentés sur le plan ethnique ou à d'autres égards.

L'autodétermination devait être envisagée dans son application pour les peuples occupant une région géographique qui, en l'absence d'une domination extérieure, aurait formé un Etat indépendant - cas des territoires coloniaux, sous tutelle, etc.-. Elle devait également être envisagée pour des peuples occupant un territoire devenu indépendant, mais qui peuvent être soumis à des formes nouvelles d'oppression et notamment au néo-colonialisme. Les seuls bénéficiaires de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes seraient les peuples se trouvant sous la domination coloniale ou étrangère. Le fait qu'il soit ardu de se mettre d'accord sur une définition de ce mot ne doit en aucun cas empêcher l'application du principe de l'autodétermination aux peuples coloniaux, car la communauté internationale est parvenue à une maturité suffisante pour savoir distinguer entre une autodétermination authentique et une autodétermination servant à camoufler une sécession.

Il est difficile de parvenir à une définition précise du terme « *peuple* » car l'identification d'un peuple auquel s'appliquerait le principe peut présenter des problèmes extrêmement complexes. Les diverses possibilités d'interprétation et les incertitudes qui en résultent risquent, dans beaucoup de cas, de faire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes un instrument dirigé

contre l'intégrité territoriale et l'unité politique des Etats. Les peuples pourraient en effet être utilisés contre leurs intérêts véritables pour seconder des desseins d'agression ou de subversion au bénéfice d'intérêts étrangers.

Mal compris, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pourrait aboutir à encourager des mouvements de sécession sur le territoire d'Etats indépendants, où n'importe quel groupe pourrait croire qu'il a un droit immédiat et sans réserve de créer son propre Etat. Aucun Etat ancien ou nouveau ne peut se croire à l'abri de ce danger. Les Etats les plus homogènes ethniquement peuvent faire l'objet de convoitises ou d'entreprises de dislocation.

La question de la définition de la notion de « *peuple* » a toujours été une source de difficultés. Au XIX^e siècle, l'usage du terme « *nation* » s'était imposé et, bien que ce concept fût beaucoup plus étroit, il n'avait pas été possible de parvenir à un accord universel sur une définition. La notion de « *peuple* », beaucoup plus vague et imprécise, s'est révélée encore plus difficile à prévenir. L'identité d'un peuple est facile à établir grâce à des facteurs objectifs, mais il n'en est pas toujours ainsi. Même si cette identité est bien affirmée, des circonstances historiques peuvent lier étroitement deux ou plusieurs communautés distinctes. Dans de pareils cas, l'exercice des droits de l'une d'entre elles, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire, ne peut aisément se réaliser sans porter atteinte aux droits de l'une ou de l'autre.

Dans le contexte de l'élimination du colonialisme, les difficultés rencontrées en vue de déterminer les peuples qui devraient bénéficier du droit d'autodétermination ont été plus faciles à résoudre. Elles ont trouvé leur solution dans l'adoption du principe de l'octroi de l'indépendance « *aux pays et aux peuples coloniaux* » contenu dans la Déclaration de l'Assemblée générale sur ce sujet⁴⁴.

La question d'une définition du terme « *peuple* » peut influencer sur les mesures à prendre concernant certains aspects de la question, notamment l'aspect politique de l'exercice du droit d'autodétermination, c'est-à-dire le droit des peuples à choisir leur statut politique international. Ainsi, en raison du fait qu'une telle définition n'a pas été formulée, l'Organisation des Nations Unies a manifesté de la prudence dans les cas d'autodétermination politique, bien qu'elle ait agi

⁴⁴ Résolution 1514 (XV).

avec fermeté dans le domaine de la liquidation du colonialisme. Cette attitude est explicable, étant donné les conséquences que pourrait avoir les décisions dans ce domaine.

Il serait présomptueux de chercher à établir une définition qui puisse être utilisée dans toutes les parties du monde et qui convienne à toutes les situations. Cependant, on ne peut pas ignorer les éléments de définition dégagés au cours des discussions qui ont eu lieu à ce sujet au sein de l'ONU. Ces éléments peuvent être pris en considération dans les situations concrètes où l'on devra décider si une entité constitue ou non un peuple apte à jouir et à exercer le droit d'autodétermination :

a) Le terme « *peuple* » désigne une entité sociale possédant une évidente identité et ayant des caractéristiques propres ;

b) Il implique une relation avec un territoire, même si le peuple en question en avait été injustement expulsé et artificiellement remplacé par une autre population ;

c) Le peuple ne se confond pas avec les minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, dont l'existence et les droits sont reconnus à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Le terme « *peuple* » n'admet aucune exception ; il englobe « *les populations de tous les pays, de tous les territoires dépendants, non autonomes ou sous tutelle*⁴⁵ ». Par conséquent, le droit à la libre disposition concerne « *tous les peuples qu'ils soient déjà constitués ou non en État indépendant* »⁴⁶. La signification du mot « *peuple* » est plus large que celle du mot « *nation* », bien que les deux expressions soient parfois utilisées conjointement. Il ne faut pas cependant confondre le « *principe des peuples* » et le principe beaucoup plus complexe et restrictif des « *nationalités* »⁴⁷. Le principe de nationalités est que chaque nation a le droit à se constituer en État indépendant⁴⁸.

⁴⁵ CALOGEROPOULOS-STRATIS (S), *op cit*, p. 25.

⁴⁶ N'KOLOMBUA (A), « L'ambivalence des relations... », p. 458.

⁴⁷ Le principe des nationalités « *attribue à chaque nation la souveraineté d'elle-même, et du territoire qu'elle habite ; il lui donne la faculté de se constituer et d'adopter les règles afin de se choisir un gouvernement conforme à ses besoins. C'est ce principe qui lui donne le droit de se transformer de nation en Etat.* » (MANCINI cité par CALOGEROPOULOS-STRATIS (S), *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 388 p., p. 26.)

⁴⁸ Lors du mouvement général de décolonisation des années 1960, le principe des nationalités sera écarté. Pour soutenir les revendications d'indépendance des colonies, on aura recours au « *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* » ou

On pourrait privilégier une approche subjective du peuple comme un rassemblement d'individus unis par la volonté de partager un destin commun, soit une communauté de destins qui pourra bien sûr être fondée sur une histoire partagée et une langue commune. Mais, d'une part, cette perception n'a pas toujours existé. Il y a donc une historicité des peuples. La notion de « *peuple* » est donc aussi performative. Le simple fait qu'elle soit énoncée et utilisée de façon répétée, finit par conférer une reconnaissance publique et un poids politique à ce qu'elle énonce. Un peuple n'existe que parce qu'un nombre important de personnes se reconnaissent en lui et l'affirment de façon récurrente.

2- Les critères et modalités d'identification d'un peuple

Le droit des peuples est destiné à s'exercer à l'encontre d'un État dont l'un d'entre eux conteste le plus souvent à son égard l'autorité. La notion de peuple est irréductible à celle de population, au sens classique du droit international, mais également à celle de minorité⁴⁹. Classiquement, on s'accorde à distinguer deux types de critères d'identification, l'un objectif, constitué par la réunion d'éléments ethniques, culturels, linguistiques et géographiques, l'autre, subjectif, caractérisé par le constat, au sein d'une population donnée, d'un vouloir vivre collectif, lequel devrait déboucher sur le droit des peuples à « *témoigner d'eux-mêmes* »⁵⁰.

La reconnaissance par la collectivité internationale d'un peuple titulaire du droit à l'autodétermination se fait le plus communément par l'intermédiaire d'un vote exprimé au sein de l'organe plénier des institutions universelles ou régionales à vocation politique dont au premier chef, pour la première catégorie, l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même et, pour la seconde, les différentes organisations régionales dont l'Organisation de l'Unité africaine. La détermination d'un titulaire du droit à l'autodétermination ne se fait pas en pratique par l'auto-élection, mais par la désignation effectuée par un organe tiers et où l'appréciation de la légalité est subordonnée à un jugement fondé sur la légitimité de son exercice.

Cette solution, qui fut généralement satisfaisante pendant l'essentiel de la phase historique de décolonisation, aboutit parfois à des résultats plus contestables. On est ainsi parvenu à critiquer le choix opéré par une population pourtant consultée dans des conditions parfaitement conformes

au « *droit à l'autodétermination* » (ramenés en pratique à l'exercice du droit à l'indépendance ou droit à la décolonisation).

⁴⁹ Voir CASSESSE (A), *op cit*, p.140 et BONICHOT (J-C), « L'évolution récente de l'extradition passive en France », *AFDI*, 1984, p. 19.

⁵⁰ Voir CHAUMONT (Ch) *op cit*.

à la pratique désormais usuelle du référendum⁵¹. C'est spécifiquement le cas pour l'île de Mayotte où, par trois fois, la population a manifesté sans équivoque sa volonté de rester française en refusant d'être intégrée à la République des Comores⁵².

Les jugements portés par l'Assemblée générale à l'égard du résultat de ces consultations furent extrêmement sévères puisqu'elle y vit une « violation de l'unité nationale, de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de la République indépendante des Comores »⁵³. Dans le cas du peuple kurde réclamant avec constance depuis des temps reculés son indépendance à l'égard des quatre États sur le territoire desquels il est dispersé⁵⁴, le principe de l'intégrité territoriale est invoqué indépendamment de celui de *l'uti possidetis juris*, c'est-à-dire le principe du respect des frontières coloniales par le nouvel État, puisqu'il ne s'agit pas, à titre principal, d'une situation héritée de la colonisation.

Le problème est qu'il n'y a pas de définition de la notion de « peuple »⁵⁵ admise au niveau international. C'est ce qui explique peut-être le fait que le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale laisse à « l'individu concerné » la liberté de déterminer lui-même s'il appartient à un groupe ou à des groupes raciaux ou ethniques particuliers⁵⁶. Sur la base des discussions au sein de l'ONU, la définition suivante pourrait être utilisée pour déterminer si une entité constitue ou non un peuple apte à jouir et à exercer le droit à l'autodétermination :

« a) le terme « peuple » désigne une entité sociale possédant une évidente identité et ayant des caractéristiques propres ; b) il implique une relation avec un territoire, même si le peuple en question en avait été injustement expulsé et artificiellement remplacé par une autre population ; c) le peuple ne se confond pas avec les minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, dont

⁵¹ Dans ce cas particulier, l'exercice du droit à l'autodétermination a semblé impliquer une consultation démocratique (exemple : référendum de 1953 à 1959 concernant le Togo (Voir les Résolutions 750 (VIII), 860 (IX), 944 (X), 1044 (XI), 1046 (XI), 1182 (XII), 1253 (XIII) et 1416 (XIV) de l'Assemblée générale) et le Cameroun en 1958 et 1959 (Voir les Résolutions 1282 (XIII), 1349 (XIII), 1350 (XIII) et 1352 (XIV) de l'Assemblée générale).

⁵² Le 12 décembre 1974, le 8 février 1976 et le 11 avril 1976.

⁵³ Résolution 31/4 du 21 octobre 1976.

⁵⁴ Il s'agit de l'Iran, l'Irak, la Syrie et la Turquie.

⁵⁵ Nous nous référons ici essentiellement au sens du terme « peuple », donné par les instances onusiennes.

⁵⁶ Cf. Observation générale VIII concernant l'interprétation et l'application des paragraphes 1 et 4 de l'article 1er de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée en 1990.

l'existence et les droits sont reconnus à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. »⁵⁷

« En résumé le droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies ; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère ; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination »⁵⁸.

B- Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Les peuples ont utilisé leur droit à l'autonomisation pour accéder à l'indépendance. Pour avoir la quintessence, c'est-à-dire le condensé de droit qui paraît aujourd'hui à maints égards paradoxaux, il est fondamental de présenter tout d'abord ses interprétations possibles (1) avant de dévoiler son contenu (2).

1- Les interprétations possibles du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

En revenant sur les travaux de la huitième session de la Commission des droits de l'homme et particulièrement sur le point portant examen de la définition de l'expression « *le droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes* », on peut remarquer que plusieurs opinions ont été exprimées donnant lieu à diverses interprétations possibles⁵⁹ :

- a) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes équivaudrait à l'autonomie.
- b) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes signifiait qu'un peuple a le droit de décider de son statut international (accès direct à l'indépendance, association, sécession, union, etc.), tandis qu'il fallait entendre par le droit à s'administrer eux-mêmes un droit d'autonomie dans l'administration intérieure d'un pays.
- c) le droit d'autodétermination pouvait aussi se rapporter aux peuples qui sont engagés dans une lutte pour leur indépendance.

⁵⁷ Voir § 279 de l'étude intitulée *Le droit à l'autodétermination : développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, élaborée par CRISTESCU (A), 1981.

⁵⁸ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 au para 138.

⁵⁹ Voir les Documents officiels du Conseil économique et social, quatorzième session, Supplément n°4 (E/2256), par. 34 et suiv.

d) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes se rapporte aussi aux peuples qui se sont déjà constitués en Etats nationaux indépendants et dont l'indépendance se trouve menacée.

e) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes signifierait que les peuples ont le droit de déterminer librement, par eux-mêmes et pour eux-mêmes, leur statut politique, économique, social et culturel.

j) le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes devait être proclamé en faveur de tous les peuples et tout particulièrement des populations des territoires non autonomes.

g) il ne fallait pas envisager le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes uniquement d'un point de vue politique, mais aussi d'un point de vue économique, étant donné que l'indépendance économique constitue la base de l'indépendance politique, et qu'il convenait de reconnaître le droit à disposer librement de leurs propres ressources naturelles.

h) si l'on voulait réformer les abus auxquels donnent lieu les droits accordés dans le passé en vertu de conventions, il serait plus indiqué de stipuler des limitations dans ces conventions plutôt que d'incorporer dans un traité des déclarations qui pourraient rendre les contrats caducs et la coopération internationale impossible.

i) tel qu'il est énoncé dans la Charte, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'avait pas une portée illimitée.

j) en raison de la portée limitée de la mention dans la Charte du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes l'article que la Commission devait rédiger pourrait ne pas être compatible avec les dispositions de la Charte ou constituer un amendement virtuel à ces dispositions.

k) le droit de libre disposition est le droit de tous les peuples et de toutes les nations de « *déterminer librement leur statut politique, économique, social et culturel* ».

l) la définition était trop large, qu'on pourrait l'invoquer pour justifier l'autodafé de livres étrangers ou la confiscation de capitaux étrangers. En outre, elle n'était ni assez explicite ni assez complète ; enfin, le sens du mot « *statut* » était loin d'être clair.

m) On a inclus les expressions « *statut politique* » dans le Pacte relatif aux droits politiques et « *statut économique, social et culturel* » dans le Pacte pertinent.

n) On a envisagé de définir le contenu du droit de libre disposition en termes concrets, par exemple en disant qu'il devrait comprendre, pour tous les peuples et toutes les nations, le droit « *de créer un Etat indépendant* », ou le droit « *à la sécession ou à l'union avec un autre peuple ou une autre nation* ».

o) Tous les Etats sont tenus de contribuer à assurer l'exercice de ce droit dans tous leurs territoires et d'en respecter l'exercice dans d'autres Etats.

p) Contre le droit de souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles, on a fait observer que l'expression « *droit de souveraineté permanent* » ne correspondait pas à une notion que l'on pût soutenir, étant donné que les Etats peuvent, à tout moment et de leur plein gré, restreindre eux-mêmes leur souveraineté ; de plus, cette disposition pourrait être invoquée pour sanctionner l'expropriation ou la confiscation arbitraire de biens étrangers ou pour dénoncer unilatéralement des accords ou traités internationaux.

2- Le contenu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le paragraphe 2 de la Résolution 2625 (XXV) prend soin de resituer le principe du droit des peuples par rapport aux autres règles fondamentales de la Charte des Nations Unies, en particulier la promotion de la paix et de la sécurité, les droits fondamentaux de l'homme et la coopération mondiale. On peut, à travers le texte de ces Résolutions, tenter d'appréhender plus précisément le contenu de ce droit à la fois dans la personne de ses titulaires et dans les obligations qui en résultent pour les États existants.

L'analyse des principaux textes onusiens - Charte, Pactes, Déclarations et Résolutions de l'Assemblée générale -, laisse apparaître que la jouissance du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dépend en particulier des éléments suivants : a) le libre choix du statut politique et du développement économique, social et culturel ; b) la souveraineté des peuples sur leurs ressources naturelles ; c) l'égalité de droits des peuples ; d) la non-discrimination ; e) l'égalité souveraine des Etats ; f) le règlement pacifique des différends ; h) la bonne foi dans l'accomplissement des obligations et dans les relations internationales ; j) le non-recours à la force ; i) la coopération internationale et le respect de la part des Etats de leurs engagements internationaux, en particulier en matière de droits humains.

En matière de décolonisation, la libre détermination de soi-même supposait pour le peuple non autonome ou sous tutelle à la fois le droit de parvenir à l'indépendance et celui de déterminer librement son statut politique ainsi que les conditions de son développement économique, social et culturel⁶⁰. Les voies d'accès à l'indépendance n'excluaient pas le recours à la force armée, les Nations Unies ont reconnu à plusieurs reprises la légitimité des luttes de libération nationale y compris lorsqu'elles impliquent le recours par ce peuple à la force armée. Les peuples étaient en droit de chercher et de recevoir un appui conformément aux buts et principes de la Charte⁶¹.

Un territoire non autonome pouvait atteindre la pleine autonomie notamment soit en devenant un État indépendant et souverain ; soit en s'associant librement à un État indépendant ou tout simplement en s'intégrant à un État indépendant⁶². Les modalités de l'expression du libre choix des populations concernées sont généralement celles du référendum, encore que la CIJ ait admis qu'il ne s'agit pas là d'un recours obligatoire⁶³.

Les obligations des États concernaient à la fois tous les États et tous les peuples, c'est-à-dire également ceux qui ne sont pas placés sous domination coloniale⁶⁴. Ainsi, les puissances administrantes devaient mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté exprimée des peuples intéressés mais tous les États ont par ailleurs le devoir de favoriser la libre accession des peuples sous domination coloniale à l'indépendance. La reconnaissance de la légitimité des luttes de libération nationale a paru pouvoir autoriser certaines pratiques dérogatoires à des règles importantes du droit international, en particulier celle de l'interdiction du recours à la force, de même que les principes de non intervention et de non-ingérence⁶⁵.

Le contenu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes peut être aussi établi en déterminant le statut des minorités nationales. Mais, il n'existe pas de définition précise des « *minorités* » bien que certains critères peuvent être utilisés pour les qualifier : auto-identification, appartenance à un même groupe ethnique, critère numérique, partage d'une langue commune, d'une croyance, d'une culture et position non-dominante dans le pays. Les peuples autochtones et

⁶⁰ Voir le paragraphe 2 de la Résolution 1514.

⁶¹ Voir la Résolution 2625.

⁶² Résolution 1541 (XV).

⁶³ Avis de la CIJ de 1975, *Rec.* 1973. 33, § 59.

⁶⁴ Voir la Résolution 2625.

⁶⁵ Voir BOTHE (M) et SCHMIDT (Ch), « Quelques questions de succession posées par la dissolution de l'URSS et celle de la Yougoslavie », *RGDIP*, 1992/4, pp. 811-842.

les minorités sont souvent victimes de discriminations, mais les instruments relatifs aux minorités ne ciblent pas les besoins spécifiques des peuples autochtones.

Les Etats souverains sont le fruit de la volonté des peuples, souvent mobilisés pour le sacrifice suprême de leurs enfants. Les indépendances des anciennes colonies, à l'exception des territoires qui s'étaient prononcés démocratiquement en faveur du maintien au sein de l'ancienne métropole, ont semblé concrétiser universellement la souveraineté en tant qu'aboutissement logique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Si la question de la démocratisation des régimes politiques restait tragiquement posée sous maintes latitudes, les frontières semblaient avoir atteint, sauf exception, leur point de non-retour. Il est devenu classique dans certains courants de pensée de soutenir que, au demeurant, ce droit ne pouvait vraiment s'exercer qu'une seule fois.

Les peuples sont faits et défaits par l'histoire, mais tendent, dans leur travail de promotion des nouveaux Etats, à se croire ou à être considérés comme des ensembles a-historiques, clairement délimités de toute éternité⁶⁶. A côté d'eux, les États, jaloux de leurs prérogatives, ne sont guère désireux de voir entamer leur souveraineté territoriale.

II- L'ÉTAT, INSTRUMENT DE LA SUBJUGATION DES PEUPLES

Les peuples constitués en Etats sont titulaires du droit à l'égalité et à disposer d'eux-mêmes. Ils ne sauraient en être privés parce qu'ils ont formé un Etat indépendant, ce qui signifie que ces peuples sont libres de choisir leurs institutions, de mener librement leurs affaires intérieures et extérieures et de poursuivre leur développement économique, social et culturel. L'exercice du droit à l'autodétermination a pour objectif de réaliser la pleine souveraineté et l'indépendance totale, et tous les Etats doivent s'efforcer de faire en sorte qu'à la suite de l'exercice de ce droit les peuples qui l'exercent puissent choisir de vivre sous un régime qui soit véritablement souverain et pleinement indépendant.

Le respect de ce principe implique, pour tous les peuples constitués en Etat, le droit de décider de leur propre destin sans ingérence extérieure, sur la base de l'expression libre et authentique de leur volonté. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes présente une importance toujours croissante. D'une façon générale, l'autodétermination n'est pas réalisée seulement par la conquête de l'indépendance politique et, même dans ce domaine, elle doit

⁶⁶ Voir MOREAU DEFARGES, *op cit.*

continuer à s'exercer de manière permanente. Mais, aucun Etat ne consent volontiers à rogner ses prérogatives et encore moins à perdre une partie de son territoire.

Le paradoxe est que d'une part que, sur la base du principe du droit à la libre disposition, les différentes tentatives de sécession ayant eu lieu après la décolonisation à l'intérieur des nouveaux États, ont pour la plupart été vigoureusement réprimées par ces derniers ; d'autre part, le caractère souvent arbitraire des découpages territoriaux légués par la colonisation est directement à l'origine de la faiblesse de l'unité nationale. Mais, en remettant en cause les frontières, on risque de multiplier les cas dans lesquels une partie de la population du nouvel État chercherait à faire sécession⁶⁷.

Ceci est patent pour l'Afrique où les frontières tracées par les colonisateurs sont arbitraires et artificielles puisqu'elles sectionnent fréquemment des ensembles humains, ce qui en théorie est un grand pourvoyeur de nationalismes irrédentistes et sécessionnistes. L'importance de la problématique de l'intangibilité des frontières semble donc avérée (B). Bien plus, la dialectique entre de la souveraineté et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes montre des contradictions dans la construction de l'État et le système politique mis en place au lendemain de l'indépendance (A)

A- Le système politique et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Au lendemain de l'indépendance, la plupart des mouvements qui ont milité contre la colonisation adopte des systèmes politiques qui privilégient l'État autoritaire dans lequel les peuples sont subjugués. Certains ont opté pour le système du parti unique ou parti dominant. D'autres ont proclamé des voies libérales, mais ont mis en œuvre des systèmes politiques autoritaires. Cette dynamique s'avère très ambiguë et ne contribue nullement à dissiper les variabilités et contingences entretenues par l'observation de la pratique étatique. Elle est favorable à une analyse de la nature de la souveraineté et son lien avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes au lendemain de la décolonisation (1) et depuis les années 1990 (2).

1- Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes au lendemain de la décolonisation

Au lendemain de la victoire des mouvements de libération nationale sur le colonialisme, de nombreux dirigeants de ces mouvements, souvent après de violentes luttes internes, ont opté pour la construction de systèmes politiques basés sur le parti unique, base substantielle de la tyrannie des peuples. Le contenu ou les caractéristiques d'un tel système sont connus.

⁶⁷ Voir N'KOLOMBUA (A), *L'ambivalence des relations entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'intégrité territoriale des Etats en droit international contemporain*, Mélanges offerts à Chaumont (Ch), p.33 s.

La caractéristique principale du système de parti unique était d'organiser le monopole du pouvoir autour d'un seul parti. Les autres courants ou forces politiques ne pouvaient prétendre ni à l'exercice du pouvoir, ni à l'expression de leurs objectifs, ni même parfois à une existence. Les conséquences sur la vie des personnes et sur les institutions politiques étaient également connues. Seules les organisations et les personnes affiliées au parti ou placées sous son contrôle pouvaient animer les scènes politique, économique et sociale⁶⁸. Les autres forces étaient réduites au silence ou à la clandestinité et leurs dirigeants à l'exil ou à la prison.

Ces caractéristiques ne signifient pas que tous les systèmes de parti unique étaient identiques. Ils pouvaient au contraire présenter des différences notables, notamment en ce qui concerne la consistance des objectifs et des programmes ou la clarté idéologique. Au-delà des discours et des proclamations, le parti unique de l'Union soviétique n'était pas comparable au parti unique ou dominant de certains pays africains, on pouvait d'ailleurs noter de larges différences entre les partis uniques africains eux-mêmes.

Seuls les politiques et les projets nés au sein du parti unique ou parmi les forces dominantes pouvaient être exécutés. La représentativité des institutions élues dépendait complètement de la capacité du parti à élargir ses bases sociales. C'est d'ailleurs là que se jouait l'impact du parti unique sur le droit des peuples à l'autodétermination interne et sur la nature de l'État. Les conséquences du choix du parti unique sur l'expression ou la négation du droit des peuples à l'autodétermination étaient évidentes.

Les partisans du parti unique considéraient qu'ils exprimaient les aspirations populaires comme ils l'ont fait durant la lutte de libération nationale. Le multipartisme devait être un facteur de division des populations à un moment où il convenait de s'unir et de se mobiliser pour agir et non pas s'opposer dans de vaines discussions qui favoriseraient la confusion ou la division au sein du peuple. A l'inverse, les partisans du multipartisme considéraient que la lutte du peuple pour la libération nationale était une aspiration à la liberté sous toutes ses formes.

Le rapport des forces au lendemain de la décolonisation a été favorable aux partis uniques et aux partis dominants. La suprématie du parti unique s'expliquait d'abord par les conditions et les priorités de la lutte anticoloniale, notamment la répression et la clandestinité. La conduite

⁶⁸ Voir ARENDT (H), *Le système totalitaire : Les origines du totalitarisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1972. Voir également BADIE (B) et HERMET (G), *Politique comparée*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.

autoritaire de la lutte de libération favorisait l'éclosion de courants autoritaires. Les forces populaires étaient de surcroît épuisées par la domination coloniale. Parfois, la nation n'était pas suffisamment formée ou solide pour faire oublier les luttes tribales ou claniques.

Les conditions de vie de la majorité de la population, la misère et le chômage ne facilitaient pas les regroupements démocratiques. Le sous-développement constituait la société en parcelles. Cela prenait forme dans la désarticulation de l'économie qui rendait vain ou compliqué l'effort de rassemblement des populations, d'autant plus que la dépendance à l'égard de l'étranger ne facilitait pas l'expression des solidarités intérieures. L'intervention des forces armées dans la vie politique achevait de mettre fin à tout espoir de vie démocratique. On croyait ainsi éviter les divisions grâce à l'interdiction du pluralisme sous toutes ses formes.

Certaines expériences ont pu faire illusion sur la capacité des partis uniques et même sur celles de quelques dictateurs à exprimer les aspirations populaires. Bien souvent les discours de certains dirigeants de systèmes autoritaires magnifiaient le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont ils s'estimaient les défenseurs ou les représentants, mais les régimes autoritaires étaient là en raison de la volonté du peuple. Les politiques engagées étaient justifiées au nom de la légitimité populaire et parfois même également au nom de la légitimité que conférait la lutte de libération nationale.

Il arrivait d'ailleurs que certaines mesures décidées autoritairement profitassent à de larges couches populaires⁶⁹. Des politiques de redistribution du revenu national en faveur de larges couches des populations ont pu être menées par ces régimes. La scolarisation a nettement progressé, au moins quantitativement, et on a pu noter des réalisations dans des domaines tels que le logement, la santé ou même l'industrie et les infrastructures.

Ces quelques réalisations n'étaient rien par rapport à la manipulation et la tyrannie des peuples qui a pourtant eu l'espoir de vivre dans le respect de leur dignité. La principale caractéristique des systèmes politiques était d'empêcher le peuple d'être l'acteur de son propre destin, notamment en interdisant l'autonomie des individus et des groupes. « *[A]u-delà des*

⁶⁹ On peut trouver des exemples dans les régimes de Perón en Argentine, Nasser en Égypte, Tito en Yougoslavie, Boumediene en Algérie, Khomeini en Iran ou d'autres.

soutiens fabriqués par les polices politiques, les systèmes politiques autoritaires d'Amérique latine, d'Afrique ou d'Asie n'acceptent ni l'autonomie des individus ni celle des groupes »⁷⁰.

Le droit des peuples à l'autodétermination ne peut pas être réduit à l'approbation au cours de manifestations populaires manipulées, des lignes générales, des slogans et des décisions énoncées sans aucune participation organisée et libre des personnes et des institutions représentatives de larges parties de la société. « *C'est précisément cette absence de consultation libre et organisée du peuple qui fait la fragilité des 'acquis' des régimes autoritaires.* »⁷¹ « *Dans tous les États modernes, la participation des masses au processus gouvernemental est marginale, comparée à celle des élites [...] Il existe cependant des États où le public est suffisamment impliqué pour qu'on puisse voir en lui un participant* »⁷².

2- Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes depuis 1990

Depuis les années 1990, plusieurs pays ont expérimenté des réformes pour ouvrir le système de gouvernement sur le pluralisme politique, syndical et associatif. Des réformes, notamment constitutionnelles, garantissent désormais la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ces réformes ont été adoptées pour garantir l'indépendance de la justice, les libertés fondamentales. L'égalité devant la loi, le principe de la légalité des peines, la garantie de l'intégrité physique des personnes, la protection des biens et de la propriété légalement acquise semblent un peu partout tourner le dos à l'arbitraire et à l'autoritarisme.

Dans de très nombreux pays, les systèmes politiques restent des systèmes autoritaires où les droits humains et les libertés fondamentales proclamés dans les constitutions sont systématiquement violés dans la pratique politique et sociale. Il en résulte que l'évolution des systèmes autoritaires dans ces cas fait apparaître des constitutions et même des scènes politiques

⁷⁰ MADJID BENCHIKH, « La confiscation du droit des peuples à l'autodétermination » dans Droit du pouvoir, pouvoir du droit - Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles, Bruylant 2008. Voir également CHRISTAKIS (T), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Marseille, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université d'Aix-Marseille III, 1999 ; TOURAINE (A), *Qu'est-ce que la démocratie ?* Paris, Fayard, 1994 et LINZ (JJ), *Régimes totalitaires et autoritaires*, Paris, A. Colin, 2006.

⁷¹ Voir DOGAN (M) et PELASSY (D), *La comparaison internationale en sociologie politique : une sélection de textes sur la démarche du comparatiste*, Paris, Librairies Techniques (LITEC), 1980, p. 258.

⁷² *Ibid.*

démocratiques et des pratiques politiques qui restent fondamentalement celles des systèmes autoritaires. On pourrait ainsi parler de « *démocratie de façade* »⁷³.

Malgré l'existence d'une constitution démocratique, l'ouverture des scènes politiques et sociales aux partis, aux syndicats et aux associations - y compris aux forces d'opposition - le système politique continue de relever de la catégorie des systèmes politiques autoritaires⁷⁴. Plusieurs arguments expliquent cet état de chose : l'indépendance de la justice et la séparation des pouvoirs exécutifs et législatifs ne se réalisent pas dans la pratique ; la manipulation des élections : bourrage des urnes, manipulation des listes et des résultats, absence d'un réel contrôle, interventions des administrations et des groupes d'influence ; l'existence d'une police politique qui ne disparaît pas avec l'avènement de la constitution démocratique constitue un obstacle infranchissable pour un processus démocratique ; etc.

Ce type de démocratie n'est pas destinée à ouvrir la voie à l'expression des aspirations des populations. Il s'agit au contraire de permettre un jeu politique qui satisfait quelques élites, élargit dans une certaine mesure la base des forces dirigeantes, sans cependant permettre une alternance au pouvoir aux forces d'opposition politique. La démocratie de façade constitue ainsi une réponse des régimes autoritaires aux revendications de transition démocratique pour faire croire qu'ils y accèdent, alors que l'objectif poursuivi est précisément de garder le pouvoir à un moment où le recours à la force ne permet plus d'assurer le succès.

La démocratie de façade, même dans les cas de scènes politiques animées par quelques oppositions acceptées par les détenteurs du pouvoir, reste dans la catégorie des systèmes autoritaires. Tout se passe comme si les blocages du système lui-même et l'évolution des situations interne et internationale obligeaient les dirigeants à promouvoir la démocratie de façade, sans jamais pratiquer effectivement la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice, ni permettre l'alternance politique. Ces expériences limitées constituent une source d'ambiguïtés quant à la conception même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

B- L'intangibilité des frontières

⁷³ MADJID BENCHIKH, « Souveraineté des « États post-coloniaux » et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *RQDI*, Hors-série, novembre 2012.

⁷⁴ MADJID BENCHIKH, *Algérie : Un système politique militarisé*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Le mot « *intangibilité* » signifie tout ce qui est intact, intouchable, immuable, sacré... »⁷⁵
Ces synonymes suggèrent qu'une fois tracées et allouées, les frontières deviennent insusceptibles de modifications, et « *figées* » *ad vitam aeternam*⁷⁶. L'intangibilité est un principe dont la formulation au moment de son adoption était claire et évidente, mais qui a connu, par la suite, une certaine ambiguïté quant à son sens et l'extension dans son application.

Partant du constat que toute entreprise humaine est, par essence, dynamique et changeante, et de la fonction traditionnelle des frontières issues de la colonisation, l'impossibilité de modifier les frontières paraît difficile à admettre, à moins de considérer l'intangibilité des frontières comme une règle de *jus cogens*, ce qu'elle n'est pas, puisqu'on peut y déroger par un accord. Mais, tel qu'il est énoncé par exemple en Afrique, le principe de l'intangibilité ne souffre d'aucune ambiguïté : « 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 »⁷⁷. Ce principe est une interdiction faite aux Etats membres l'Organisation de l'Unité africaine, d'exprimer toute revendication territoriale et de vouloir procéder à une modification du tracé colonial au détriment d'un Etat tiers⁷⁸.

Les postulats qui précèdent rendent la compréhension du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes beaucoup plus évasive sinon ambiguë. Il est nécessaire de remonter à l'origine de ce principe (1) et d'exposer la nature ambiguë de son corollaire qu'est l'*uti possidetis* (2).

1- L'origine du principe de l'intangibilité des frontières

L'intangibilité des frontières est la conséquence de l'application du principe de droit privé romain *uti possidetis, ita possideatis* - vous possédez ce que vous possédiez -. Ce principe signifie que la propriété d'un bien est attribuée à celui qui en est le dépositaire à un moment donné. En cas de litige, la possession du bien est conférée à son détenteur avec obligation pour la partie contestataire de ne pas perturber le *statu quo*, dans l'attente d'une décision finale. Autrement dit, l'*uti possidetis* traduit un processus allant d'une possession à titre provisoire à un règlement définitif ultérieur par l'attribution du titre de propriété.

⁷⁵ Le dictionnaire Larousse

⁷⁶ « Il serait vain de croire que le droit pourrait décréter l'immobilisme et proscrire l'idée de mouvement, ce serait par la même occasion proclamer la fin de l'Histoire », ABLINE ABLINE (G), Thèse de doctorat, Sur un nouveau principe général du droit international : l'*uti possidetis*, 2006, p. 128.

⁷⁷ Résolution 1514 (Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (1960)).

⁷⁸ Voir le paragraphe 3 de l'article III de la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine.

Le recours au principe de l'*uti possidetis*, sur le plan international, remonte au XVII^e siècle. Il avait pour finalité de sécuriser les acquisitions territoriales consécutives à des victoires militaires et permettait, grâce à un accord implicite entre les puissances conquérantes, d'éviter l'enchevêtrement de leurs zones d'influence et, par conséquent, tout conflit entre elles. Un siècle plus tard, le même principe a été revendiqué par les jeunes Etats latino-américains, pour stabiliser leur structure étatique, gérer pacifiquement leurs rapports bilatéraux et prévenir la recolonisation de leur continent.

L'*uti possidetis* peut-être défini comme le principe selon lequel les frontières établies sous l'empire d'un système disparu doivent être respectées et maintenues par les nouveaux Etats. Appliqué sous toutes les latitudes et à toutes les époques, il est de portée universelle. Son universalité doit être envisagée d'un point de vue matériel, son invocation n'étant plus exclusivement liée aux conséquences de la décolonisation. Cette très large diffusion tient principalement aux avantages préventifs et défensifs que procure, en la matière, le *statu quo*.

L'effet pour les Etats est dans l'existence ou non d'une obligation de respecter les frontières héritées du colonialisme et l'inopposabilité en cas de contestation. Le succès initial de ce principe a été lié aux fonctions qui lui étaient assignés par les jeunes Etats indépendants. La première de ses fonctions était une fonction de rejet des prétentions des Etats tiers et de prévention d'un retour du colonialisme. La seconde consistait à faciliter la construction et la consolidation des États issus de la colonisation et à faire régner la paix entre eux.

L'*uti possidetis* s'applique sur tous les continents⁷⁹. Il apparaît comme un principe assuré de toute mutation territoriale à l'époque contemporaine et comporte des vertus immédiatement protectrices et défensives⁸⁰. L'adhésion à ce principe témoigne du souci d'Etats nouveaux de se prémunir, leur indépendance tout juste acquise, contre ces fléaux que sont le néocolonialisme et l'instabilité politique. L'*uti possidetis* paraît un instrument juridique de prévention de la résurgence coloniale et la résurrection d'une forme étatique idéologiquement oppressive.

⁷⁹ La mise en œuvre de l'*uti possidetis* en Amérique Latine puis, ultérieurement, en Afrique a indubitablement contribué au renforcement des indépendances des deux continents. Son application en Europe, à la suite de l'éclatement de l'union Soviétique et de la Yougoslavie, a démontré son utilité pour la gestion des situations nées même en dehors du contexte colonial. Tant il est vrai que l'application du principe au continent africain ne lui a épargné ni la sécession de l'Erythrée ni la séparation du Sud Soudan de son Nord, elle n'a pas non plus permis d'éviter l'éclatement de conflits ou la naissance de différends à travers l'ensemble du continent.

⁸⁰ DE LAPRADELLE (P), *La Frontière* - Etude de droit international, Paris, Les Ed. Internationales, 1928, p. 77.

Le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation s'explique précisément par la volonté d'éviter l'éclatement des nouveaux États. Une Chambre de la CIJ l'a désigné comme « *un principe général logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance où qu'il se manifeste* »⁸¹. « *Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en danger par des luttes fratricides nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante* »⁸².

Les Résolutions pertinentes des Nations Unies, en particulier la Résolution 2625, insistent concurremment sur l'obligation de respecter l'intangibilité des frontières. Dans l'ordre régional, la Résolution du Caire, adoptée par la Conférence des chefs d'État et des gouvernements africains dans le cadre de l'Organisation de l'Unité africaine, fit de même dès sa première session en 1964⁸³. C'est explicitement sur la base de ce principe que les différentes tentatives de sécession ayant eu lieu après la décolonisation à l'intérieur des nouveaux États, ont pour la plupart été vigoureusement réprimées par ces derniers.

Le passé a par ailleurs démontré que les États issus de la décolonisation n'ont plus le monopole de la confrontation à ce type de problèmes, ainsi qu'en témoigne l'évolution d'États fédéraux d'Europe de l'Est comme l'ex-URSS, l'ex fédération yougoslave ou plus récemment de l'Ukraine. Le cas de la Catalogne demeure particulier, la population concernée demeure profondément divisée à l'égard du principe même de l'accession à l'indépendance de la région. C'est alors qu'apparaît l'ambiguïté fondamentale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tenant à l'absence de critères objectifs permettant de déterminer avec certitude ses titulaires.

La « *Commission d'arbitrage* » créée dans la Déclaration sur la Yougoslavie du 27 août 1991, relative à la Conférence pour la paix a adopté des positions très intéressantes sur la portée du principe d'intangibilité des frontières, la nature des droits des minorités et les conditions d'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁸⁴, même si cette dernière notion n'est pas encore dépourvue de toute ambiguïté.

2- La nature ambiguë du principe *uti possidetis*

⁸¹ Affaire du différend frontalier *Burkina-Faso c. République du Mali*, arrêt du 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, §20.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Résolution AGH/RES.16-I.

⁸⁴ Voir les textes des principaux avis *in* RGDIP, 1992/1, p. 264 s et RGDIP, 1993/2, p. 564 s.

Le principe de l'*uti possidetis* a toujours fait l'objet d'une controverse entre ceux qui le considèrent comme une simple « *ligne de conduite* » ou « *solution de commodité* » et ceux qui lui confèrent la valeur d'une coutume régionale ou internationale, ou d'un principe général de droit. D'autres juristes le considèrent comme un « *non-sens juridique* » et lui attribuent une fonction plutôt politique⁸⁵.

L'assimilation entre l'indépendance d'un peuple et la constitution d'un Etat a tendance à faire oublier la question du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La fin de la décolonisation a clos la phase d'utilisation de ce droit alors que la période actuelle tente de faire admettre une interprétation restrictive orientée vers le « *droit à l'identité* » pour les minorités. Ce droit n'a pas subi la même adaptabilité à l'universel que l'*uti possidetis*. Sans doute, le premier ne présentait pas les garanties du second en matière de stabilité.

L'*uti possidetis* ne peut être assimilé à l'intangibilité, intégrité, inviolabilité, immutabilité qui sont autant d'expressions appliquées au territoire et à la frontière. Il se contente de constater, qu'au moment des indépendances, les frontières seront celles héritées de l'Etat prédécesseur. Il implique l'invocabilité de ces frontières, mais pas leur immutabilité. L'*uti possidetis* est un « *instantané* » qui n'interfère pas a priori dans les principes de « *défense* » ou de « *négociation* » découlant de l'existence d'une frontière⁸⁶.

Les Etats entretiennent une confusion que l'*uti possidetis* dans son développement laisse transparaître. Si le principe implique une propension non négligeable vers ces déviations, son universalisation a eu tendance à renforcer cet aspect définitif. Ces confusions existent surtout parce que « *l'instantané* » correspond à des situations elles-mêmes floues et mal définies. A l'heure actuelle, le droit des peuples coloniaux à l'autodétermination ne fait plus aucun doute au sein la communauté internationale⁸⁷.

⁸⁵ ABDELHAMIDI EL OUALI, « Le maintien des frontières coloniales ou le non-sens juridique du principe de base de l'OUA pour le règlement des différends territoriaux », *RMDED*, n°9, pp.95-115”

⁸⁶ Voir CIJ, 1986, Affaire du différend frontalier *Burkina-Faso c. République du Mali*, arrêt du 22 décembre 1986, *Rec.* 1986, §20.

⁸⁶ ABDELHAMIDI EL OUALI, *op cit.*

⁸⁷ « *Se demander aujourd'hui si en droit positif les peuples colonisés ont le droit à disposer d'eux-mêmes, revient à se demander, pour reprendre une expression de Prosper Weil dans un autre contexte, si le mètre déposé à Sèvres mesure réellement un mètre* » (CHRISTAKIS (T), *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, La documentation française, 1999, p. 26.)

Cependant, le principe même d'autodétermination demeure toujours très controversé, en dehors du cadre circonscrit des peuples coloniaux. Pour arriver à mieux saisir la complexité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le concept de « *peuple* » doit être défini. Or, la définition exacte est empreinte de flou juridique. « *Les peuples se définissent par les droits et obligations qui leur sont reconnus par le droit international* », qui varient en fonction de la situation concrète de chaque peuple. Cela fait de ce droit « *un principe à contenu variable* »⁸⁸.

Un peuple pourrait aspirer à l'autodétermination « *dès lors que ce dernier témoigne lui-même de son existence comme peuple en s'engageant dans une lutte pour la reconnaissance de ce droit* »⁸⁹. La reconnaissance sera plus aisée pour un peuple dont « *le territoire est relativement bien défini, si ses membres sont unis dans une communauté de langue et de culture et s'ils aspirent à vivre ensemble dans le cadre d'institutions librement acceptées* »⁹⁰. « *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* »⁹¹.

En conséquence, tous les peuples doivent respecter l'intégrité territoriale des États. On y décelerait une certaine contradiction entre le droit des peuples à l'autodétermination et le droit des États à l'intégrité territoriale. L'égalité souveraine signifie en effet que l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'État sont inviolables⁹². En réalité, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes fait face à un paradoxe insurmontable : il suppose le droit à l'indépendance, mais il est brandi l'interdiction d'altérer les frontières d'États préexistants.

Conclusion

Il faut se garder à l'esprit que le paradoxe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est qu'une affaire d'interprétation. Le rôle de juriste, alors que la société internationale est en pleine mutation, n'est pas de porter un jugement de valeur sur les conditions dans lesquelles est pratiqué un droit, mais sur l'étendue exacte de sa positivité, c'est-à-dire de son application effective dans le droit international contemporain. L'existence d'un droit à la décolonisation des peuples placés sous domination coloniale ou assimilés est affirmée.

⁸⁸ DAILLIER (P) et PELLET (A), *op cit*, p 520.

⁸⁹ ARBOUR (JM) et PARENT (G), *op cit*, p 258.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Résolution 1514 (Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (1960)).

⁹² *Ibid.*

Ce droit résulte des Résolutions des Nations Unies et des conditions dans lesquelles la pratique subséquente a donné corps aux principes, aux règles et aux notions que celles-ci énoncent. La lettre comme la logique des textes internationaux consacrant le droit des peuples conduisent tout autant à constater que tous les peuples manifestant clairement leur volonté d'indépendance peuvent revendiquer l'application à leur bénéfice du droit à l'autodétermination dont les manifestations doivent toutefois être claires et dépourvues d'ambiguïté.

Ayant été d'abord réservé aux populations colonisées, l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est étendu aux populations soumises à un régime de discrimination, à une subjugation ou exploitation étrangère. Dans les conditions actuelles de la lutte des peuples pour leur droit à l'autodétermination, les rapports de force peuvent être favorables à la sécession ou au *statu quo*. Des revendications anathématisent l'échec des différentes formes et des différentes politiques expérimentées jusque-là par les États issus eux-mêmes de la décolonisation : la lutte pour une réappropriation par les peuples de leur droit à la libre disposition, jusque-là confiné à la décolonisation, continue.

Ces mouvements révèlent, à propos de l'article premier alinéa 2 de la Charte des Nations Unies, les ambiguïtés d'une disposition à bien des égards sibylline, conçue avant le développement du droit international des droits de l'homme ; avant aussi que ne soit affirmée l'existence au sein de l'ordre juridique international d'une catégorie normative primant toutes les autres à raison de son impérativité, le *jus cogens*⁹³. Les normes de *jus cogens* seraient des principes supérieurs du droit international général, validées davantage par leur légitimité sociale que par leur respect actif de la part des États, trop fondamentaux pour qu'on les expose aux vicissitudes d'une pratique fluctuante ou d'une effectivité ambiguë qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Un état de choses concret est toujours complexe et nuancé, mais il a fallu trouver un équilibre adéquat entre les abstractions formelles et les comptes rendus précis.

⁹³ Voir *supra* note 13.

La responsabilité du contrôleur financier dans le nouveau budgétaire camerounais

Par:

Patrick KENNE TIWA
Doctorant en Droit Public
Université de Douala (Cameroun)

Page | 127

Résumé :

L'étude est un regard porté sur les nouvelles missions et les obligations auxquelles sont tenues le contrôleur financier suite à la réforme du régime financier de l'État et des autres entités publiques. En procédant à l'analyse juridique et fonctionnelle, l'on s'intéresse à l'appréhension de la responsabilité du contrôleur financier. Il a alors été avancé l'idée d'une dialectique, révélée par le repositionnement du contrôleur financier dans la chaîne budgétaire, ce qui fait de lui désormais un acteur de l'exécution budgétaire, lequel exerce un contrôle sur les opérations budgétaires et conseil l'ordonnateur. Cependant, les contrôles dirigés à son encontre connaissent une intensification, ce qui le rend désormais passible de faute de gestion et de malversation financière.

Mots clés : Contrôleur financier, Contrôle, Régime financier, opérations budgétaires.

Introduction

Situées au cœur des nécessités publiques, les finances publiques constituent un levier indispensable à la concrétisation de toute politique publique¹. Pour remporter la bataille de son développement économique, le Cameroun s'est doté d'un nouveau régime financier, la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques. Ce nouveau cadre juridique de gestion des finances publiques procède à une réorganisation en profondeur des structures internes du système financier public, et à un véritable redéploiement des acteurs intervenants dans le processus budgétaire au Cameroun. En effet, saisi aujourd'hui par la fièvre de la performance financière², les lignes de l'ordonnancement juridique du système de gestion budgétaire bougent et sont enrichies d'innovations³ portées sur la mise en place des budgets programmes. Les exigences de transparence financière sont amenées à occuper une place prépondérante, considérations justifiées par le souci d'apprécier et d'évaluer l'efficacité de la dépense publique afin de s'assurer que les fonds mobilisés sont utilisés pour les fins souhaitées.

Page | 128

Le nouveau cadre de gestion des finances publiques promeut ainsi l'articulation du budget autour des programmes⁴, la définition d'indicateurs de résultats, l'institution de cadres de performance. Aussi, assiste-t-on dans la nouvelle gestion budgétaire, à la promotion de la responsabilité, prérequis juridique nécessaire pour le passage à une gestion budgétaire axée sur les résultats. Le nœud de la question que pose ce changement se trouve en réalité, dans le fait que les procédures et les méthodes changent, alors que les acteurs eux, sont appelés à s'accommoder à cette nouvelle donne managériale des ressources publiques. A cet effet, le nouveau régime financier procède à une redistribution des cartes entre les acteurs intervenant dans le processus budgétaire. Il en est ainsi du contrôleur financier, dont la position dans la chaîne budgétaire se trouve revalorisée, emportant pour lui, de nouvelles responsabilités.

¹ DAMAREY (S.), *Finances publiques*, Paris, Gualino, Lextenso Editions, 2010, p. 13.

² Cf MEDE (Nicaise), « L'Afrique francophone saisie par la fièvre de la performance financière », *RFFP*, n° 135, septembre 2016, p. 349.

³ SEGO (P.), « Gestion budgétaire par la performance au sein des États membres de l'UEMOA : une ambition, quatre défis! », in *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique*, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, p.145.

⁴ Suivant les dispositions de l'article 30 al.1 de la loi n° 2018/012 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, « les crédits ouverts dans le budget de l'État pour chacune de ses dépenses sont (...) regroupés par programme relevant d'un seul ministère ». L'alinéa 3 poursuit en précisant que « un programme regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général... ».

Compte tenu de l'environnement socio-économique et politique du Cameroun marqué d'une part, par une quête généralisée d'efficacité et d'efficience des politiques publiques et, d'autre part, par une raréfaction des ressources financières, il s'est rapidement développé une volonté de rationaliser et de sécuriser leur utilisation, ceci à travers un contrôle financier multiforme. En effet, le nouveau cadre juridique de gestion des crédits institué par le régime financier de 2018 entraîne une évolution importante des modalités d'exécution du budget de l'État et des autres entités publiques, et par conséquent du rôle du contrôleur financier, reconnu aujourd'hui comme un acteur à part entière d'exécution du budget⁵. La volonté de dynamiser le contrôle de l'utilisation des ressources financières publiques aboutit ainsi à la mise au-devant de la scène managériale publique d'un acteur qui, autrefois réduit à un rôle secondaire dans le processus budgétaire, est aujourd'hui qualifié par une franche de la doctrine de manager publique⁶. En réalité, si l'existence du contrôle financier date de l'époque coloniale, la fonction de contrôleur financier a longtemps souffert d'un manque d'organisation d'ensemble et suscité une attitude de méfiance de la part des ordonnateurs⁷. Depuis le décret n° 73/222 du 5/5/73 fixant les attributions et l'organisation des contrôles financiers modifié par le décret n° 75/508 du 4 juillet 1975, suivi du décret n° 77/41 du 3 février 1977 fixant les attributions et l'organisation des contrôles financiers passant par les décret n° 2003/165 du 30 juin 2003 portant organisation du ministère des finances et du budget ensuite le décret n° 2013/066 du 28 février 2013 portant organisation du ministère des finances, et même la loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État et son décret d'application à savoir le décret n° 2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques, la position et le rôle du contrôleur financier sont restés identiques, le figeant à un rôle de contrôle préventif de la simple régularité formelle, qui est en déphasage avec les exigences actuelles de performance. Mais, sous l'impulsion du droit communautaire, notamment les directives CEMAC n° 1 et 2/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 respectivement relatives aux lois de finances et à la comptabilité publique, le nouveau régime financier de l'État et des autres entités publiques, objet de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 procède au renforcement du

⁵ L'article 64 al 1 de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier classe le contrôleur financier au rang des acteurs d'exécution du budget en ces termes : « *les opérations d'exécution du budget de l'État incombent aux ordonnateurs, aux contrôleurs financiers et comptables publics* ».

⁶ LAZARE (M.) et MICHEL (F.), « Contrôle interne : Du contrôleur au manager », *Séminaire AIST*, Marrakech, 9 novembre 2007, <http://www.aist-tresor.com/actumarrakech.htm/>

⁷ YACOUBA (O.), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des États membres de l'UEMOA*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Rouen, 2015, p.465.

statut du contrôleur financier, non seulement en l'érigeant aux rang des acteurs majeurs du processus budgétaire, mais aussi en optimisant son apport dans l'assainissement envisagé de la dépense publique, ce qui fait accroître sa responsabilité en matière budgétaire. C'est d'ailleurs ce qui justifie le choix de l'analyse portée sur la responsabilité du contrôleur financier dans le renouveau budgétaire camerounais.

En effet, la responsabilisation des gestionnaires publics suppose de leur reconnaître plus d'autonomie d'action en contrepartie d'engagements sur des résultats à atteindre⁸. Elle emporte des conséquences sur les contrôles financiers, administratifs et juridictionnel. Procédant d'une contraction des termes « *contre* » et « *rôle* », le contrôle consistait à l'origine à tenir un registre en double, de sorte que l'un, le « *contre-rôle* », serve à vérifier l'autre appelé « *rôle* »⁹. La notion de contrôle renvoie donc avant tout à l'idée de surveillance, de vérification de la régularité. Sa finalité repose traditionnellement sur l'observation des règles juridiques. À ce titre, il est défendu au contrôleur financier, d'exercer un contrôle sur l'opportunité des actes de l'ordonnateur. Toutefois, si traditionnellement le contrôle reposait sur l'examen de la régularité et de la conformité aux règles régissant la gestion financière publique, cette finalité est de plus en plus complétée par une nouvelle rationalité¹⁰ apparue et accentuée avec la démarche de performance.

Instrument de modernisation¹¹ de la gestion publique¹² orientée vers l'atteinte des résultats, le contrôle est présenté comme une nécessité dans un État de droit¹³. Outil essentiel d'information et d'aide à la décision, il vise en matière de finances publiques, à dénoncer et sanctionner « *les atteintes aux principes de la conformité aux lois, de l'efficience, de l'efficacité et de l'économie de*

⁸ YACOUBA (O.), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des États membres de l'UEMOA*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Rouen, 2015, 701 p.

⁹ BARILARI (André), « La nouvelle gouvernance financière de l'État et l'évolution des dispositifs de contrôle », *La Revue du Trésor*, n° 6-juin 2005, p. 275.

¹⁰ La finalité essentiellement juridique des contrôles traditionnels se révèle de moins en moins compatible avec les exigences de la nouvelle logique de gestion qui privilégie l'efficacité et l'efficience par rapport au strict respect de la norme. Pour une étude plus approfondie, voir PRAT (M.-P.) et CHAIGNEAU-PEYROUX (S.), « La modernisation des méthodes de contrôle », *RFFP*, n° 87-septembre 2004, p. 219. ; LAMARQUE (D.), « Le contrôle de la performance », *RDT*, mars-avril 2005, p. 159.

¹¹ ZOURE (D.), *La modernisation du cadre budgétaire des pays de l'UEMOA*, Thèse de Doctorat de droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 503 p.

¹² ESCLASSAN (M.-C.), « Un phénomène international : l'adaptation des contrôles financiers publics à la nouvelle gestion publique », *RFFP*, n° 101, 2008, p. 29.

¹³ SY (D.), *Droit administratif*, Dakar, L'Harmattan/CREDILA, 2014, 2ème édition revue, corrigée et augmentée p. 101.

la gestion financière »¹⁴. Cette nouvelle philosophie du contrôle financier responsabilise davantage le contrôleur financier.

Du latin « *responsus* », participe passé de « *respondere* », la responsabilité signifie se porter garant, répondre de quelque chose. Il s'agit des obligations ou des impératifs auxquelles sont attachées une fonction, une position ou une situation juridique et même un statut. La responsabilité sera ici appréhendée comme l'ensemble des missions mises à la charge ou rattachée à une fonction spécifique et dont le titulaire est tenu d'en répondre. Il en est ainsi pour le contrôleur financier. En effet, le contrôleur financier est un agent du ministère en charge des finances, chargé du contrôle sur les opérations financières des organes publics. Selon Gérard CORNU, il s'agit d'un « *haut fonctionnaire représentant le ministre des finances auprès d'un autre ministre, chargé de remplir auprès de celui-ci une fonction de conseiller financier, de contrôler a priori la régularité budgétaire des opérations qu'il effectue et de tenir une comptabilité de ses engagements de dépenses* »¹⁵. Aux termes de l'article 3 du décret n° 77/47 du 03 février fixant les attributions et l'organisation des contrôles financiers, les contrôleurs financiers « *sont chargés d'assurer le Contrôle des actes administratifs générateurs des recettes et des dépenses soit par les chefs des départements Ministériels, les chefs des missions diplomatiques et consulaires, les responsables des organismes et d'établissements publics, soit par leurs subordonnés.* ». Bien que relevant statutairement du ministère des finances, il est fonctionnellement placé auprès des ordonnateurs principaux ainsi qu'auprès des ordonnateurs secondaires placés à la tête des services déconcentrés¹⁶. Les contrôleurs financiers constituent donc un corps spécifique de fonctionnaires spécialisés dans l'exercice du contrôle financier. Ainsi, tenant compte de l'importance que la réforme budgétaire attache à cette fonction, convient-il de considérer la responsabilité du contrôleur financier dans cette étude comme l'ensemble des missions mises à la charge du contrôleur financier et des obligations dont il est tenu de répondre dans le cadre de la mise en œuvre du processus budgétaire.

Les réformes opérées par la nouvelle loi portant régime financier de l'État et des autres entités publiques confèrent au contrôleur financier une nouvelle légitimité¹⁷ dans la gestion

¹⁴ V. Section 1ère, *Déclaration de LIMA de 1977 sur les lignes directrices du contrôle des finances publiques*.

¹⁵ CORNU (G.) et Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 593.

¹⁶ Article 70 al.1 de la loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018, *op.cit.*

¹⁷ YACOUBA (O.), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des États membres de l'UEMOA*, *op.cit.*, p. 465.

financière publique, celui-ci étant érigé comme troisième acteur du processus de d'exécution budgétaire, et intervenant au côté de l'ordonnateur et du comptable public¹⁸. Vu cette nouvelle position occupée par le contrôleur financier dans le processus budgétaire, l'étude présente un réel intérêt théorique et pratique. Au plan théorique, elle se situe au cœur des finances publiques et s'inscrit dans la mouvance des transformations du cadre juridique des finances publiques. Ce qui permet de rendre compte de l'évolution structurelle et fonctionnelle intervenue récemment en matière de contrôle financier. Le contrôleur financier se trouvant désormais au cœur du contrôle de la gestion des finances publiques, il est également question de mettre en lumière les moyens mobilisés par celui-ci dans le cadre de la gestion budgétaire axée sur la performance, laquelle entraîne une évolution des modalités d'exercice du contrôle financier¹⁹. Au plan pratique, l'étude permet de mettre en exergue les nouveaux procédés induits par la logique de performance, notamment les interactions entre les acteurs en matière d'exécution et de contrôle de l'exécution budgétaire. Il s'agit dans ce nouveau budgétaire, de contribuer à la connaissance de l'étendue des compétences du contrôleur financier et aussi d'apprécier la rationalité de son contrôle par la qualité de la dépense²⁰. Ainsi, importe-t-il d'enrichir l'opinion sur la dialectique entre les prérogatives reconnues au contrôleur financier et les obligations dont il est tenu de répondre dans le cadre de la mise en exécution du budget de l'État.

Fort de cet intérêt, il importe, au regard de l'importance de réformes en matière de contrôle financier, de conduire cette étude à partir de la question de savoir : comment appréhender la responsabilité du contrôleur financier dans le nouveau budgétaire camerounais? La réponse à cette question permet, dans une double approche dogmatique et fonctionnelle, d'avancer l'hypothèse selon laquelle dans le nouveau budgétaire camerounais, la responsabilité du contrôleur financier est appréhendée sous une double dimension. En effet, l'analyse de la nouvelle posture du contrôleur financier amène à avancer l'idée d'une dialectique; il est investi de nouvelles

¹⁸ L'article 64 al. 1 précise à cet effet : « *les opérations d'exécution du budget de l'État incombent aux ordonnateurs, aux contrôleurs financiers et aux comptables publics* ».

¹⁹ « Le contrôle financier dans le cadre harmonisé des Finances Publiques de l'UEMOA », XIXème forum des contrôleurs financiers tenu au Burkina Faso tenu du 21 au 25 novembre 2011.

²⁰Le passage à la gestion axée sur la performance entraîne un changement du système de spécialité, autour duquel est construite l'architecture du budget, la présentation classique par poste de dépense dite spécialité juridique ou administrative a évolué vers une présentation des crédits en fonction des objectifs et finalités de la dépense publique. Voir BILOUNGA (S.T.), *La réforme du contrôle de la dépense publique au Cameroun*, Thèse de doctorat Ph/d en droit public, Université de Yaoundé II- Soa, 2010, 454 p.

missions le propulsant au rang d'acteur direct l'exécution du budget (I), et désormais sujet d'un contrôle intensif sur l'exécution du budget (II).

I- LE CONTRÔLEUR FINANCIER, ACTEUR DIRECT D'EXÉCUTION BUDGETAIRE

Page | 133

Le renouveau budgétaire est un défi sans équivalent²¹ pour l'administration publique camerounaise, tant par l'ampleur des structures concernées que par la profondeur des changements qui en résultent. Ce mouvement généralisé démontre à suffisance que « *la performance est devenue depuis quelques années, le principe qui est sensé guider la gestion publique et conditionner sa légitimité* »²². Elle requiert non seulement le maniement des nouveaux concepts, mais également le redéploiement des acteurs, car comme l'exprime le Professeur Robert HERTZOG, « *gestion et organisation marchent de concert et à nouvelle gestion, nouvelle organisation* »²³. Le nouveau modèle de gestion des finances publiques, commandé par l'obligation de performance, a entraîné l'émergence de nouveaux acteurs exerçant de nouvelles fonctions administratives. Il en est ainsi du contrôleur financier dont le redéploiement dans le circuit de gestion fait désormais de lui un acteur opérationnel majeur. En effet, dans son chapitre consacré à l'exécution du budget, le nouveau régime financier consacre, au-delà des acteurs traditionnels que sont l'ordonnateur et le comptable public²⁴, un nouvel acteur opérationnel d'exécution qui est le contrôleur financier. L'article 64 al. 1 du nouveau régime financier dispose ainsi : « *Les opérations d'exécution du budget de l'État incombent aux ordonnateurs, aux contrôleurs financiers et aux comptables publics* ». Cette nouvelle loi revalorise donc le contrôleur financier, qui assure dans l'opérationnalisation de la chaîne de dépenses et de recettes budgétaires, un contrôle de régularité (A). Il assure par ailleurs une mission de conseiller de l'ordonnateur auprès duquel il est placé (B).

A- L'exécution d'un contrôle de régularité sur les opérations d'exécution budgétaire

²¹ Voir BARILARI (André), BOUVIER (Michel), *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'État*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 2010, p. 12.

²² *Ibid.*, p. 14.

²³ HERTZOG (Robert), « Quelques aspects de la loi organique relative aux lois de finances dans ses rapports avec le système administratif », *AJDA*, n°10-2006, p. 531.

²⁴ En effet, la loi n° 2007/06 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État disposait à son article 46 al 1 : « les opérations d'exécution du budget de l'État incombent aux ordonnateurs et aux comptables publics... ».

Si le droit public financier connaît aujourd'hui de profonds bouleversements dans ses règles et ses procédures²⁵, le processus budgétaire se trouve au centre des initiatives. La mutation du système financier public conduit à la redéfinition substantielle du processus d'exécution du budget. Étape clé du processus budgétaire, l'exécution du budget participe de la concrétisation des aspirations du peuple déclinées en politiques publiques²⁶.

Le souci d'une bonne administration de la chose publique exigeant sans doute une décongestion ou un éclatement des fonctions²⁷, l'exécution des opérations budgétaires connaît une transformation de sa structure organique, avec en toile de fond l'évolution du rôle des acteurs²⁸. On assiste alors à l'évolution du rôle du contrôleur financier. Placé auprès d'un ordonnateur, il veille, dans une logique de performance de l'action publique²⁹, à la bonne exécution des opérations budgétaires par l'exercice d'un contrôle *a priori* (1) et d'un contrôle *a posteriori* sur les actes (2) y afférents.

1- L'exercice d'un contrôle *a priori* adossé sur la conformité à loi

Le contrôle est une « *vérification attentive et minutieuse de la régularité d'un acte, de la validité d'une pièce* »³⁰. Il s'agit d'une activité visant à vérifier la conformité ou la compatibilité des actes ou des opérations aux prescriptions légales ou réglementaires, aux instructions, aux procédures de gestion en vigueur dans une entité. Au regard des enjeux inhérents à la dépense publique³¹ à savoir la rationalité, l'efficacité et la rentabilité, les agents en charge de l'exécution des opérations budgétaires vont connaître une évolution allant dans le sens de la restructuration et la réorientation de leurs fonctions et rôles. Cette nouvelle conception amène à repenser les

²⁵ THEBAULT (S.), *L'ordonnateur en droit public financier*, Paris, LGDJ, 2007, p.1.

²⁶ DESROUSSEAU (P) et GODEFROY (S), *Le budget de l'État*, cité par BESSALA (A.G.), *Ajustement Structurel et Droit Budgétaire Camerounais : contribution à l'étude des Droits Budgétaires des États Africains sous Ajustement Structurel*, *op.cit.*, p. 344.

²⁷ BOUVIER (M), « Nouvelle gouvernance financière publique et transformations du pouvoir politique » *In réformes des finances publiques et modernisation de l'administration*, *op.cit.*, pp. 57 et s.

²⁸ AUBERGER (P), « Le pilotage et la cohérence entre politiques et gestionnaires », *In Réforme des Finances Publiques, La Conduite du Changement*, actes de la IIIe Université de printemps de finances publiques du GERFIP. LGDJ, 2007, pp.34 et s.

²⁹ PIERUCCI, (C), « Le choix des gestionnaires de budget opérationnel de programme. La gestion publique entre empirisme et réglementation, » *In réformes des finances publiques et modernisation de l'administration*, *op.cit.*, pp.445 et s.

³⁰ *Dictionnaire Larousse de poche* 2016, 73000 définitions, noms communs, noms propres, avec un précis de conjugaison, p. 179.

³¹ L'exigence de rationalité implique celle d'efficacité et c'est dans cet état d'esprit que les pouvoirs publics camerounais ont été amenés à introduire une nouvelle philosophie à savoir la notion de qualité de la dépense publique qui apparaît comme l'une des déclinaisons de la notion de performance.

fonctions qui sont assignées à la dépense publique. Désormais assise sur la performance, la procédure de dépense budgétaire nécessite l'implication de toute évidence de ceux qui pilotent les opérations d'exécution.

Aux termes des dispositions de l'article 70 al 2 de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, « *le contrôleur financier est chargé des contrôles a priori par l'apposition d'un visa préalable des opérations budgétaires, les propositions d'actes de dépense qui lui sont transmises par le Ministre ou ses ordonnateurs délégués selon les modalités définies par le Ministre chargé des finances* ». Cette mission traditionnelle de contrôle *a priori* des opérations budgétaires de l'État a ainsi été réaffirmée par le nouveau budgetaire qui rend ce contrôle *a priori* obligatoire et exhaustif. Le contrôleur financier assure à cet effet la régularité des opérations budgétaires, et ses actes sont sanctionnés par l'apposition de son visa.

Ce contrôle intervient préalablement à l'engagement à la liquidation et à l'ordonnement de la dépense par l'ordonnateur. De la sorte, tout acte de l'ordonnateur portant engagement de dépense, toute ordonnance et mandat de paiement ainsi que toute délégation de crédits doit être préalablement soumis au visa du contrôleur financier. Cela constitue en réalité une formalité obligatoire qui s'intègre dans la procédure de dépense. Il dispose ainsi des pouvoirs importants, puisqu'il peut refuser de le faire et bloquer par là, tout le processus d'exécution. S'il constate une irrégularité dans la gestion de l'ordonnateur, il doit refuser d'exécuter l'opération sous peine d'engager sa responsabilité pécuniaire.

Le contrôle *a priori* exercé par le contrôleur financier prend la forme d'un visa ou d'un avis préalable dont le défaut paralyse l'accomplissement régulier des opérations financières par l'ordonnateur. L'alinéa 3 de l'article 70 de la loi citée plus haut dispose à cet effet qu'« *il ne peut être passé outre au refus de visa ...* ». Ainsi, l'absence de visa du contrôleur financier rend l'acte d'engagement, d'ordonnement ou de mandat nul et de nul effet. Plus réduit en matière d'ordonnement, le domaine du contrôle est très étendu en matière d'engagement des dépenses. En effet, l'engagement de la dépense ne s'effectue pas seulement au moyen d'opérations budgétaires par nature. Il est également décidé par des actes administratifs dont l'objet n'est pas

principalement financier³², mais qui doivent être soumis au contrôle financier. C'est le cas par exemple des mesures de recrutement des agents de la fonction publique³³, de revalorisation de la carrière des agents publics. Dans cette perspective, les textes communautaires UEMOA retiennent généralement une formulation large pour l'obligation de visa préalable, comme l'illustre celle de l'art. 88 de la directive UEMOA portant Règlement Général de la Comptabilité Publique : « *tous les actes des ordonnateurs portant engagement de dépenses, notamment les marchés publics ou contrats, arrêtés, mesures ou décisions émanant d'un ordonnateur [...]. Toute ordonnance de paiement, tout mandat de paiement ou toute délégation de crédits [...]* »³⁴. Cette disposition aurait pu utiliser une expression plus générique d'actes administratifs ayant une incidence financière sur le budget de l'État ou d'autres organismes³⁵.

Ce visa du contrôleur financier correspond à un contrôle de régularité et de légalité des actes émanant de l'ordonnateur. Le contrôle s'exerce alors au regard de l'imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'application des dispositions d'ordre financier, des lois et règlements, de sa conformité avec les autorisations parlementaires. A cet effet, le contrôleur financier exerce une vérification des prix proposés dans les actes de l'ordonnateur par rapport à la mercuriale en vigueur, laquelle fixe les prix de référence à l'intention des acteurs de la dépense publique. Le contrôle *a priori* consiste donc à détecter les irrégularités et risques de fraudes dans l'exécution des opérations budgétaires. Reste plus qu'à envisager les modalités d'un exercice plus efficace de celui-ci. En attendant, il est complété par un contrôle *a posteriori*.

2- Un contrôle *a posteriori* sur la performance des programmes

L'article 61 de la Directive CEMAC n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances confère au contrôleur financier une mission d'évaluation. A cet effet, il peut évaluer la qualité et l'efficacité du contrôle interne ainsi que du contrôle de gestion mis en œuvre par les ordonnateurs et ordonnateurs délégués.

³² YACOUBA (O.), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des États membres de l'UEMOA*, *op.cit.*, p. 467.

³³ Ouverture des concours, intégration des agents, titularisation...

³⁴ L'emploi ici de l'adverbe notamment témoigne de la volonté de ne pas restreindre le champ d'intervention du contrôle financier au risque de faire échapper des actes qui devraient normalement y être soumis

³⁵ YACOUBA (O.), *ibid.*

Si l'intervention du contrôleur financier pour évaluer *a posteriori* les résultats et les performances des programmes, au regard des objectifs fixés et des moyens utilisés constitue une innovation du renouveau budgétaire camerounais, c'est en raison de son cantonnement traditionnel au contrôle *a priori* des actes d'engagement et d'ordonnancement des dépenses. En effet, dans la perspective d'adaptation du contrôle financier aux exigences de la gestion axée sur les résultats, il est désormais reconnu au contrôleur financier la possibilité d'adapter les modalités de contrôle au regard de la qualité et de l'efficacité du contrôle interne ainsi que du contrôle de gestion mis en œuvre par les gestionnaires. Cette libéralisation du contrôle financier permet de mieux exprimer le changement de l'esprit de contrôle. Désormais, au-delà du contrôle de régularité³⁶, l'on procède à un contrôle de qualité³⁷, c'est-à-dire un contrôle de performance axée sur le résultat. C'est ce qu'exprime Bernard ABATE lorsqu'il affirme qu' « *à la gestion fondée sur la régularité des actes qui débouche à une obligation de moyens, on a substitué une gestion de la performance qui débouche sur une obligation des résultats* »³⁸.

De la sorte, le contrôle *a posteriori* effectué par le contrôleur financier pourrait poursuivre deux objectifs. Le premier consiste à la vérification des actes portant sur les dépenses qui n'ont pas été soumises à son visa préalable, ceci en vertu de la possibilité de modulation du contrôle *a priori*³⁹ désormais autorisée. L'intervention *a posteriori* permet ainsi au contrôleur financier de vérifier postérieurement à leur exécution, la régularité des dépenses déjà engagées ou ordonnancées sans visa préalable. Seulement, cette hypothèse soulève la question de la mise en œuvre de ce contrôle, ceci au regard des conséquences qu'il pourrait engendrer. À supposer qu'après coup le contrôleur découvre des irrégularités dans l'exécution des dépenses comment cela seraient réglées? Les modalités de contrôle méritent donc d'être clarifiées afin de permettre son exercice efficace par les contrôleurs financiers.

Le second objectif, plus actuel, consiste à l'appréciation de la qualité de la gestion de l'ordonnateur et de la performance des programmes. Il n'est point question ici de la vérification de la régularité et de la légalité des opérations, mais de l'appréciation des résultats obtenus, en rapport avec les objectifs de départ. Le contrôle *a posteriori* illustre donc l'évolution de la fonction

³⁶ BILOUNGA (S.T.), *La réforme du contrôle de la dépense publique au Cameroun*, Thèse, *op.cit.*, p. 6.

³⁷ *Ibid.*, p. 7.

³⁸ ABATE (B), *Faut-il changer la gestion de l'État ?* cité par BILOUNGA (ST), Thèse, *op.cit.*, p. 371.

³⁹ Voir YACOUBA (O.), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des États membres de l'UEMOA*, *op.cit.*, p. 470.

de contrôleur financier⁴⁰. D'une manière générale, le contrôleur financier suit l'exécution du budget afin de prévenir les risques et d'en informer l'ordonnateur. À cet effet, il exerce auprès de lui la fonction de conseiller.

B- L'exécution d'une mission de conseil auprès de l'ordonnateur

Page | 138

Élément fondamental du système d'information budgétaire, le contrôle financier acquiert avec le renouveau budgétaire une dimension nouvelle regroupant à la fois une fonction d'analyse et une fonction de contrôle. Comme cela est de pratique dans les entreprises sur l'ensemble de leurs risques, le contrôle prévisionnel s'impose aujourd'hui à l'État, et se développe en matière de prévision et de soutenabilité budgétaire. Dans cette perspective, le contrôleur financier se trouve investi d'une compétence nouvelle, celle de consultant. En effet, aux termes de l'article 70 al 5 de la loi portant régime financier de l'État et des autres entités publiques : « *le contrôleur financier donne un avis sur le caractère sincère et soutenable des plans d'engagement des dépenses* ». La fonction de contrôleur financier prend par là une nouvelle dimension. Consulté sur la soutenabilité des plans d'engagement de dépenses (1), il peut alors se prononcer sur l'opportunité de la dépense (2).

1- La consultation sur la soutenabilité des plans d'engagement de dépenses

Placé en amont de la dépense à travers le visa sur l'engagement et l'ordonnancement de la dépense, le nouveau régime financier réfère au contrôleur financier les plans d'engagement des dépenses, afin que celui-ci se prononce sur leur sincérité et le caractère soutenable des dépenses projetées. Il joue à cet effet un rôle de conseil auprès de l'ordonnateur. Dans cette optique, il vise les documents prévisionnels de chaque ministre au plus tard un mois avant le début du nouvel exercice. C'est la soutenabilité budgétaire de ces documents qu'il doit examiner. Il procède à cet égard, à la mise en réserve des crédits destinés à prévenir la détérioration de l'équilibre budgétaire, la cohérence ainsi que l'exactitude des projets de répartition entre les services de l'État, des emplois et des crédits de chaque programme, la couverture des dépenses juridiquement obligatoires ou apparaissant inéluctables⁴¹. Il émet également un avis préalable sur les projets de

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ BESSALA (A.G.), thèse, *op.cit.*, p. 459.

redéploiement de crédits qui auraient pour conséquence de diminuer ceux qui sont affectés aux dépenses de personnel.

En effet, la soutenabilité des finances publiques figure en grande et bonne place parmi les objectifs centraux poursuivis par la réforme de la gestion financière publique au Cameroun. Pour le Professeur Martin COLLET cet objectif est intimement lié à la gestion performante, laquelle se présente comme une condition nécessaire à la soutenabilité des finances publiques⁴². Pour lui, en dépensant mieux et moins, l'État parvient à satisfaire, à l'égard de ses partenaires créanciers, ses engagements⁴³. Elle se pose ainsi comme la règle d'or de la politique budgétaire. Elle est posée par la loi portant régime financier en ces termes : « *Les budgets des administrations publiques, notamment celui de l'État et des autres personnes morales de droit public, doivent être établis et financés dans les conditions qui garantissent la soutenabilité de l'ensemble des finances publiques* »⁴⁴. A cet égard, lorsque le contrôleur financier est consulté par l'ordonnateur auprès duquel il est placé afin de donner un avis sur le caractère sincère et soutenable des projections de dépenses budgétaires, celui-ci doit veiller à ce que les dépenses envisagées ne soient pas de nature à occasionner un déficit excessif⁴⁵ et un endettement non maîtrisé.

En réalité, l'évaluation de la soutenabilité repose en général sur des projections du déficit et de la dette publique⁴⁶. Il est question de faire des projections de dette publique à moyen et long termes en faisant l'hypothèse que la structure des dépenses et des recettes publiques ne change pas. L'objectif n'étant pas de proscrire le recours à l'endettement, ni même d'interdire à l'État de gonfler sa dette en bouclant son budget annuel en déficit, il est question plutôt de limiter cet endettement à un niveau acceptable, et ce niveau est fixé en fonction de la capacité de l'État à honorer, dans l'avenir, ses engagements et à rester solvable.

⁴² COLLET (Martin), *Finances publiques*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2017-2018, p. 25.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Art. 9 al. 1 de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018.

⁴⁵ L'article 9 al 2 de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018 précise en effet que « *la politique budgétaire doit éviter tout budget excessif.* »

⁴⁶ L'augmentation des déficits et de la dette publique dans de nombreux pays au cours des dernières années a conduit à un renouveau des préoccupations relatives à la soutenabilité des finances publiques; Selon les données du Fonds monétaire international par exemple, en 2010 le déficit global a représenté 6,2% du PIB pour la zone euro, 11,3% pour les États-Unis, et 10% pour le Royaume Uni. Ces déficits ont contribué à une forte croissance de la dette publique. Voir AGENOR (P.-R.), « Règles budgétaires et soutenabilité des finances publiques », *OCP POLICY PAPER*, mai 2015, p. 5.

La gestion des finances publiques implique donc la rigueur dans les projections budgétaires. C'est poursuivant cet objectif que la nouvelle gestion publique adopte le modèle de gestion de l'entreprise fondé sur la logique du résultat. Cela nécessite l'implication de tous les acteurs de la chaîne budgétaire, et dans cet engrenage le contrôleur financier est chargé d'examiner les conséquences pour les finances publiques des propositions d'engagement de dépenses. En effet, lors de la préparation du budget du projet de budget du ministre sectoriel auprès duquel il est placé, le contrôleur financier vérifie le caractère sincère des prévisions de dépenses et d'emplois, et leur compatibilité avec les objectifs de maîtrise des finances publiques⁴⁷. Il émet alors un avis motivé sur la soutenabilité de celles-ci. L'objectif étant d'éviter tout risque budgétaire.

Le législateur ne précise cependant pas la nature de l'avis émis par le contrôleur financier. S'agit-il d'une simple consultation ou alors d'un avis conforme? En réalité, cela s'inscrit dans la dynamique de la nouvelle philosophie de la gestion financière publique, laquelle repose sur une plus grande responsabilisation des acteurs de la chaîne budgétaire, permettant par-là de maîtriser la gestion dans une perspective d'efficacité et de résultats⁴⁸. C'est dans cette perspective que le contrôleur financier se trouve davantage impliqué dans la procédure de dépense, partant de sa programmation jusqu'à son exécution. On assiste donc selon le Professeur CHEVALIER à un remodelage de la structure administrative de la dépense par une large délégation des responsabilités⁴⁹.

La dépense publique, considérée à dessein comme la nervure centrale des finances publiques⁵⁰, constitue donc le principal souci des pouvoirs publics. Son efficacité est devenue l'une des préoccupations actuelles de la gestion des finances publiques, l'objectif est de mieux dépenser pour optimiser l'action de l'État⁵¹. La consultation du contrôleur financier sur la soutenabilité de la dépense participe ainsi de la mise en œuvre du nouveau modèle de gestion budgétaire par la

⁴⁷ Voir article 61 de la Directive CEMAC n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances.

⁴⁸ ABATE (B.), *La nouvelle gestion publique, ce que nous avons appris*, 2e éd. LGDJ, Collection « Système », 2014, p. 20.

⁴⁹ CHEVALLIER (J.), « Performance et gestion publique », in *Réformes des Finances publiques et modernisation de l'administration, Mélanges en l'honneur de Robert HERTZOG*, éd. Economica, 2011, p. 89.

⁵⁰ CHEVAUCHEZ (B.), « La dépense publique au cœur de nos systèmes financiers publics », *RFPP* n° 77, LGDJ, 2002.

⁵¹ NTSEGUE ANANGA (É. P.), « La fongibilité des crédits en droit public financier camerounais », *RAFIP* n°7, 2020., p. 153.

performance, lequel implique une accentuation de la qualité de la dépense publique. Dans cette perspective, le contrôleur est également appelé à se prononcer sur l'opportunité de la dépense.

2- Un contrôle sur l'opportunité de la dépense, justifié par la démarche de performance

Page | 141

La simultanéité entre les opérations d'exécution et de contrôle constitue indéniablement un perfectionnement des pratiques en matière de pratique budgétaire. Dans le cadre de l'exécution administrative du budget, les ordonnateurs sont assujettis à un contrôle central ou déconcentré exercé par le contrôleur financier, qui assure un contrôle sur l'opportunité de la dépense. En effet, le nouveau régime financier de l'État renforce le rôle du contrôleur financier dans la chaîne d'exécution des opérations budgétaires. Ce contrôle d'opportunité permet au contrôleur financier d'avoir une grande attitude d'appréciation de l'action envisagée. Contrairement à la régularité, il ne confronte pas l'opération à une règle juridique précise (texte impératif ou prohibitif), mais plutôt à une conduite générale et à un idéal ou objectif qu'il définit au moment d'exercer le contrôle⁵². Les réformes opérées lui confèrent une nouvelle légitimité dans la gestion financière publique.

L'objectif visé par le contrôle sur l'opportunité de la dépense est d'éclairer les décideurs sur les besoins de l'administration soumis à son contrôle. Ainsi, compte tenu de l'évolution de son statut et de ses compétences, il est aujourd'hui considéré comme un conseiller financier. Cette nouvelle posture du contrôleur financier implique une appréciation de l'opportunité des dépenses, même si cette appréciation ne peut en principe le conduire à s'opposer à une dépense sur des motifs d'opportunité.

En effet, le contrôle *a priori* exercé par le contrôleur financier est le contrôle le plus important aussi bien en termes d'enjeux pour les acteurs budgétaires, notamment l'ordonnateur, qu'en termes d'utilité, en raison de l'avantage qu'elle présente dans la prévention des irrégularités de gestion. Il vise la conformité des opérations d'exécution aux prévisions budgétaires. Ce contrôle permet autant de retarder l'engagement et l'ordonnancement de la dépense par l'ordonnateur que de détecter les irrégularités avant l'exécution effective de la dépense publique.

À travers le contrôle sur l'opportunité de la dépense, le contrôleur financier apprécie au regard de l'imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'application des

⁵² TREVES (G.), « Les contrôles administratifs et financiers à l'intérieur de l'administration », *RFSA*, 2009, pp. 1 et s.

dispositions d'ordre financier, les conséquences que la mesure d'engagement peut avoir sur les finances publiques. À cet effet, lorsqu'il ne dispose pas de la plénitude d'informations sur la dépense envisagée, au moment d'apposer son visa, il peut décider de le différer. Ce qui aura pour effet de suspendre la procédure. Il émettra alors son visa tout en formulant des observations impliquant une certaine appréciation sur l'opportunité de la dépense.

Le contrôleur financier n'est donc plus seulement un vérificateur de régularité, il est aussi un acteur dont l'observation et l'avis sur les pratiques de l'ordonnateur sont utiles à l'appréciation de la qualité de la gestion financière⁵³. Cette revalorisation de la posture du contrôleur financier implique également son assujettissement à divers contrôles.

II- LE CONTRÔLEUR FINANCIER, SUJET DE CONTRÔLE INTENSIF SUR L'EXÉCUTION DU BUDGET

Face au caractère mouvant des finances publiques, l'un des défis pour leur bonne gouvernance repose sur le contrôle. Instrument de modernisation de la gestion publique⁵⁴, le contrôle constitue un véritable enjeu⁵⁵ en matière de gestion financière publique, une nécessité pour l'État de droit⁵⁶. En effet, « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son Administration* ». Ce texte de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 constitue l'un des axiomes de base du contrôle de toute administration et de tout agent qui y exerce. Compte tenu de l'évolution de son statut et de ses compétences, le nouveau régime financier de l'État et des autres entités publiques intensifie les moyens de contrôle à l'encontre du contrôleur financier. Au-delà du contrôle hiérarchique (A) traditionnel lié à la nature administrative de sa mission, le contrôleur financier est désormais passible d'un contrôle juridictionnel sur ses actes (B). Cette multiplicité de contrôle permet de répondre à la pluralité des modes d'appréciation, et de mieux détecter les irrégularités et fraudes commises dans la gestion

⁵³ *ibid.*, p. 456.

⁵⁴ Marie-Christine ESCLASSAN, « Un phénomène international : l'adaptation des contrôles financiers publics à la nouvelle gestion publique », *RFFP*, n°101, 2008, p. 29.

⁵⁵ BESSALA (A.G.), thèse, *op.cit.*, p. 458.

⁵⁶ SY (D), *Droit administratif*, Dakar, L'Harmattan/CREDILA, 2014, 2ème édition revue, corrigée et augmentée p. 101.

financière⁵⁷. Celles qui auraient échappé à la vigilance des premiers organes de contrôle pourraient ainsi être détectées lors de vérifications mises en œuvre par d'autres structures.

A- La soumission du contrôleur financier au contrôle hiérarchique

Page | 143

Une des caractéristiques fondamentales de l'Administration est d'être hiérarchisée, et cette hiérarchisation est considérée comme le meilleur moyen de permettre à l'administration d'exercer l'ensemble de ses attributions. Apanage du supérieur hiérarchique, qui l'exerce de plein droit, le contrôle hiérarchique met en exergue la relation de chef à subordonné⁵⁸. En effet, le contrôleur financier représente le ministre des finances auprès de chaque structure dépendante de l'État dans laquelle il est placé. Chargé de veiller à la régularité budgétaire des opérations d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement, ses actes sont sanctionnés par l'apposition d'un visa. Seulement, en cas de refus de visa celui-ci ne peut être passé outre que sur autorisation du ministre des finances⁵⁹, hiérarchie directe du contrôleur financier. Le pouvoir ainsi reconnu au ministre est fondé sur la nécessité du fonctionnement régulier du service⁶⁰. À cet effet, il substitue la responsabilité du contrôleur financier à la sienne (1). L'obligation pour le contrôleur financier de centraliser, pour le compte du ministre des finances, l'ensemble des opérations budgétaires (2), constitue également une manifestation du contrôle hiérarchique.

1- La substitution de la responsabilité du contrôleur financier par celle de la hiérarchie

Le nouveau régime financier de l'État et des autres entités publiques donne une importance à la fonction de contrôle financier dans la chaîne d'exécution du budget. Seulement, en tant qu'agent soumis au pouvoir hiérarchique, sa hiérarchie directe dispose des moyens juridiques pouvant faire prévaloir sa volonté sur celle du contrôleur financier. En effet, en matière de contrôle *a priori* sur les propositions d'actes de dépenses transmises par l'ordonnateur, le refus du visa valant autorisation du contrôleur financier peut être passé outre sur autorisation écrite de sa hiérarchie, à savoir le ministre des finances. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'article 70 al 3 du nouveau régime financier, aux termes desquels : « *il ne peut être passé outre*

⁵⁷ BRUSSELLE (D.), « L'audit interne dans les administrations publiques : une évolution profonde des métiers du contrôle dans de nombreux pays », *RDT*, n° 10-octobre 2006, p. 684.

⁵⁸ VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, PUF, 8ème éd., 1982, p. 854.

⁵⁹ Voir article 70 al 3 *in fine* de la loi n° 2018/012 du 11 juillet 2018, *op.cit.*

⁶⁰ RIVERO (J.), « Existe-t-il un critère de droit administratif », *R.D.P.*, 1953, p. 279 et s ; ROUSSEAU (J.), « Remarques préliminaires à l'étude du contrôle interne de l'administration » *in cahier africains d'administration publique*, Tanger, décembre 1967, pp 4-6.

au refus de visa que sur autorisation écrite du ministre chargé des finances. Dans ce cas, la responsabilité du Ministre chargé des finances se substitue à celle du contrôleur financier ». Il s'agit là, sous le prisme du pouvoir hiérarchique, d'un véritable moyen de transfert de responsabilité du contrôleur financier vers l'autorité délégrant ses compétences de contrôle à savoir le ministre des finances. Page | 144

Lorsqu'il refuse le visa à une dépense qu'il estime entachée d'irrégularités et que son désaccord avec l'ordonnateur persiste, il s'en réfère au ministre des finances. Ce dernier peut demander par autorisation écrite à son agent de viser l'acte de l'ordonnateur. Mais sa responsabilité se substitue à celle du contrôleur. Il s'agit là d'un contrôle permettant à l'autorité hiérarchique de remédier aux travers et manquements des autorités subordonnées et surtout, dans une démarche de performance, à rendre efficace l'action publique et atteindre les objectifs définis.

Cette substitution de la responsabilité du contrôleur financier à celle de sa hiérarchie pourrait également être considérée comme une mise en œuvre de sa responsabilité disciplinaire. Il en résulte alors une sanction disciplinaire de nature administrative⁶¹, exercée lorsque le fait en cause constitue une atteinte aux règles statutaires d'exercice de la fonction dont relève le contrôleur financier ou aux obligations professionnelles auxquelles sont soumis tous les agents.

La sanction disciplinaire constitue par ailleurs une alternative au risque de pénalisation excessive de la gestion publique. Cette action relève du ministre des finances auquel est subordonné le contrôleur financier et participe du renforcement de la fonction de contrôle, laquelle se positionne aujourd'hui comme l'un des standards du droit et de la gestion des finances publiques⁶². Dans cette perspective, se pose le besoin de centralisation des informations budgétaires.

2- La centralisation des opérations budgétaires pour le compte de la hiérarchie

⁶¹ RICHARD (J.), « Le manager public entre prise de risque et responsabilité », *RFFP*, n° 92-novembre 2005, p. 211 ; JEGOUZO (Y.), « Quelques réflexions sur l'évolution de la responsabilité des administrateurs », *RFFP*, n° 92-novembre 2005, p. 231.

⁶² BEGNI BAGAGNA, « Réflexion sur le contrôle international des finances publiques : le cas des États d'Afrique subsaharienne francophone », *RAFIP*, n° 7, 1er semestre 2020, p. 38.

La réforme en cours en vue d'introduire une plus grande exigence de performance dans la gestion des finances publiques au Cameroun entraîne une véritable transformation du contrôle, le faisant passer de la préoccupation initiale exclusivement tournée vers un contrôle de régularité, à une évaluation de la qualité⁶³ de la gestion financière publique. En tant que représentant du ministre en charge des finances placé auprès d'un ordonnateur, il est chargé à la fois de faire respecter la réglementation budgétaire et d'informer le ministre des finances et à travers lui, le parlement, sur la situation financière de l'administration considérée⁶⁴. C'est ce qui amène Pierre LALUMIERE à qualifier son rôle d'ambivalent⁶⁵. Cela ressort clairement de l'article 70 al 4 du nouveau régime financier, qui dispose que : « *le contrôleur assure pour le compte du ministre chargé des finances, la centralisation des opérations budgétaires des ordonnateurs auprès desquels ils sont placés* ». En vue de l'opérationnalisation de cette centralisation, le contrôleur financier tient, pour les besoins de suivi, la comptabilité des engagements, des liquidations et des ordonnancements de son unité de compétence. De manière générale, il procède au suivi de l'exécution du budget afin de prévenir les risques et d'en informer le ministre.

Avec la recherche de la performance dans la gestion financière publique, la comptabilité⁶⁶ doit d'abord répondre à un objectif d'exhaustivité des informations financières publiques. Pour ce faire l'implication de chacun des acteurs de l'exécution des opérations budgétaires dans la restitution des opérations de nature budgétaire se pose comme une nécessité. Ceux-ci doivent alors agir selon des règles juridiques et techniques déterminées, formant la comptabilité publique⁶⁷. Le renouveau budgétaire camerounais place en effet les objectifs d'information des autorités de

⁶³ Le contrôle de la qualité intervient au début et à la fin. Au début, il prend la forme d'un contrôle d'opportunité, c'est-à-dire du bien fondé de la dépense publique et vise alors à maîtriser la qualité et même la quantité de la dépense à adopter par le parlement et à engager par l'ordonnateur ; c'est un contrôle de la pertinence de la dépense publique. A la fin du processus, le contrôle de qualité prend la forme d'un contrôle de performance visant à évaluer l'efficacité et l'efficience et même l'économie de la dépense et d'une certification comptable consistant à un contrôle de fiabilité de la gestion comptable publique. Voir BILOUNGA (S. T.), thèse, *op.cit.*, p.7.

⁶⁴ NLEND NTONGA (M.), *Le temps et le budget au Cameroun : contribution à l'étude du cadre juridique des finances publiques camerounaises*, thèse de Doctorat/PhD en droit public, université de Douala, 2020, p. 162.

⁶⁵ LALUMIERE (P.), *Finances publiques, op.cit.*, p. 461.

⁶⁶ La comptabilité publique est généralement conçue comme un outil destiné à garantir une exécution des opérations de recettes et de dépenses conforme à l'autorisation budgétaire accordée en loi de finances.

⁶⁷ Voir BOTTIN Michel, « Villèle et le contrôle des dépenses publiques. L'ordonnance du 14 septembre 1822 », in *La Comptabilité publique : continuité et modernité*, colloque de Bercy 25 et 26 novembre 1993 organisé par le Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Imprimerie nationale, 1995, pp. 7-30 ; MILOT (J.-P.), « La nature et l'origine de l'information financière sur les finances publiques », *Gestion et Finances publiques*, n° 8-9 – août-septembre 2013, p. 42.

contrôle et de gestion ainsi que la connaissance et le contrôle des opérations budgétaires avant les autres missions.

Ainsi, la centralisation par le contrôleur financier des opérations d'exécution budgétaire doit permettre de suivre et de restituer dans les états financiers, les opérations effectuées afin de favoriser l'exercice du contrôle politique par l'institution parlementaire⁶⁸. Ce mécanisme de contrôle par la centralisation des opérations budgétaires illustre de l'encadrement de l'action financière et de l'impératif respect de la légalité budgétaire et comptable par les agents d'exécution, au risque de quoi, le contrôleur financier verra engager contre lui, le contrôle juridictionnel.

B- L'éventualité d'un contrôle juridictionnel

La logique d'un contrôle, quel qu'il soit, est d'être organisé par un texte, autour d'un organe ayant des compétences bien définies et suivant une procédure déterminée. Avec l'avènement du nouveau régime financier, le contrôle juridictionnel de l'exécution du budget a connu une évolution certaine. Les méthodes de contrôle ont évolué, et la responsabilité des différents acteurs s'en trouve également atteinte.

En tant que l'un des trois acteurs affirmés du circuit de la dépense, le régime de responsabilité du contrôleur financier fait l'objet de dispositions expresses⁶⁹. Cette responsabilité est encourue en raison des actes qu'il accomplit et des contrôles auxquels il est tenu d'effectuer avant d'apposer le visa d'exécution de chaque opération d'exécution budgétaire. Désormais, au-delà de sa responsabilité disciplinaire engagée par sa hiérarchie, le contrôleur financier peut, sur le motif de la faute de gestion, voire sa responsabilité être mise en cause devant le juge des comptes (1) et devant le juge pénal pour les cas de détournement de fonds publics (2).

1- Le contrôle par le juge des comptes en cas de faute de gestion

Dans la mesure où la gestion de la dépense publique aboutit parfois à des litiges dont il revient aux juridictions spécialisées de les trancher en toute équité et connaissance de cause,

⁶⁸ Il faut dire que la comptabilité publique a été conçue « *dès l'origine, et prioritairement, [comme] un instrument de preuve, le moyen d'assurer l'unité de l'État par la gestion centralisée de sa trésorerie, et l'outil d'un contrôle externe des Parlements, puis du Parlement* » (PRADA (M.), « Réflexion sur l'histoire de la comptabilité de l'État », *RFFP*, n° 93-février 2006, p. 90).

⁶⁹ Voir article 87.

l'amélioration de la gestion financière publique devait également compter avec la juridiction des comptes. C'est dans ce sens que le nouveau régime financier de l'État et des autres entités publiques s'est vue attribuer de nouvelles compétences dont l'une des plus significative est la connaissance de la gestion de l'ordonnateur et du contrôleur financier, sous le prisme de la faute de gestion. Page | 147

En effet, l'évolution des méthodes de gestion budgétaire ne peut dispenser le contrôleur financier d'un contrôle de régularité mis en œuvre par une instance externe⁷⁰ à l'administration gestionnaire. Le code de transparence et de bonne gouvernance précise à cet effet que « *les finances publiques et les politiques qu'elles soutiennent, sont soumises au contrôle externe de la juridiction des comptes* »⁷¹. Faisant recours à l'image du foyer africain à trois piliers, le contrôle juridictionnel des finances publiques est l'un des piliers du système financier, dans la mesure où il constitue un aspect important de la bonne gouvernance financière et un rempart contre les malversations des comptes⁷². Suivant les dispositions de l'article 86 al 3 de la loi portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, l'une des nouvelles missions qui échoie à la juridiction des comptes consiste à « *contrôler la légalité financière et la conformité budgétaire de toutes les opérations de dépenses et de recettes de l'État* ». Pour ce faire, la juridiction constate les irrégularités et fautes commises par le contrôleur financier. Il est donc question par son jugement, de mettre en lumière les responsabilités querellées de cet agent public, et de prononcer les sanctions éventuelles. La rénovation du schéma du contrôle juridictionnel de l'exécution du budget au Cameroun s'effectue ainsi à travers l'élargissement de la compétence du juge des comptes à la connaissance des opérations budgétaires du contrôleur financier. Telle est la substance de l'article 87 al 2 qui dispose que : « *les contrôleurs financiers peuvent également être poursuivis et sanctionnés, au même titre que les ordonnateurs, si les infractions commises par l'ordonnateur auprès duquel ils sont placés ont été rendues possible par une défaillance des contrôles dont ils ont la charge* ».

La faute de gestion, objet du contentieux des contrôleurs devant la juridiction des comptes, est tout acte qui à l'origine découle d'un acte, d'une omission ou négligence et qui a une incidence négative sur les finances publiques. D'après l'article 88 al 1 de la loi portant régime financier, «

⁷⁰ LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), « De la nécessité de maintenir un contrôle juridictionnel en système lollique », *RFFP*, n° 100-novembre 2007, pp. 251-257.

⁷¹ Voir article 42 al 1 de la loi n° 2018/011 du 11 juillet portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

⁷² OUEDRAOGO (Y.), thèse, *op.cit.*, p. 490.

est considérée comme faute de gestion, tout acte, omission ou négligence commis par tout agent de l'État, d'une collectivité territoriale décentralisée ou d'une entité publique, par tout représentant, administrateur ou agent d'organismes, manifestement contraire à l'intérêt général ». Elle est ainsi constituée par la violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État et des autres entités publiques.

En cas de faute de gestion, les contrôleurs financiers sont poursuivis et sanctionnés au même titre que les ordonnateurs⁷³, si les infractions commises par l'ordonnateur ont été rendues possibles par une défaillance des contrôles dont ils ont la charge⁷⁴. Telle est l'affirmation d'une responsabilité du contrôleur financier devant la juridiction des comptes du fait des contrôles *a priori* qu'il effectue. Il est alors personnellement responsable des contrôles qu'il exerce dans le circuit de la dépense, et portant sur la disponibilité des crédits, sur la vérification des prix par rapport à la mercuriale en vigueur et sur l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense. La sanction encourue consiste en des amendes infligées par la juridiction des comptes⁷⁵. Ces décisions de sanctions doivent sous peine de nullité, être motivées⁷⁶. Le montant des amendes infligées est fixé en fonction du préjudice causé à l'État ou aux autres administrations publiques ainsi que de la gravité de la faute commise et d'éventuelles révélations de pratiques prohibées⁷⁷.

Les sanctions infligées par la juridiction des comptes sont déterminées individuellement pour chaque contrôleur financier, en tenant cependant compte des droits de la défense. Par ailleurs, les contrôleurs financiers peuvent, en cas de malversation financière, être confrontés à la mise en cause de leurs responsabilités de droit commun devant le juge pénal.

2- Le contrôle par le juge pénal pour les cas de détournement de fonds

Le contrôle de l'exécution du budget opéré par le juge judiciaire n'est que la conséquence plus ou moins directe des contrôles administratifs et juridictionnels dans le cadre de la juridiction

⁷³ En effet, tous les ordonnateurs encourent, en raison de l'exercice de leurs attributions, les sanctions prévues par les lois et règlements.

⁷⁴ Article 87 al. 2.

⁷⁵ Article 89 al. 1.

⁷⁶ Article 89 al 2.

⁷⁷ Article 89 al 4.

des comptes⁷⁸. Il s'agit d'un contrôle par incidence consécutif aux contrôles précédents. Statuant ici en matière répressive, le contrôle est mis en œuvre par le juge pénal.

Est ici visé la responsabilité que peut encourir le contrôleur financier dont les agissements causent un préjudice à la collectivité ou à autrui, et auxquels celui-ci reste soumis. Le juge pénal intervient alors pour réprimer, sur le fondement des articles 134-134 bis, 135, 136, 137, 140, 142, 143, 144 et 185 du Code Pénal Camerounais, la corruption⁷⁹. Il peut ainsi s'agir de : « *détournement de biens publics, prise illégale d'intérêt, concussion, corruption et trafic d'influence, faux en écritures publiques [; ou encore] le délit d'immixtion dans les fonctions publiques* », l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, la publication ou la présentation de bilans inexacts⁸⁰. Il importe également de garder à l'esprit la loi fédérale du 9 novembre 1962 portant répression des infractions relatives à la fortune publique dont l'article premier réprime quiconque ayant par quelque moyen ou artifice que ce soit, frauduleusement soustrait, détourné, volé, escroqué ou recelé des deniers publics.

L'objectif de la responsabilité pénale est de réprimer les infractions pénales qui seraient commises par le contrôleur financier. Elle n'est pas spécifique au droit financier, car elle sanctionne toute personne qui se rend coupable d'un fait ou omission répréhensible en vertu du droit pénal. La gestion financière publique reste cependant un terrain favorable à la commission d'infractions pénales, facilitées pour beaucoup d'entre elles par la possibilité d'agir en tant que gestionnaire ou décideur public.

Le recours au droit pénal pour sanctionner peut jouer à l'encontre de l'exigence de bonne gestion publique. Le principal inconvénient est le risque d'une pénalisation de la gestion publique, dénoncée comme un frein à la créativité et à l'esprit d'initiative des gestionnaires⁸¹. La difficulté est donc de trouver un équilibre entre les libertés des décideurs et la répression pénale, car la gestion financière publique ne saurait non plus être soustraite au droit pénal. La possibilité

⁷⁸ NLEND NTONGA (Moïse), thèse, *op.cit.*, p. 190.

⁷⁹ Entendue comme le fait pour une autorité ou un agent public de solliciter ou d'agréer sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, elle est étroitement liée ou détournement de fonds publics ou de biens publics

⁸⁰ DIARRA Mamadou (M.), *Rapport sur le Rôle du juge des comptes dans la bonne gouvernance*, thème de la rentrée judiciaire 2007-2008, au Sénégal, pp. 14-15.

⁸¹ DUHAMEL (P.-M.), « Liberté et responsabilité des gestionnaires publics dans la nouvelle constitution budgétaire », *RFFP*, n° 92-novembre 2005, p. 209.

d'engager la responsabilité pénale du contrôleur financier en cas d'infraction devrait donc être maintenue.

Conclusion

La réflexion qui arrive à son terme avait pour objectif de porter un regard sur le contrôleur financier, et d'analyser la posture que lui confère le renouveau budgétaire camerounais, notamment celui issu de loi n° 2018/012 du 11 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques. Envisagée sous le prisme de sa responsabilité, l'analyse révèle que, érigé au rang des acteurs majeurs de l'exécution du budget au même titre que l'ordonnateur et le comptable public, le contrôleur financier participe à l'exécution budgétaire par l'exercice d'un contrôle *a priori* sur l'ensemble des opérations budgétaires, et d'un contrôle *a posteriori* sur la performance des programmes. Ce faisant, il assure également une mission de conseil aux cotés de l'ordonnateur auprès duquel il est placé. Ce repositionnement du contrôleur financier dans la chaîne budgétaire emporte par ailleurs pour lui sa soumission à un contrôle intensif. Au traditionnel contrôle hiérarchique laissé à l'initiative du ministre en charge des finances, se pose désormais l'éventualité d'un contrôle juridictionnel pluriel fondé sur la faute de gestion et la malversation financière.

Du fait de l'objectif de modernisation poursuivi par le renouveau budgétaire, il en découle l'émergence d'un nouveau modèle de gestion fondé sur une logique de performance. Ce nouveau statut du contrôleur financier contribue largement à ce processus de modernisation, lequel inscrit la transparence au rang de ses piliers fondamentaux. Reste plus que pour le législateur financier de clarifier la confusion des rôles entre comptable public et contrôleur financier en matière de contrôle de régularité sur les engagements budgétaires.

Perspective pour une orientation judiciaire du traitement des cyberoffensives en droit international

Par :

Page | 151

Edi Donal KUATE GNOWA

Master II en Droit Public

Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

L'explosion des attaques informatiques dans lesquelles seraient impliqués les États constitue une véritable menace pour la paix et la sécurité internationales¹. Dans son rapport de 2015, le groupe d'experts gouvernementaux des Nations Unies sur la cybersécurité (GGE) exprimait son inquiétude face à des percées préoccupantes marquées par une hausse spectaculaire du nombre d'actes malveillants dirigés notamment contre les infrastructures vitales des États. Compte tenu de ce que le numérique sera au cœur du contentieux de demain, il est crucial dans un contexte international marqué par l'émergence des positions unilatérales au sujet des réponses réservées aux cyberoffensives², de mettre à contribution la CIJ³ tant les cyberoffensives constituent dans tous les cas des actes internationalement illicites auxquels la Cour est compétente et pourrait être saisie dans les conditions prévues.

Mots clés : cyberoffensives, attaques informatiques, sécurités internationales, cybersécurité.

¹ Karine Bannelier / Théodore Christakis, « Cyberattaques. Préventions-réactions : rôle des États et des acteurs privés », (2017), *Les cahiers de la Revue Défense Nationale* à la p 7.

² Tant le droit international n'encadre pas de façon spécifique les infractions de cette nature notamment dans les rapports entre États.

³ Notamment en matière consultative et contentieuse.

Introduction

Le XXI^e siècle est l'âge du cyberspace⁴, qui constitue aujourd'hui comme les autres espaces publics mondiaux d'ailleurs, un terrain de conflictualité. Le cyberspace l'est davantage dans la mesure où il est un excellent levier de croissance économique essentielle pour le développement et la puissance d'un État.

Page | 152

Aujourd'hui, l'on dénombre une multiplicité d'infractions commises dans le cyberspace et dont les victimes et les auteurs peuvent être les États ou les personnes privées (groupes organisés, personnes physiques prises isolement). Certaines de ces infractions constituent des actes internationalement illicites et dont la gravité pourrait engendrer un conflit armé entre États⁵.

En effet, la sophistication de certaines cyberoffensives est de nature à porter atteinte à la souveraineté étatique notamment lorsque celles-ci touchent à un facteur clé de la puissance d'un État. Selon le Wall Street Journal⁶, des pirates informatiques ont de nouveau réussi à s'introduire dans les rouages très secrets de la Défense américaine. Cette fois, l'infiltration concernerait le plus coûteux programme d'armement des États-Unis à ce jour, le projet de l'avion de chasse F-35⁷. Les données piratées concerneraient le design de l'avion, ses performances statistiques et son système électronique. Cette nouvelle intrusion illustre une escalade dans les actions des pirates informatiques pour obtenir un accès à des données vitales pour la sécurité des États-Unis.

En l'espace de deux décennies, le cyberspace est devenu un lieu de tension et de confrontation. L'instabilité et l'insécurité liées à l'accroissement des risques et des menaces dans

⁴ Laurent Bloch, « Un nouvel espace stratégique, le cyberspace », *La revue géopolitique*, (08 juin 2017), en ligne : <<https://www.diploweb.com/2-Un-nouvel-espace-strategique-le-cyberspace.html>>.

⁵ « L'environnement informatique mondial présente toutefois des tendances préoccupantes, notamment la hausse spectaculaire du nombre d'actes de malveillance dans lesquels des États ou des acteurs non-étatiques sont impliqués. Ces tendances font courir un risque à tous les États et l'utilisation malveillante des TIC peut compromettre la paix et la sécurité internationales. 4. Plusieurs États développent des capacités dans ce domaine à des fins militaires. La probabilité que les TIC soient utilisées dans des conflits futurs entre États augmente. Les attaques les plus graves qui sont menées à l'aide des TIC comprennent celles qui sont dirigées contre une infrastructure essentielle d'un État et contre les systèmes d'information correspondants. Le risque d'attaque grave de ce type est à la fois réel et sérieux », Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale, rapport de 2015, Note du Secrétaire général, A/70/174, 22 juillet 2015.

⁶ Retrouver sa publication en ligne : < <https://www.wsj.com/articles/SB124027491029837401>>.

⁷ Bastien Hugues, « Inquiétante attaque de hackers contre le Pentagone », *le figaro* (21 avril 2009), en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/international/2009/04/21/01003-20090421ARTFIG00452-inquietante-attaque-de-pirates-informatiques-au-pentagone-.php>>.

ce milieu, ainsi que l'usage d'Internet à des fins criminelles ou terroristes, fragilisent la plupart des démocraties aujourd'hui. La sophistication et l'intensité des cyberoffensives⁸ nécessitent qu'un traitement judiciaire soit apporté pour trancher d'éventuels conflits qui pourraient naître entre les États.

Des tensions sans cesse grandissantes entre les États au sujet des cyberoffensives se matérialisent par des accusations⁹, des menaces de ripostes militaires¹⁰ et des sanctions¹¹ et pourraient nécessiter une intervention de la CIJ.

Le terme cyberoffensive ne fait pas l'objet d'une consécration universelle¹². C'est un terme qu'on emploie très souvent dans le même sens que celui de cyberopération¹³ pour généralement désigner les attaques informatiques (d'ampleur ou non) menées par un État¹⁴ contre les intérêts d'un autre en temps de paix¹⁵.

Tant que ces agissements sont contraires au droit international, tout État victime a toujours la possibilité de saisir le Conseil de sécurité qui pourrait à son tour demander un avis consultatif à la Cour au sujet de la situation juridique de ces nouvelles formes d'« agression » afin de savoir comment se comporter. Les États victimes, dans la mesure où ils disposent d'un accord

⁸ Dans le cadre de cette analyse, les termes : cyberoffensives, cyberopérations, cyberattaques étatiques désignent la même chose.

⁹ Les USA ont accusé la Russie d'avoir manipulé l'élection présidentielle de 2016 pour porter Donald TRUMP à la Maison Blanche. Selon deux officiels des renseignements américains, Vladimir Poutine aurait même personnellement interféré dans l'élection présidentielle américaine, en ligne : <<https://www.nbcnews.com/news/us-news/u-s-officials-putin-personally-involved-u-s-election-hack-n696146>>. Le site Wikileaks avait d'ailleurs reconnu avoir été manipulé par la Russie en diffusant, pendant la campagne pour la présidentielle américaine, des milliers de messages piratés ayant placé la candidate démocrate Hillary Clinton sur la défensive.

¹⁰ Le 16 mai 2011, le Pentagone, par son porte-parole a fait connaître la position américaine sur sa stratégie de riposte contre les cyberattaques. Selon ce porte-parole, « Une réponse à un incident cybernétique ou à une cyberattaque visant les États-Unis ne serait pas nécessairement une réponse cybernétique » ; il ajoute que « Si nous étions attaqués, même sous forme de cyberattaque, toutes les options seraient sur la table », en ligne : <<https://www.lapresse.ca/international/etats-unis/201105/31/01-4404758-les-etats-unis-prets-a-envisager-une-riposte-militaire-en-cas-de-cyberattaque.php>>.

¹¹ En effet, le 15 avril 2021, les USA ont adopté une série de sanctions financières contre la Russie et l'expulsion de dix diplomates en représailles à une cyberattaque et des ingérences dans l'élection présidentielle de 2020 attribuées à Moscou, en ligne : <<https://www.france24.com/fr/am%C3%A9riques/20210415-washington-impose-des-sanctions-%C3%A0-la-russie-en-repr%C3%A9sailles-%C3%A0-une-s%C3%A9rie-d-actes-malveillants>>.

¹² Sa définition peut varier d'un pays à un autre en fonction de sa perception de la question et son degré d'avancée technologique.

¹³ Terme emprunté au ministère français des armées dans un rapport portant sur la position française s'agissant des cyberattaques dont elle pourrait être victime.

¹⁴ Soit directement, soit par l'entremise de groupes interposés.

¹⁵ Car en temps de guerre cet acte n'est pas illégal.

de règlement de différends impliquant le recours à la Cour peuvent toujours user de ce moyen pour porter leur cause devant la Cour.

Deux orientations fondamentales pourraient être suivies afin de permettre à la CIJ de poser des bases solides d'un éventuel cadre juridique propre aux réponses à donner aux cyberoffensives. Il s'agirait de saisir la CIJ pour les cyberoffensives de basse intensité en tant qu'actes internationalement illicites (I). Si certaines cyberoffensives de par leur nature échappent à l'intervention d'une possible saisine de la Cour, le Conseil de sécurité pourrait envisager de consulter la Cour sur les situations juridiques complexes que posent les cyberoffensives notamment lorsque celles-ci sont assimilées à une agression armée (II).

II- LES CYBEROFFENSIVES DE BASSE INTENSITÉ COMME ACTES INTERNATIONALEMENT ILLICITES JUSTIFIANT LA SAISINE DE LA CIJ

Le cyberspace fait partie intégrante des domaines de souveraineté de chaque État. Cela signifie que chaque État exerce sa souveraineté sur les systèmes d'information situés sur son territoire. Il est donc normal qu'il prenne toutes mesures pour assurer sa protection.

En parallèle à un ensemble de mesures de sécurisation et de défense de ses systèmes, chaque pays se réserve le droit de répondre¹⁶ à toute cyberoffensive dont il aurait été victime. Cette action peut se traduire par la saisine de la CIJ dans la mesure où les cyberopérations constituent une violation du principe de droit international d'interdiction de recours à la force¹⁷ (A) ; de plus, ces attaques sont également des atteintes au principe de non intervention (B).

A- Les cyberoffensives en tant que violation de l'interdiction de non recours à la force et fondant la compétence de la CIJ

Bien qu'il n'existe pas une convention mondiale régissant le cyberspace, une grande partie des normes classiques qui y règnent trouvent néanmoins leur application dans cet espace. Le

¹⁶ L'on se situe ici dans les situations d'attaques informatiques n'ayant pas eu un impact grave sur la sécurité et la vie sociale de l'État victime mais qui parce qu'elles violent le droit international ne saurait rester impunies.

¹⁷ Le recours à la force ne peut en réalité avoir lieu qu'en réaction à une « agression armée » constituant un acte de légitime défense (art. 51 de la Charte des Nations Unies).

GGE¹⁸, mis en place sur la base d'une résolution de l'Assemblée Générale en 2003¹⁹ avait reçu pour mission d'examiner les risques actuels ou à venir qui se posent ou se poseraient dans le cyberspace et des pistes de solutions pour y faire face. Un premier rapport de ce groupe a été publié en 2010 puis un second plus fourni publié en 2013 et adopté par une résolution de l'Assemblée Générale²⁰. Dans ce rapport, le groupe d'experts a établi que « *le droit international - et en particulier la Charte des Nations Unies - est applicable et qu'il est essentiel au maintien de la paix et à la stabilité dans l'espace international ainsi qu'à la promotion d'un environnement des technologies de l'information et de la communication ouvert, sûr, pacifique et accessible*²¹ [notre traduction] ». Le rapport n'apporte toutefois pas plus de détails. En 2015, un troisième rapport viendra compléter le précédent²². Dans ce rapport, la Charte est placée comme le cadre privilégié de régulation des relations interétatiques. Ceci signifie que la Charte est applicable aux TIC et par conséquent, les États doivent également respecter dans le cyberspace, les grands principes qu'elle énonce. Plusieurs grands principes sont ainsi évoqués et que les États se sont engagés à respecter comme étant « *d'importance centrale*²³ ». Il s'agit entre autre de l'interdiction du recours à la force, de la non-intervention dans les affaires internes des autres États.

Dans les premières lignes de leur travail sur l'applicabilité du droit international au cyberspace, les rédacteurs du Manuel de Tallinn ont unanimement considéré que les règles du *jus ad bellum* et du *jus in bello* s'appliquent dans le cyberspace²⁴. Cette conclusion a été adoptée par un grand nombre d'États notamment les États-Unis²⁵, la France²⁶, le Royaume-Uni²⁷ ou l'Allemagne²⁸. Ces positions convergentes sont renforcées par l'affirmation de la CIJ dans son

¹⁸ Le 27 décembre 2013, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à l'unanimité la résolution 68/243, dans laquelle elle a pris acte des constatations et recommandations du Groupe d'experts gouvernementaux de 2012/2013 et a prié le Secrétaire général de constituer un nouveau Groupe d'experts gouvernementaux qui lui ferait rapport en 2015. Le Groupe d'experts gouvernementaux chargé d'examiner les progrès de l'informatique et des télécommunications dans le contexte de la sécurité internationale.

¹⁹ A/RES/58/32.

²⁰ A/68/98.

²¹ A/68/98, §19.

²² A/70/174

²³ A/70/174, §26.

²⁴ Voir Manuel de Tallinn à la p 5.

²⁵ White House, *International Strategy for Cyberspace*, (1^{er} mai 2011) à la p 9.

²⁶ *Stratégie nationale de la cyberdéfense* (29 juin 2018) à la p 82.

²⁷ Foreign and Commonwealth Office, Response to General Assembly resolution 69/28 "Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security" (May 2015) à la p 6.

²⁸ "Report on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security" (RES 69/28).

avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* selon laquelle les règles du *jus ad bellum* « s'appliquent à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées²⁹ ».

Les violations les plus graves de souveraineté, notamment celles qui portent atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un pays, peuvent constituer une violation du principe d'interdiction de recours à la menace ou à l'emploi de la force³⁰, lequel s'applique à tout emploi de la force indépendamment de l'arme employée³¹. Une cyberoffensive constituerait une violation du principe d'interdiction de recourir à la force si ses effets sont similaires à ceux qui résultent de l'utilisation d'armes classiques³². Cependant, il ne faut pas exclure la possibilité qu'une cyberoffensive dénuée d'effets physiques puisse être également qualifiée de recours à la force. En l'absence de dommages physiques, plusieurs autres critères peuvent être considérés comme un recours à la force, notamment les circonstances qui prévalent au moment de l'opération, en occurrence l'origine de l'opération et la nature de l'instigateur (son caractère militaire ou non), le degré d'intrusion, les effets provoqués ou recherchés par l'opération, ou encore la nature de la cible visée. Ces critères ne sont pas exhaustifs. À titre d'exemple, le fait de pénétrer des systèmes militaires en vue d'atteindre les capacités de défense d'un État souverain, ou de financer, voire d'entraîner des individus afin que ces derniers perpètrent des cyberattaques contre un État pourrait ainsi, être qualifié de recours à la force³³.

Certaines cyberoffensives constituent un usage de la force - et vont donc au-delà de la simple contrainte économique ou politique - sans être assez graves pour mériter la qualification d'agression armée. La littérature anglo-saxonne parle ainsi d'usage de la force sous le seuil de

²⁹ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, à la p 226 §39.

³⁰ « *Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.* » L'interdiction du recours à la force armée n'est autorisée que dans trois situations : la légitime défense en cas d'agression armée prévue par l'article 51 de la Charte des Nations unies, le recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité des Nations unies aux termes du Chapitre VII et le consentement de l'État sur le territoire duquel a lieu l'intervention.

³¹ Cf. Avis Consultatif de la CIJ sur Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *op.cit* à la page p.18, § 39.

³² Ministère des armées (France), « Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace », (07 février 2019) à la p 7.

³³ *Ibid.* page.7.

l'attaque armée (" *use of force short of an armed attack* "). Ces actes seront qualifiés d'usage de la force au sens de l'article 2(4) en fonction des circonstances.

Michael Schmitt a développé une théorie qui reste à ce jour une des plus élaborées, et qui est reprise par une grande majorité de la littérature. Le Manuel de Tallinn se réfère également aux critères de Schmitt et propose de s'en servir pour imaginer comment la communauté internationale qualifierait une cyberoffensive. L'idée est d'observer des critères qualitatifs permettant de distinguer les opérations qui seraient plutôt qualifiées de coercition économique ou politique, et celles qui atteignent le seuil de l'usage de la force³⁴. Il ne s'agit guère de critères consacrés, mais juste des indices qui pourraient amener les États à prendre les justes décisions lorsqu'ils sont victimes de cyberopérations auxquelles ils pourraient hâtement envisager un recours à la force en réaction.

Ces critères sont entre autres l'intensité, l'immédiateté (*immediacy*), le caractère direct de l'attaque (*directness*), son degré d'invasivité (*invasiveness*), la mesurabilité des effets (*measurability of the effects*), le caractère militaire de l'opération (*military character*), le degré d'implication d'un État (*state involvement*) ainsi que le caractère présumé de légalité de l'opération (*presumptive legality*)³⁵.

Le critère de la sévérité est assurément le plus important. Une cyberoffensive qui cause des dommages humains ou matériels constitue un usage de la force, tandis qu'une attaque provoquant seulement une gêne (« *mere inconvenience* ») n'a pas le seuil d'intensité nécessaire pour être assimilée à une agression armée. Entre ces deux extrêmes, on peut considérer qu'une attaque qui affecte les intérêts vitaux d'un État tendra à être qualifiée d'usage de la force³⁶. Il s'agit d'un glissement sémantique pour prendre en compte les cyberattaques. Pour évaluer l'intensité d'une attaque, il faut prendre en compte son étendue, sa durée et ses effets.

Le critère de l'intensité n'étant en lui-même pas toujours simple à mettre en œuvre, d'autres critères peuvent conduire un État de qualifier une opération informatique comme un usage de la force. Tout d'abord, l'immédiateté de l'attaque influence sur cette décision. Plus les conséquences d'une opération se manifestent tôt, moins les États ont le temps de recourir à des mesures

³⁴ Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace », Université Paris Panthéon Assas, mémoire, (2018-2019), p 30.

³⁵ Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace », *op. cit.*, p.30.

³⁶ *Ibid.*, p.30.

pacifiques pour limiter leurs effets néfastes. Ainsi, les États auront plus facilement tendance à qualifier une cyberoffensive dont les résultats sont immédiats comme un usage de la force puisque la menace sera perçue comme imminente³⁷.

Doit être également pris en compte le caractère direct de l'attaque. Le caractère immédiat de l'attaque s'attache à la temporalité, tandis que le caractère direct renvoie à la causalité entre l'opération et les conséquences³⁸. Le Manuel de Tallinn pose ainsi que, dans le cadre de mesures de coercition économiques (comme des sanctions ou boycotts), les conséquences tendent à se faire sentir plusieurs semaines voire mois après la décision d'adopter des sanctions. En revanche, les opérations militaires classiques ont des effets plus directs – il suffit par exemple de penser à des frappes aériennes ou l'envoi de troupes au sol, dont les conséquences sont quasi-immédiates. Plus les effets d'une cyberopération sont directs, plus celle-ci est à même d'être considérée comme un usage de la force.

Le critère d'invasivité prend en compte la nature de la cible visée et son importance pour l'État victime d'une cyberoffensive. Plus la cible visée est sécurisée, plus l'attaque est intrusive et plus elle est vue comme une menace pour l'État victime, qui aura plus facilement tendance à la qualifier d'usage de la force. De plus, une opération conduite de sorte à ne viser qu'un État accroît le sentiment de menace ressenti par l'État victime, comparé à une opération visant indifféremment d'autres États.

Le critère de mesurabilité des effets dérive du fait que les États sont plus enclins à caractériser une opération comme un usage de la force lorsque ses conséquences sont apparentes. Toutefois, ce critère peut être difficile à appliquer dans le cyberspace. Il reste qu'une opération a plus de chance d'être qualifiée d'usage de la force si ses conséquences sont quantifiables et identifiables. Par exemple, si un État est en mesure de déterminer avec précision l'étendue des conséquences d'une cyberattaque, notamment la masse de données corrompues, de fichiers extraits, le nombre de serveurs touchés, etc., il lui sera plus aisé de déterminer si l'opération équivaut à un usage de la force.³⁹

³⁷ Voir affaire du Lotus, Publications de la Cour permanente de Justice Internationale, série A, n°10 à la p 18 ; Kosovo, §84.

³⁸ Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace », *op. cit.*, p.31.

³⁹ *Ibid.*, p 31.

Naturellement, le caractère militaire d'une cyberoffensive joue également un rôle, puisque l'opération se rapproche dans ce cas d'une attaque armée, laquelle constitue un usage de la force. Une opération présentera notamment un caractère militaire lorsqu'elle est conduite par l'armée d'un État⁴⁰. Le critère du degré d'implication de l'État qui lance la cyberopération joue également un rôle. Plus l'État conduisant une cyberoffensive est impliqué et moins il a recours à des « *proxies* », c'est-à-dire des intermédiaires, plus l'État victime est susceptible de qualifier l'opération d'usage de la force.

Enfin, le dernier critère à observer est celui de la légalité présumée de l'opération. Le droit international est prohibitif par nature, c'est-à-dire que ce que le droit international n'interdit pas explicitement est en principe autorisé⁴¹. Puisque le droit international n'interdit pas expressément et de façon générale certaines actions comme la simple pression économique, la propagande, les opérations psychologiques ou l'espionnage, celles-ci sont généralement considérées comme licites. Une cyberopération dont les conséquences équivalent à une de ces catégories aura donc tendance à être qualifiée de licite et sera moins sujette à la qualification d'usage de la force.

Ces critères doivent être examinés ensemble, afin d'avoir une image globale et d'évaluer au mieux si une cyberoffensive se rapproche plus d'un recours à la force ou d'une simple coercition économique ou politique, auquel cas elle doit être exclue des frontières de l'usage de la force⁴².

Néanmoins, plusieurs auteurs ont également démontré la faiblesse de ce modèle. Tout d'abord, mis à part l'accent sur le critère d'intensité, aucune indication n'est donnée sur le poids que doit avoir chacun des critères dans l'évaluation de l'opération. Surtout, les critères sont trop malléables, et peuvent conduire à deux résultats contradictoires.

En effet, on peut parvenir à un tout autre résultat et considérer par exemple que les attaques par déni de service menées contre l'Estonie en 2007 ne semblent pas avoir eu des conséquences assez importantes pour être qualifiées d'usage de la force. Bien que les conséquences aient été

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Voir Affaire du "Lotus", Publications de la Cour permanente de justice internationale, Série A – n°10, 1927, *op.cit.*, p 19.

⁴² Michael Schmitt, "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law : Thoughts on a Normative Framework" (1999) 37 Columbia Journal of Transnational Law à la p 916.

immédiates – les sites victimes des attaques étaient rendus inaccessibles au moment des attaques – les conséquences furent finalement assez minimales. Aucun dommage physique à l'encontre d'individus, direct ou indirect, n'a été enregistré. Les attaques n'ont pas détruit des biens, elles ont causé une simple gêne, qui plus est était temporaire, pour un laps de temps assez court. L'on peut considérer que les conséquences directes des attaques étaient simplement l'indisponibilité des serveurs, et non les dommages économiques ou la perte de confiance dans le gouvernement. On peut également considérer que les attaques étaient légitimes, puisqu'elles ont seulement interrompu les systèmes de communication, ce qui conformément à l'article 41 de la Charte ne constitue pas un usage de la force.

On le voit, les critères sont donc relativement maniables et sujets à des interprétations différentes en fonction des intérêts géostratégiques des États.

On peut noter que le modèle de Schmitt est plus nuancé que les dispositions de la Charte et permet de faire une distinction entre différentes attaques en fonction de leur intensité et prend en compte leurs effets indirects. Il constitue l'analyse la plus poussée permettant de savoir quand une cyberopération constitue un usage de la force mais n'est pas pleinement satisfaisant puisque l'application des critères est trop subjective. De nombreux auteurs, mais aussi certains États proposent de redéfinir la notion de force dans le contexte numérique, afin de garantir une certaine sécurité juridique et éviter que l'évaluation de ce que constitue un usage de la force ne soit uniquement laissé à l'appréciation des États.

Un cadre légal effectif pour qualifier les cyberoffensives d'usage de la force devrait prendre rapidement en compte la gravité des conséquences d'une attaque pour la souveraineté d'un État, la paix et la sécurité internationales⁴³. Il s'agirait également de prendre en compte les effets réversibles ou non d'une cyberattaque ainsi que la cible d'une attaque, sans pour autant appliquer l'approche basée sur la cible qui fait fi des conséquences. Une cyberoffensive serait ainsi qualifiée d'usage de la force lorsqu'elle vise à causer des dommages physiques importants et irréversibles en s'attaquant aux infrastructures informatiques d'un État et portant atteinte à l'intégrité des systèmes et réseaux informatiques dont il est dépendant. La CIJ pourrait contribuer à assoir cette

⁴³ *Id.*, p 31.

base légale de qualification d'une cyberopération et des réponses envisageables selon l'intensité de celle-ci

Toutes les opérations n'atteignent pas le seuil de l'usage de la force tel qu'envisagé dans l'article 2(4). Toutefois, elles ne sont pas nécessairement licites en droit international. En particulier, elles peuvent contrevenir au principe de non-intervention. Page | 161

Quelle que soit l'intensité d'une cyberoffensive, le fait qu'elle viole la souveraineté numérique d'un État constitue un motif suffisant pour que l'État victime puisse saisir la CIJ pour obtenir réparation du préjudice causé par cette attaque et le cas échéant demander que des sanctions soient prises contre l'État responsable. Cette possibilité de solliciter la Cour devra bien entendu répondre aux conditions préalables de sa saisine⁴⁴. Chaque État est donc en droit lorsqu'une cyberopération est détectée et son auteur (État) identifié, de mettre en œuvre tous les moyens judiciaires nécessaires en vue d'obtenir réparation.

La multiplication des cyberoffensives dont sont victimes les États ne saurait les laisser indifférents et rester impunies. Il existe plusieurs mesures que les États pourraient engager en vue de prévenir, anticiper, protéger, détecter et poursuivre les auteurs de ces attaques. En France par exemple, le Premier ministre désigne des services de l'État chargés de mettre en œuvre des opérations de cyberdéfense dans le but d'anticiper, de détecter et de réagir aux cyberattaques en coordination avec leurs partenaires nationaux ou internationaux⁴⁵. Cette mesure française ne prévoit pas le recours à la CIJ pour traiter éventuellement de conflits cybernétiques avec d'autres États. Il s'agit là plus d'une mesure défensive et solitaire.

⁴⁴ La CIJ ne peut connaître d'un différend que si les Etats en cause ont accepté sa compétence de l'une des trois manières suivantes :

- En vertu d'un accord (aussi appelé « compromis ») conclu entre eux dans le but précis de soumettre leur différend à la Cour ;
- En vertu d'une clause compromissoire, lorsque les Etats concernés sont parties à un traité dont l'une des dispositions permet de soumettre à la Cour certaines catégories de différends ou de litiges concernant l'interprétation ou l'application dudit traité ;
- Par l'effet réciproque de déclarations faites aux termes du Statut et en vertu desquelles chacun des Etats en cause a accepté la juridiction de la Cour comme obligatoire pour ses différends avec un autre Etat ayant fait une telle déclaration. Un certain nombre de ces déclarations, qui doivent être déposées auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, sont toutefois assorties de réserves qui excluent certaines catégories de différends, en ligne : <<https://www.icj-cij.org/fr/fonctionnement> >.

⁴⁵ Ministère des armées (France), « Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace », *op.cit.*, p 7.

Chaque pays pourrait lorsqu'il serait victime d'une cyberoffensive de basse intensité recourir à l'arbitrage de la CIJ pour éviter une éventuelle escalade de violence. En réponse à une cyberoffensive constitutive d'une violation de sa souveraineté et donc du droit international, chaque État est en droit de saisir la CIJ afin de faire respecter et protéger ses intérêts et amener l'État responsable à répondre de ses agissements⁴⁶. Cette mesure est certainement une option acceptable car comme on le sait le recours à la force en riposte les cas prévus par la Charte des Nations Unies est prohibé ce qui exclut la possibilité pour les États de répondre à ce type d'attaques (basse intensité) par la force⁴⁷. Il est donc question de rester dans le principe de la résolution pacifique des différends entre les États et dont la CIJ constitue un des moyens. La saisine de la CIJ s'inscrit ici dans une réponse de nature pacifique et a pour but de contraindre l'État responsable à cesser ce type d'activités si elles sont toujours présentes ou fréquentes et éventuellement d'obtenir réparation de la part de l'État responsable.

La voie judiciaire est par conséquent un excellent moyen de désamorcer d'éventuelles escalades de violence entre les États au sujet d'actes de cybercriminalité étatique. Toutes les cyberoffenses n'atteignent pas le seuil de l'usage de la force tel qu'envisagé dans l'article 2(4) de la Charte. Toutefois, elles ne sont pas nécessairement licites en droit international, elles peuvent toutefois contrevenir au principe de non-intervention.

B- Les cyberoffenses comme atteinte au principe de non intervention

Le développement précédent a permis de voir que toutes les cyberoffenses ne sauraient être automatiquement assimilées à un usage de la force ou à une agression armée, il fallait alors établir le degré d'intensité pour déterminer la qualification adéquate et par là les mesures en réponse propices. Toutes les cyberattaques ne constituent donc pas un usage de la force, et encore moins une agression armée. Pour autant, ces actes ne sont pas nécessairement licites du point de vue du droit international. Il s'agit notamment des cyberattaques dont les effets sont d'ordre politiques ou économiques. Pour ces actes dont la gravité n'atteint pas le seuil de l'usage de la force, la littérature constante parle de « cyberattaques de faible intensité » (*low-intensity*

⁴⁶ Voir Art. 49 al 1 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (CDI).

⁴⁷ C'est l'esprit de l'Art 50 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la CDI.

cyberattacks) ou bien de « cyberattaques non destructives » (*non destructive cyberattacks*)⁴⁸. La littérature s'est plus intéressée aux cyberoffensives de grande intensité, produisant des conséquences néfastes graves, celles-ci, bien que possibles, demeurent rares⁴⁹. C'est une démarche à élargir car il semble que les cyberoffensives de basse intensité sont les plus courantes à l'heure actuelle et vont davantage connaître une croissance vigoureuse, puisqu'elles permettent à un État de se positionner sur l'échiquier des relations internationales et de l'influencer sans pour autant être accusé de faire usage de la force surtout que ce type d'attaques requièrent peu de ressources et réduisent le risque de représailles.

Ces attaques de faible ampleur, qui ne constituent pas à priori un usage de la force ou une agression armée peuvent entrer dans une autre catégorie à savoir celle de l'intervention prohibée par le droit international. Bien peu de littérature aborde le principe de non-intervention appliqué aux cyberoffensives, en comparaison avec le principe de prohibition de l'usage de la force par exemple. Généralement, le principe est évoqué rapidement comme constituant une catégorie pour les cyberopérations n'équivalant pas à un usage de la force, sans plus de réflexion sur ce qu'englobe le principe de non-intervention et comment il trouve à s'appliquer dans le contexte du numérique. Pourtant, et comme le souligne Russel Buchan, « *le principe de non-intervention établit un cadre légal qui peut protéger les États des cyberattaques qui, bien qu'elles ne produisent pas de dégâts physiques et ne peuvent donc être qualifiées d'usage prohibé de la force, ont quand même pour effet de contraindre un État à adopter une conduite qu'il devrait pouvoir déterminer librement*⁵⁰ ».

En droit international, le principe de la non-intervention c'est-à-dire le droit dont dispose tout État souverain à conduire ses affaires intérieures et extérieures sans ingérence extérieure, est un principe coutumier universellement reconnu et applicable ainsi que l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour internationale de Justice⁵¹. Absent de façon explicite dans la Charte des Nations

⁴⁸ William Mattessich, "Digital Destruction: Applying the Principle of Non-Intervention to Distributed Denial of Service Attacks Manifesting No Physical Damage" (2016) 54 : 3 Columbia Journal of Transnational Law, à la p 876.

⁴⁹ Sean Watts, "Low intensity cyber operations and the principle of non-intervention (2014) 14 Baltic Yearbook of International Law aux pp137 à 161.

⁵⁰ Russell Buchan, "Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?" (2011) 17 :2 Journal of Conflict & Security Law à la p 226) ; cité par Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace » (2018-2019) Université Paris Panthéon Assas, mémoire aux pp 35 à 36.

⁵¹ Voir par exemples l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, §162 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, §202.

Unies, ce principe trouve une base textuelle importante dans la Déclaration sur les relations amicales et la coopération entre États⁵² adoptée par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1970. Elle dispose que : « *Aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international. Aucun État ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit. Tous les États doivent aussi s'abstenir d'organiser, d'aider, de fomenter, de financer, d'encourager ou de tolérer des activités armées subversives ou terroristes destinées à changer par la violence le régime d'un autre État ainsi que d'intervenir dans les luttes intestines d'un autre État* ».

La référence aux « affaires intérieures ou extérieures » permet de cerner l'étendue des activités protégées par le principe de prohibition de l'intervention⁵³. Le concept « d'affaires intérieures » dérive de la théorie du domaine réservé, c'est-à-dire des activités qui ne sont en principe pas régulées par le droit international⁵⁴. Il s'agit plus clairement des matières au sujet desquelles le principe de souveraineté permet à chaque État d'agir librement. L'on fait notamment référence « du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures⁵⁵ ». Si ce choix n'est pas exercé librement en raison d'une contrainte exercée par un autre État, celui-ci viole le droit international. Il en est notamment ainsi lorsqu'il a recours à une action militaire, violant à la fois le principe de prohibition de l'usage de la force et celui du principe de non-intervention. Les affaires « extérieures » comprennent quant à elles le choix des relations diplomatiques et consulaires, le choix d'un État de reconnaître un autre État ou son gouvernement, le choix de devenir membre d'une organisation internationale, etc. En plus de concerner les affaires intérieures ou extérieures au sujet desquelles les États doivent demeurer

⁵² Voir Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États conformément à la Charte des Nations Unies, 1970.

⁵³ Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace », *op. cit.*, p 37.

⁵⁴ *Ibid.*, p 37.

⁵⁵ Voir affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), CIJ, Recueil 1986, p14 §205.

libres de faire leur choix, le principe de non-intervention impose que la contrainte (en anglais : « *coercion* ») ne soit pas utilisée. Ce terme n'est pas défini en droit international, mais il est plus large que celui de la « force physique », et doit également inclure les actions qui visent à entraver le choix d'un État et le forcer à agir de telle ou telle manière.

Le principe de non-intervention a été longuement discuté et explicité dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. Dans cet arrêt, le Nicaragua a notamment tenté de faire valoir que certaines mesures d'ordre économique prises par les États-Unis à son encontre constituaient « une forme d'intervention indirecte dans ses affaires intérieures »⁵⁶. Comme l'a expliqué la Cour, en raison de leur gravité, les actions qui constituent un usage de la force au sens de l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies, et *a fortiori* une agression armée constituent également une violation du principe de non-intervention⁵⁷. On peut également conclure de cet arrêt que le fait de financer, de soutenir et d'entraîner des rebelles constitue une intervention prohibée par le droit international⁵⁸, tout comme le fait de fournir des armements ou un soutien logistique⁵⁹. Ainsi, le fait pour un État de financer, entraîner et supporter un groupe d'activistes opérant à l'aide de moyens électroniques (ou cyber), le fait de fournir des logiciels ou une assistance logistique pourrait constituer une intervention de cet État même si cette intervention est indirecte⁶⁰. Mais le principe de non-intervention est plus large, et englobe la coercition économique, politique et idéologique. Certains auteurs parlent également de caractère « dictatorial » des actions. Il reste que les contours exacts de ce qui est prohibé demeurent flous. Le droit international admet le jeu d'influences, mais seulement dans une certaine mesure. Le critère central est celui de la contrainte, le fait d'imposer un certain comportement à un État, en dépit du droit qui lui est reconnu d'exercer sa souveraineté sur la question.

Le principe de non-intervention ne s'applique donc que pour des actes attribuables à un État. Un exemple typique de cyberoffensive pouvant être caractérisée d'intervention prohibée par le droit international est une opération visant les systèmes informatiques de la bourse d'un État, par exemple le New York Stock Exchange, si cette opération est conduite dans le but de forcer un

⁵⁶ *Ibid.*, §123.

⁵⁷ *Ibid.*, §205.

⁵⁸ *Ibid.*, §247.

⁵⁹ *Ibid.*, §195.

⁶⁰ Telle est également la position du Manuel de Tallinn 2.0, Commentary on Rule 66, §23.

État à adopter un comportement particulier⁶¹. Ce scénario est régulièrement envisagé en particulier car il pourrait être conduit sans causer de pertes en vie humaines ou la destruction de biens de façon directe, ce que ne pourrait pas nécessairement éviter une opération cybernétique avec le même but. Il ne constitue pas un usage de la force ou une agression armée, puisque ses effets se cantonnent au domaine économique. En revanche, il s'agirait d'une intervention prohibée par le droit international, puisque la mise à mal du système économique et financier de l'État victime constitue une ingérence dans ses affaires intérieures. La coercition idéologique renvoie à la tentative d'influencer sur la politique intérieure d'un État⁶². Le cyberspace est particulièrement vulnérable, puisqu'Internet est un espace accessible à tous et sa structure rend la diffusion à grande échelle de messages possible à faibles coûts. Bien que la Charte des Nations Unies soit muette sur l'usage de l'instrument idéologique comme moyen de coercition, un certain nombre d'accords internationaux limitent son usage dans un but nocif⁶³. Dans sa résolution 110 (II)⁶⁴, l'Assemblée Générale s'est exprimée sur la légalité du recours à la propagande. Elle condamne la propagande destinée ou de nature à provoquer ou à encourager toute menace à la paix, rupture de la paix ou acte d'agression. Il semble qu'à ce jour, les cyberattaques visant à influencer l'opinion, par exemple en diffusant de la propagande ou en hackant les pages d'un parti pour l'associer à des positions radicales ne serait pas considérées comme une violation du principe de non-intervention, ni même comme illégales aux yeux du droit international.

Enfin, une cyberoffensive visant à s'introduire dans le système informatique d'un gouvernement pour en voler des informations confidentielles avant de les diffuser publiquement ou pour les transmettre à un groupe de rebelles cherchant à faire tomber le gouvernement pourrait constituer une ingérence diplomatique⁶⁵. Toutefois, la simple intrusion dans un système pour voler des informations ne constitue pas une intervention, puisqu'aucune contrainte n'est exercée sur l'État victime. Il peut s'agir d'une violation de la souveraineté de cet État, mais l'opération ne présente pas d'élément de coercition. Le groupe d'experts du Manuel de Tallinn confirme cette analyse, et ajoute que même si l'intrusion dans un système suppose de déjouer des barrières

⁶¹ Camille Rabussier, « L'application du droit international dans le cyberspace », *op. cit.*, p 37.

⁶¹ *Ibid.*, p 39.

⁶² *Ibid.*, p 40.

⁶³ Michel. Gervais, "Cyberattacks and the laws of war", (2012) 30 :2 Berkeley Journal of International Law à la p 552.

⁶⁴ Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, 110 (II), Centième séance plénière, 21 octobre 1947.

⁶⁵ Michel. Gervais, "Cyberattacks and the laws of war" *op. cit.* p 550.

défensives comme des pare-feu ou de « cracker » des mots de passe, il ne n'agit pas d'une intervention, puisqu'il n'y a pas d'élément de contrainte⁶⁶. Une cyberopération peut également avoir pour effet de contraindre à la fois économiquement, idéologiquement et/ou diplomatiquement. Par exemple, dans le cas des cyberattaques ayant visé l'Estonie, les opérations de déni de services ont porté atteinte principalement à des sites médiatiques, ont diffusé des informations visant à décrédibiliser les dirigeants politiques, mais ont aussi eu pour effet de ralentir l'économie puisque de nombreux sites Internet, notamment bancaires, ont été rendus inaccessibles. De nombreux auteurs considèrent qu'il s'agissait d'une violation du principe de non-intervention, compte tenu de la durée (plusieurs semaines) et de la sévérité des attaques qui visaient à exercer plus qu'une influence sur le pays, en cherchant à faire pression sur le gouvernement pour le forcer à revenir sur sa décision de retirer le mémorial soviétique⁶⁷.

Quoiqu'il en est lorsqu'une cyberoffensive de basse intensité violerait le principe de non intervention, l'État victime dispose du droit de saisir la CIJ comme on l'a vu dans plusieurs affaires ci-relevées pour résoudre pacifiquement le différend né suite à une attaque de cette nature. Le développement précédent pourrait aussi aider la Cour à se positionner sur les différentes situations liées aux différends interétatiques nés d'attaques informatiques de faible intensité qui violeraient par là le principe de non intervention.

La CIJ reste donc toujours une voie indiquée pour solutionner pacifiquement les différends entre les États et notamment pour ce qui est des cyberoffensives de faible ampleur⁶⁸. Mais si des cyberoffensives se révèlent suffisamment graves au point de toucher aux infrastructures critiques, chaque État se réserve le droit d'adopter des mesures en réponse pour vue qu'elles soient adéquates et proportionnelles. Ces États pourraient tout aussi saisir la CSNU pour qu'il requiert l'avis de la CIJ sur la licéité d'éventuelles mesures en riposte qu'ils pourraient prendre pour réagir à une cyberoffensive de grande ampleur.

⁶⁶ Tallinn Manual, commentary on Rule 10 §8.

⁶⁷ Russell Buchan, "Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?", *op.cit.*, p 225.

⁶⁸ C'est-à-dire qui n'ont pas atteint le seuil suffisant d'une agression armée. L'agression armée devant recouvrir des conséquences combinées telles humaines, matérielles, infrastructurelles etc.

II- L'OPPORTUNITÉ DE CONSULTATION DE LA CIJ SUR LES SITUATIONS JURIDIQUES COMPLEXES ENGENDRÉES PAR LES CYBEROFFENSIVES ET ASSIMILABLES À UNE AGRESSION ARMÉE

Le 28 mai 2011, *Lockheed Martin*, le géant américain de la défense, annonçait avoir repoussé une attaque « significative et tenace » menée par des pirates informatiques qui étaient parvenus à dérober des codes d'accès à l'un de ses fournisseurs. Quelques heures après cette « cyberattaque », des responsables de l'armée américaine annonçaient que de telles actions, dans la mesure où elles provoqueraient des dysfonctionnements (même partiels) de l'État, (de l'économie nationale ou des systèmes civils collectifs), seraient considérées comme des « actes de guerre », ouvrant la possibilité à une réaction militaire de même nature que celle d'une attaque armée physique⁶⁹. Cette nouvelle doctrine américaine a été consacrée par le département de la défense américain : « *le Président des États-Unis se réserve le droit de répondre par tous moyens, y compris par des capacités cybernétiques, à un acte hostile dans le cyberspace dirigé contre les États-Unis, ses alliés ou partenaires ou ses intérêts, telle qu'une attaque informatique dirigée contre le gouvernement, l'armée ou l'économie des États-Unis*⁷⁰ ». Les États-Unis considèrent donc le cyberspace comme un terrain opérationnel au même titre que l'espace terrestre, aérien et maritime⁷¹, dans lequel la défense américaine situe sa capacité à prévenir et à repousser une « agression⁷² ». Cela implique que les États-Unis riposteraient aux cyberoffensives « de la même façon » qu'ils le feraient pour toute autre menace affectant les États-Unis, après avoir, lorsqu'ils le pourront, épuisé les autres options « avant l'usage de la force »⁷³.

La Russie pour sa part s'inscrit dans la même démarche que les États-Unis : « *Les initiatives de la communauté internationale visant à clarifier ce sujet complexe ne devraient pas entamer le*

⁶⁹ Sylvain Cypel, « Le Pentagone pourrait assimiler les cyberattaques à des 'actes de guerre », *Le Monde*, (3 juin 2011), en ligne : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/06/02/le-pentagone-pourrait-assimiler-les-cyberattaques-a-des-actes-de-guerre_1530949_651865.html .

⁷⁰ *Department of Defense Cyberspace Policy Report, A Report to Congress Pursuant to the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2011, Section 934*, (nov. 2011) à la p 4 (traduction par le rapport d'information n° 681 sur la cyberdéfense, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat, par M. Jean-Marie Bockel, enregistré le 18 juillet 2012 p 44).

⁷¹ « *DoD will treat cyberspace as an operational domain to organize, train, and equip so that DoD can take full advantage of cyberspace's potential* » (*Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace*, (juillet 2011) initiative stratégique 1 p 5).

⁷² « *Deter and Defeat Agression* » *Sustaining U.S. Global Leadership : Priorities for 21st Century Defense*, département de la défense, Washington D.C., (5 janvier 2012) p 4.

⁷³ *Department of Defense Cyberspace Policy Report, op. cit.*, p 2.

*droit légitime des États de recourir à la légitime défense face à une utilisation hostile des technologies de l'information et de la communication, tout comme ils ont le droit de riposter à une attaque d'armes classiques*⁷⁴».

Rappelons-le, en juin 2010, le ver *Stuxnet* endommage sérieusement les centrifugeuses du site d'enrichissement d'uranium de Natanz, retardant ainsi la réalisation du programme nucléaire militaire de l'Iran. Cette cyberoffensive, attribuée aux États-Unis et à Israël et décrite à l'époque comme l'arme cybernétique la plus sophistiquée jamais déployée, constitue la première offensive informatique de précision contre un système de contrôle industriel⁷⁵. En 2008, le Pentagone avait été la victime d'une clé USB « piratée » introduite dans un ordinateur portable. Cette petite clé USB contenait un virus placé selon les sources par une organisation de renseignements étrangère sur la clé d'un employé. Celle-ci a été insérée dans un ordinateur portable sur le réseau, probablement sur Windows, et donc exécuté immédiatement par celui-ci⁷⁶. Cette intrusion est l'attaque la plus importante qu'ait subi le réseau militaire américain. Il a fallu alors quatorze (14) mois pour stopper le ver. Cette attaque a, par la suite, abouti à la création de l'opération Buckshot Yankee engagée pour mettre fin à cette attaque et la création d'un cyber-poste de commandement. Cette opération, est considérée comme un tournant dans la perception américaine de la cyberdéfense⁷⁷. En juin 2020, l'Éthiopie est victime d'une cyberoffensive heureusement déjouée par l'Agence Nationale de la sécurité des systèmes d'information (INSA) attribuée à un acteur basé en Égypte, baptisé « Cyber_Horus Group ». Selon l'INSA, le but de cette attaque était de faire peser une « énorme pression économique, psychologique et politique sur le pays » à l'occasion du remplissage du barrage de la Renaissance construit sur le Nil. Le barrage était et est toujours une grande source de conflits entre l'Éthiopie et l'Égypte. Bien que les autorités éthiopiennes aient déclaré avoir évité une attaque de plus grande ampleur, celle du groupe Horus a réussi à pirater une dizaine de sites du gouvernement pour y poster des messages brandissant des menaces de

⁷⁴ Arie SCHAAP, “ Cyber Warfare Operations : Development and Use under International Law” (2009) 64 Air Force Law Review aux pp 124-125.

⁷⁵ Ames Farwell / Rafal Rohozinski, “Stuxnet and the Future of Cyber War” (2011) 3 :1 Survival, aux pp 23-40 ; voir également le Rapport d'information de monsieur Jean-Marie Bockel, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées n° 681 (2011-2012) - 18 juillet 2012, p.6.

⁷⁶ El ligne : <<https://linuxfr.org/users/tiste/journaux/le-pentagone-pirat%C3%A9>>.

⁷⁷ William Lynn III, “ Defending a New Domain. The Pentagon's Cyberstrategy ” (2010) 89 :5 Foreign Affairs à la p 97.

guerre en lien avec le remplissage du barrage. Il n'a aucun doute que l'Égypte aurait une main mise dans cette attaque

Ces attaques témoignent de la progression des menaces cyber et du risque qu'elles représentent pour la sécurité internationale. C'est ce qui explique que les États aient adopté de nouvelles stratégies pour répondre aux attaques informatiques dont ils pourraient être victimes à l'avenir. Les positions américaine, russe et même française laissent entrevoir un possible recours à la force pour répondre à une attaque informatique attribuée à un État à titre préventif et curatif or la question de savoir si une cyberoffensive peut donner lieu à un recours à la force en réponse ne trouve explicite pas de réponse dans la Charte des Nations Unies. Les États victimes pourraient alors sur cette question saisir le Conseil de sécurité pour qu'il constate ces attaques comme constitutifs d'actes d'agression au sens de la Charte des Nations Unies ou alors pour qu'il autorise un recours à la force en représailles. Puisqu'il s'agit d'une question délicate non traitée par la Charte, le CSNU pourrait consulter la CIJ sur l'implication juridique d'un acte d'hostilité dans le cyberspace notamment s'il peut donner lieu à une riposte par la force (A) au regard de son impact sur les intérêts de l'État victime. Il s'agira aussi de déterminer les implications juridiques d'une cyberoffensive d'une gravité extrême et comparable à une guerre physique de par ses effets (B).

A- La consultation de la cij pour statuer sur l'applicabilité de la légitime défense en matière de cyberoffensives

Une cyberoffensive d'une intensité similaire à une agression armée (physique) donne t'elle le droit de recourir à la légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies ? Michael SCHMITT n'exclut pas cette hypothèse⁷⁸.

Conformément aux dispositions la Charte des Nations Unies, « *l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique* ⁷⁹ ». C'est donc à juste titre que le Conseil de sécurité pourrait solliciter un avis

⁷⁸ "Applied to cyber operations, it is clear that any operation by or attributable to a State which results in damage to or destruction of objects or injury to or death of individuals of another State would commence an international armed conflict" (Michael Schmitt, "Cyber Operations and the Jus in Bello : Key Issues" (2011) 41 Israel Year book on Human Rights à la p 131).

⁷⁹ Cf. par. 1 de l'art. 96 de la Charte des Nations Unies.

consultatif auprès de la CIJ sur les questions juridiques particulièrement complexes comme celles relatives à l'applicabilité du droit à la légitime défense.

La Charte des Nations Unies confère au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁸⁰. Les cyberoffensives sont des actes de nature à porter atteinte à la paix et la sécurité internationales dans la mesure où elles pourraient déboucher sur un conflit armé⁸¹.

À la question de savoir si l'on peut recourir au droit à la légitime défense pour répondre à une cyberoffensive dont l'ampleur est comparable à une agression armée, il conviendrait d'abord de préciser les situations pouvant nécessiter le recours à la légitime défense. L'emploi de la force informatique en réponse à une agression par des moyens informatiques ne sera donc légitime que s'il vise à mettre fin à l'agression et qu'il n'existe aucune mesure pacifique permettant à l'État victime de se défendre suffisamment, ou que celles-ci ont été mises en œuvre sans succès⁸². L'on doit bien préciser que ce recours à la force doit être de la même nature que l'agression.

Les programmes et logiciels informatiques sophistiqués (programmes malveillants comme wanacy, les virus, les vers, les chevaux de Troie, les codes etc.) semblent pouvoir, dans certaines situations, être qualifiés d'« armes⁸³ ». Les instruments juridiques de régulation du cyberspace proposés par la Russie et la Chine font référence à l'expression « *arme informatique*⁸⁴ » pour qualifier les moyens informatiques susceptibles d'être déployés contre un État. Ces technologies ont la capacité d'affecter très sérieusement ou de détruire l'industrie, l'économie, les infrastructures sociales et de santé publique et l'administration d'un État, ainsi que la protection des informations sensibles du point de vue politique, militaire ou économique⁸⁵. Elles permettent donc d'atteindre des objectifs stratégiques, opérationnels et tactiques jusqu'ici à la portée d'opérations militaires⁸⁶. Dans le cadre de la survenance d'une catastrophe naturelle, cibler des

⁸⁰ Art. 24 de la Charte des Nations Unis.

⁸¹ Voir les positions américaine, russe et française précédemment développées.

⁸² Yoram Dinstein, "Computer Network Attacks and Self-defence" 76 International Law Studies à la p 109.

⁸³ Loïc Simonet, « L'usage de la force dans le cyberspace et le droit international », *op. cit.*, p 123.

⁸⁴ " *Each State voluntarily subscribing to the code pledges [...] (b) Not to use information and communications technologies, including networks, to carry out hostile activities or acts of aggression, pose threats to international peace and security or proliferate information weapons or related technologies* " (annexe du document de l'Assemblée générale des Nations Unies A/66/359 du 14 sept. 2011 p 4.

⁸⁵ *Ibid.*, p.123.

⁸⁶ *Ibid.*, p.123.

moyens de communication, de contrôle et de transport des équipes d'intervention d'urgence, les hôpitaux accroîtraient les dégâts matériels et les pertes en vies humaines. Sur le plan militaire, la perturbation des réseaux de communication et de contrôle des systèmes de défense (antimissile, antiaérienne) rendrait l'État victime vulnérable face à un agresseur potentiel. Sklerov en déduit donc « intuitivement » qu'une cyberoffensive est bien susceptible de constituer une attaque armée, en dépit de son caractère « non-conventionnel » par rapport à une attaque militaire traditionnelle⁸⁷.

Pour sa part, l'Assemblée générale de l'ONU fait allusion à « l'emploi de toutes armes par un État ⁸⁸ » pour définir la notion d'agression. De même, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de rappeler, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, que l'interdiction de l'emploi de la force édictée par la Charte des Nations Unies, tout comme la reconnaissance du droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, en cas d'agression armée et de la licéité du recours à la force conformément au chapitre VII de la Charte, ne préjugeaient pas de l'usage « d'armes particulières » et s'appliquaient « à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées ⁸⁹ ».

Selon le premier protocole additionnel aux conventions de Genève, « [l]'expression *attaques s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs*⁹⁰ ». La définition de l'« agression » en droit international permet également de dresser une analogie avec la notion d'« attaque armée », qui peut dès lors consister en « *l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État*⁹¹ » ou « *la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution [...] d'un acte d'agression*⁹² ». Le projet de code de conduite international sur la sécurité de l'information de 2011 prévoit ainsi que les États doivent s'abstenir d'utiliser Internet à des fins d'« agression ». La déclaration de 1965 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'inadmissibilité de

⁸⁷ Matthew Sklerov, “ Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses against States who Neglect their Duty to Prevent ” (2009) 201 Military Law Review à la p 50.

⁸⁸ Voir annexe de la résolution 3314 (XXIX) du 14 déc. 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies, art. 3 (b)

⁸⁹ Avis consultatif, *CIJ Recueil 1996*, § 39, p 244.

⁹⁰ Art. 49. voir également l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève, qui fait référence aux « cas de guerre déclarée ou (à) tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ».

⁹¹ Voir définition de la notion d'agression en annexe de la résolution 3314 (XXIX) du 14 déc. 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies, *op. cit.*

⁹² Art. 8 *bis* du statut de Rome de la Cour pénale internationale, tel qu'amendé en 2010 par la conférence de Kampala sur la révision du statut

l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, condamne ainsi « *l'intervention armée et d'autres formes directes ou indirectes d'ingérence attentatoire à la personnalité souveraine et à l'indépendance politique des États*⁹³ ».

Les développements précédents laissent toutefois une large place à l'incertitude et à la controverse, notamment en raison de l'évolution constante des technologies employées. Il semble donc plus raisonnable de se fonder, sur les conséquences d'une cyberoffensive pour l'assimiler à une agression armée.

L'actualité montre que plusieurs États ont adopté unilatéralement des positions relatives aux offensives cybernétiques⁹⁴. En vue d'éviter un recours systématique et pas toujours opportun à la force en légitime défense à une cyberopération, les États pourraient saisir le CSNU, garant de la stabilité internationale, pour qu'il apprécie l'opportunité de constater ou non une situation d'attaques informatiques émanant d'États et éventuellement les mesures à prendre. C'est une situation complexe car bien que l'on ait démontré qu'une cyberattaque pouvait être assimilée à une attaque armée, il reste que la qualification de cet acte comme tel devrait relever du CSNU au cas contraire chaque État voudrait appliquer sa propre doctrine sur la question.

Le CSNU pourrait face à cette situation, solliciter l'orientation de la CIJ avant de se prononcer.

L'on se souvient qu'en 1970, le CSNU avait demandé un avis consultatif à la Cour sur les Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Rien n'empêcherait aujourd'hui le Conseil de solliciter l'avis de la Cour sur l'applicabilité de la légitime défense suite à une offensive informatique d'extrême gravité. Selon SCHMITT, il est inéluctable de « revisiter » la notion d'usage de la force⁹⁵ dont le curseur se situe dans le cyberspace. Selon

⁹³ Résolution 2131 (XX) adoptée le 21 déc. 1965.

⁹⁴ Voir par exemple : France, *Revue stratégique de cyberdéfense*, février 2018, pp 82, 85 et 87, en ligne : <http://www.sgdnsn.gouv.fr/evenement/revue-strategique-de-cy-berdefense/> ; Australie, *Australia's Cyber Security Strategy : Enabling Innovation, Growth & Prosperity*, (avril 2016) pp 7, 28, 40-41, en ligne : <https://cybersecuritystrategy.pmc.gov.au/assets/img/PMC-Cyber-Strategy.pdf> ; Russie, *Doctrine of Information Security of the Russian Federation*, (décembre 2016) § 34, en ligne : <http://www.mid.ru/en/foreign_policy/official_documents/-/asset_publisher/CptICk6BZ29/content/id/2563163> ; Royaume-Uni, *National Cyber Security Strategy*, (novembre 2016) p 63, en ligne : <<https://www.gov.uk/government/publications/national-cyber-security-strategy-2016-to-2021>>.

⁹⁵ Michael Schmitt, "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law : Thoughts on a Normative Framework", *op.cit.*, p.913.

lui, entre de simples mesures coercitives et l'emploi de la force armée⁹⁶. Dans la même logique, Louis-Sidney suggère de « *repenser la notion d'agression armée afin de l'ajuster à la « faible intensité » des cyberconflits, en développant « des critères propres de ce qu'on appellerait une « agression informatique, utilisant une échelle d'intensité plus adaptée, et permettant ainsi une légitime défense informatique*⁹⁷ ». De manière générale, les cyberactivités, par leur opacité et leur défaut de vérifiabilité, se prêtent mal à la logique et aux mécanismes d'investigation et d'établissement de la preuve dont le droit international a besoin pour s'appliquer⁹⁸.

Les juges de la CIJ pourraient donc avoir l'opportunité d'apprécier les implications juridiques d'une cyberattaque en prenant en compte la nature immatérielle de l'attaque. Son avis sur la question permettrait plus aisément au Conseil de sécurité, garant de la paix dans le monde, de prendre les mesures appropriées afin que les États responsables de tels agissements soient ramenés à l'ordre. Pour l'heure, la Cour n'a pas encore été consultée sur une telle situation mais le droit n'a-t-il pas aussi une vocation préventive ?

Quoiqu'il en soit le recours à la légitime défense en réponse à une cyberoffensive d'ampleur devrait pouvoir être proportionnel et opportun. La riposte par l'usage de la force physique ne saurait donc être envisageable même dans l'hypothèse d'une légitime défense.

L'exigence de proportionnalité vient limiter l'étendue, la durée et l'intensité de l'emploi de la force à ce qui est requis pour mettre fin à l'agression armée⁹⁹. Il n'est point question ici que la force employée soit de même ampleur ou de même nature que l'acte qui a donné lieu à la situation de légitime défense. En effet, un État peut avoir besoin de mettre plus en œuvre pour se défendre contre une agression ; ou au contraire, un emploi de la force minimale peut suffire à mettre fin à l'agression informatique. L'on penche pour que les États prennent des mesures informatiques lorsqu'ils veulent exercer leur droit de légitime défense dans la mesure où celles-ci sont susceptibles de mettre fin à l'agression en causant moins de dommages que des mesures classiques.

Il est donc nécessaire pour les États au-delà de leur stratégie d'action dans le cyberspace de solliciter le CSNU pour qu'à son tour il saisisse la CIJ pour apprécier la légalité de leurs

⁹⁶ *Ibid.*, p 914.

⁹⁷ Cité par Loïc Simonet, « L'usage de la force dans le cyberspace et le droit international », *op. cit.*, p 127.

⁹⁸ *Id.*, p.127.

⁹⁹ Tallinn Manual, *op.cit.*, Commentary on Rule1 4, §5.

positions vis-à-vis du droit international. Cette action est d'autant plus nécessaire que certaines cyberoffensives pourraient avoir des conséquences très graves pour l'État victime et le pousser à entrer en guerre, option pas forcément proportionnelle d'où l'importance d'avoir un éclairage préalable à titre préventif.

B- La consultation de la CIJ pour statuer sur l'opportunité du déclenchement d'un conflit armé suite à une cyberoffensive d'une gravité exceptionnelle

Une cyberoffensive d'une intensité similaire à une agression armée (physique) peut-elle justifier le déclenchement d'une guerre ? C'est là une question assez délicate qui mérite une interprétation précise avant que toute action de guerre (individuelle ou collective) ne soit envisagée. Il revient une fois de plus au Conseil de sécurité d'intervenir en dégageant sa position sur cette question. Pour y voir plus clair, le Conseil a toujours la possibilité de se faire orienter par la CIJ.

Si la CIJ est saisie par le Conseil de sécurité sur cette question relative à la possibilité de déclencher une guerre en réponse à une cyberoffensive d'une très grande intensité, plusieurs éléments pourraient orienter la Cour à donner une bonne interprétation à la question.

Une première tâche consisterait à déterminer si une cyberopération d'une grande intensité pourrait être assimilée à une agression armée si oui dégager les critères retenus pour l'établir. Une autre action consisterait à établir si ce type d'attaque peut autoriser le déclenchement d'un conflit armé.

Sur le premier élément, il faut dire que plusieurs faits pourraient amener la Cour à retenir qu'une cyberoffensive d'une extrême gravité pourrait être considérée comme agression armée. Une cyberoffensive peut constituer une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte des Nations unies, dès lors que ses conséquences et son ampleur atteignent un certain seuil de gravité et sont comparables à ceux d'un emploi de la force physique¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Voir affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, arrêt, C.I.J Recueil 1986, p.93, § 195. Article 2 de la résolution 3314 (1974) de l'AGNU : « l'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression », pour peu que les actes en cause ou leurs conséquences atteignent « une gravité suffisante. »

À la lumière de ces critères, la CIJ pourrait apprécier la qualification d'une cyberoffensive comme constitutive d'une agression armée selon les circonstances de l'espèce.

La Cour pourrait retenir qu'une cyberoffensive pourrait être qualifiée d'agression armée dès lors qu'elle provoquerait des pertes en vie humaines, ou des dommages physiques ou économiques considérables¹⁰¹. C'est l'hypothèse d'une cyberoffensive endommageant les infrastructures essentielles¹⁰² avec des lourdes conséquences susceptibles de paralyser des pans entiers de l'activité d'un État, de provoquer des catastrophes naturelles ou technologiques et de faire de nombreuses victimes¹⁰³. Dans une telle hypothèse, les effets de cette opération seraient similaires à ceux qui résulteraient de l'utilisation d'armes classiques¹⁰⁴.

Pour être assimilée à une agression armée, une cyberoffensive doit également avoir été menée par un État que cela soit d'une manière directe ou indirecte. Hormis des actes commis par des personnes appartenant aux démembrements de l'État ou exerçant des prérogatives de puissance publique, un État est responsable des actes commis par des acteurs non-étatiques uniquement si ces derniers ont agi sous son contrôle conformément aux règles relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et à la jurisprudence de la CIJ.

La CIJ, au regard de cette première interprétation pourrait conclure qu'une cyberoffensive au regard de sa gravité peut être assimilée à une agression armée et justifier dans une première mesure l'exercice de la légitime défense dans les limites des dégâts subis. La Cour pourrait établir que cette légitime défense se fasse par les mêmes moyens que ceux utilisés par l'État responsable. Cette légitime défense devra être provisoire (au moins jusqu'à ce que la cyberattaque soit neutralisée), le temps que le CSNU donne la marche à suivre.

Si un État victime d'une cyberoffensive ne dispose pas des moyens informatiques capables d'atteindre les infrastructures de l'État responsable, il peut toujours s'appuyer sur les alliances bilatérales ou multilatérales¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ministère des armées (France), « Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace », *op.cit.*, p 8.

¹⁰² SGDSN, *Revue stratégique de cyberdéfense*, *op.cit.* p 61.

¹⁰³ *Livre Blanc de la Défense et de la Sécurité nationale* (29 avril 2013) p 49.

¹⁰⁴ SGDSN, *Revue stratégique de cyberdéfense*, *op.cit.*, p 82.

¹⁰⁵ L'on se souvient que l'Estonie avait, en 2007, envisagé d'invoquer la clause de sécurité collective du traité de l'Atlantique nord.

À la question de savoir si les dommages causés par une cyberoffensive (considérée alors comme une attaque armée) peuvent légitimer des représailles armées, la CIJ, dans l'éventualité qu'elle soit consultée par le CSNU sur la légalité d'une intervention armée, pourrait souligner la particularité du cyberspace qui fait qu'il doit être exclu l'usage de la force ou le risque d'un affrontement armé à la suite d'une telle action. La Cour pourrait sur cette base établir que seules des cybermesures en réaction pourraient être envisagées à condition qu'elles soient proportionnelles à l'attaque dont un État a été victime.

Éclairé sur cette question, le Conseil de sécurité pourrait inviter les États membres des Nations Unies à sanctionner l'État responsable d'une cyberoffensive d'ampleur en rompant les relations diplomatiques (partiellement ou définitivement) avec cet État, en posant un embargo sur un ensemble de matériels nécessaires au développement des technologies de pointe, en menant des cyberoffensives, en imposant des sanctions économiques (fermeture du marché numérique des États de l'ONU à l'endroit de cet État). Ces mesures doivent être telles qu'elles paralysent l'État responsable à la hauteur des dégâts causés par la cyberoffensive d'ampleur.

L'on ne saurait légitimer une guerre en réponse à une cyberoffensive même si tout montre que les circonstances peuvent la légitimer. Il reste que la guerre physique n'est pas la guerre numérique et il y a beaucoup de risques de se tromper sur l'auteur présumé d'une cyberoffensive tant l'architecture du réseau internet est complexe surtout en matière de preuves électroniques.

L'on penche donc définitivement pour l'idée selon laquelle à une attaque numérique une réponse numérique peu importe l'étendu de la gravité de celle-ci.

Conclusion

Si la Charte des Nations Unies, perçue comme l'instrument majeur en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales n'encadre pas de manière spécifique les cyberoffensives, il reste que les principes fondamentaux régissant les relations sur la scène internationale restent d'application et par conséquent les États ne devraient pas tourner le regard aux mécanismes de résolutions pacifiques des différends notamment la voie judiciaire dans les conditions imposées par les agressions informatiques.

La CIJ se présente comme un pôle important de traitement des conflits interétatiques qui naîtraient au sujet des cyberoffensives. La Cour pourrait alors si elle est saisie et conformément à

ses attributions, trancher les litiges liés à la cybercriminalité et opposant des États. Pour cela, il faudrait encore que les États réunissent les conditions nécessaires à sa saisine. Le cas échéant, par ses décisions elle pourrait désamorcer des escalades de violence. D'un autre côté, on l'a dit, la Cour pourrait, si elle est consultée par le CSNU, intervenir pour apporter des clarifications juridiques sur les cyberoffensives notamment si celles-ci sont compatibles avec le sens de la Charte des Nations Unies au sujet de la qualification de l'agression et de l'opportunité pour un État de déclencher une guerre contre un autre.



L'accessibilité des États en voie de développement aux normes du droit international.

Par :

BALA MOUSSA ISSA
Doctorant en Droit Public
Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 179

Résumé :

La dynamique de la vie juridique internationale est largement tributaire du contexte dans lequel les États aménagent les contours et les paramètres de leurs coopérations. Dans la formation comme dans l'exécution des normes du droit international, le principe de la souveraineté et du consensualisme prévaut. A cet effet, les États sont largement plébiscités pour faire valoir leurs indépendances réciproques et trouver un terrain d'entente commun dans le sens de respecter leurs engagements internationaux. Au-delà de l'égalité formelle reconnu et promu par le droit international, une certaine inégalité pour ne pas dire supériorité a fait basculer la communauté internationale des États dans son ensemble. D'une part, les États dits puissants tendent régulièrement d'imposer leur hégémonie internationale sur les États en voie de développement dit moins puissants. Si le droit international fait référence aux Nations civilisées, c'est dans le sens de rendre responsable les États de la vision qu'ils ont à donner à leurs philosophies. C'est dans ce sens que ces titulaires de souveraineté produisent des règles devant canaliser leurs interactions. Toutefois, ces lois issues de la volonté internationale des États nuance souvent les effets des dites lois en fonction des rapports de force en présence et conditionne les États en voie de développement à une certaine quasi-adhésion aux normes internationales sans possibilité d'exprimer véritablement leurs sentiments. C'est dans cette perspective que le présent article se propose d'analyser afin de comprendre les conditions et les effets de l'accessibilité relative des États en voie de développement aux normes du droit international.

Mots clés : État, accessibilité, norme, souveraineté et droit international.

Introduction

Pour l'harmonie et l'épanouissement de la société internationale, il est déterminant de prévoir l'ensemble des actions à régler et d'apprécier les moyens surtout normatifs pour mobiliser la conscience générale des États par divers mécanismes susceptibles de trouver un consensus universel¹. C'est dire que les États nécessitent que les procédés destinés à l'accès aux normes internationales pour satisfaire leurs aspirations soient le fait de l'intérêt tant national qu'international². La mobilisation des moyens susceptibles de permettre la compréhension du sens des dites normes pour la collectivité publique dont l'État et ses démembrements en sont une illustration dans le cadre de l'activité de l'exécution des normes du droit international est nécessaire. Cela commande de ce fait le recours à des mécanismes d'intelligibilité totale et sans ambiguïté. Le recours aux normes internationales apparaît pour les États, faire face aux contraintes de la diversité, dans un contexte caractérisé par la baisse des volontés des États à se sacrifier pour le respect du droit international³. Cette approche de recours a pour fonction première le relèvement de la solidarité dans les pays en développement. Les impératifs propres aux États en voie de développement vont par ailleurs dans les mêmes sens tant il est explicité que l'un des critères de convergence voudrait que chaque État membre d'une convention internationale dégage que le contenu de ladite convention prend nécessairement en compte ses spécificités⁴.

Saisi comme catégorie juridique et source principale du droit international, les normes sont pour les États modernes, l'ensemble des données hautement encadrés par divers textes législatifs, réglementaire et la doctrine des publicistes les plus qualifiés⁵. Les normes internationales étant complexes et n'étant pas toujours claires, il existe une marge d'interprétation qui peut conduire à des conflits entre les États dits puissants et ceux dits en voie de développement⁶. Ce rapport d'opposition traduit la question sans cesse de l'accessibilité des États en voie de développement aux normes créés par États dits puissants en droit international.

Toutefois, l'accessibilité de cette dernière à tous les États demeure une question importante au XXI^e siècle dans la mesure où elle pose la question de la sécurité juridique. La notion

¹ Constantin (M.S), « La concrétisation pragmatique des normes juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, p. 3.

² Mélanges M. Virally, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, p. 16.

³ Martin (P. M), *Les échecs du droit international*, Paris, PUF, 1996, p. 21.

⁴ Ibid., p. 25.

⁵ Article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ).

⁶ Desfarges (M), *L'ordre mondial*, Paris, Armand Colin, 3^e édition, 2003, p. 19.

d'accessibilité peut être comprise de façons différentes et variées. La spécialisation et la complexité des normes internationales génèrent une inégalité factuelle entre ceux qui ont les outils et la capacité de comprendre et ceux qui n'en ont pas. Cependant, les réformes du droit internationale entreprises par les acteurs institutionnels résulte de l'indispensable nécessité à rendre possible l'amélioration des outils de transmission de l'information juridique internationale. Ce faisant, elles donnent une nouvelle capacité aux États en voie de développement concernant l'accessibilité matérielle de la législation internationale par le biais d'un mécanisme de transparence⁷. Elles pourraient réduire l'écart factuel entre les entités politiques en améliorant la publication des propositions d'interprétation qui ont été faites par le juge international. Ainsi, comment le droit international encadre-t-il l'accessibilité aux normes ? Il sied alors de démontrer que l'encadrement juridique de l'accessibilité aux normes en droit international s'analyse sur le plan matériel et vicié sur le plan intellectuel avec des conséquences à géométrie variable sur l'adhésion des États en voie de développement.

I- LES FONDEMENTS DE L'ACCESSIBILITE AUX NORMES INTERNATIONALES

L'accessibilité aux normes est au centre de toutes préoccupations scientifiques pour son applicabilité. La société internationale n'échappe pas cette logique dans la mesure où elle est régie des principes par lesquelles une partie transfère sa souveraineté pour le respect des normes librement consentis au niveau international. Si l'exigence d'accessibilité matérielle aux normes est fortement encadrée par un texte international, il convient de relever que le niveau de compréhension des normes varie en fonction des enjeux qui animent les uns et les autres à conventionner avec les autres. Elle l'est en ce sens que son encadrement est en droit international régi par des normes juridiques et principes (A) et formellement renforcée par les exigences du respect des droits et garanties reconnus aux États en voie de développement dans l'exercice des prérogatives d'entité politique souveraine en droit international (B).

⁷ Mélanges M. Virally, op.cit., p. 21.

A- L'égalité et la liberté des Etats

Nous aborderons ici la consécration du droit d'accès matériel dans les instruments juridiques internationaux en vigueur dans l'ordre de la hiérarchie des normes. Il sera judicieux d'aborder tour à tour les contours du principe d'accessibilité au niveau international (1) et ceux à consonance non internationale (2).

1- L'égalité souveraine des Etats

En droit international plus que dans d'autres domaines du droit, il est largement et traditionnellement convoqué le principe de l'égalité souveraine des Etats. Des manuels, des traités ou accords internationaux ont consacré la présentation des principes du droit international⁸. L'expression étant commode, vague et imprécise signifie que sa prise en compte dans cette analyse fait appel aux exigences fondamentales acceptées comme telles par les normes internationales. Ils désignent alors certaines règles de portée très générale qui sont considérées comme partie intégrante du droit positif bien ne faisant pas partie de la nomenclature officielle des sources formelles du droit international. Ce dernier parle des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées⁹. La nature du principe et les effets que cela entraîne très souvent des controverses dans la compréhension du sens véritable des normes internationales par les États en voie de développement. Il convient de préciser que cette conception semble être dans le panier d'une ritournelle déjà dépassée¹⁰. Toutefois, sans prendre en compte le caractère spécifique des principes consacrés par le droit international, l'on s'accorde généralement à admettre qu'ils sont communs non seulement à l'ordre juridique international, mais aussi et surtout à l'ordre juridique national des États pris individuellement. De ce fait, nous avons les principes propres du droit international public.

A dire vrai, plusieurs conventions et sentences arbitrales se sont largement référées à des principes du droit international reconnus et établis par la communauté internationale des États dans son ensemble. Ces principes sont en réalité des règles généralement abstraites, assez fréquemment invoquées et appliquées dans la pratique des Relations Internationales et dont leurs origines se confondent à des règles d'ordres coutumières. Dans cette perspective, certains instruments

⁸ Fauvarque-Cosson (B), « Vers un universalisme renouvelé : Quelles en sont les manifestations en droit ? », Presses universitaires de France, vol 219, 2007, p. 70.

⁹ Pitseys (J), « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, volume 65, p. 209.

¹⁰ Martin (P. M), *op.cit.*, p. 29.

juridiques internationaux établissent un régime juridique spécifié en se focalisant à la définition du principe par des éléments de généralité et en laissant intentionnellement d'autres décisions le soin de les compléter en tenant compte des particularités éventuelles en rapport avec une situation nationale ou internationale¹¹. Le principe d'accessibilité s'apparente à un régime juridique incomplet et extérieur aux situations qu'il doit régir¹². Pourtant, en reprenant la formule anglo-saxon, le caractère qui gouvernent le principe d'accessibilité des dites normes n'est pas *self-executing*. Autrement dit, il a un contenu, une philosophie et un objectif précis à atteindre¹³.

Dans tous les cas, le principe d'accessibilité repose sur la synonymie des règles juridiques abstraites fournissant les bases d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à plusieurs situations concrètes soit pour régler de façon permanente cette dernière, soit pour résoudre les difficultés qu'elles font naître. Il est donc établi que le principe d'accessibilité ne pose en principe aucun doute si c'est l'intelligibilité des normes internationales dont les États en voie de développements sont majoritairement partie¹⁴. Il est cependant important de noter que le principe d'accessibilité ne se présente pas toujours sous la forme d'une proposition normative, mais parfois sous celle d'un concept. Ainsi, nous pouvons citer pour s'en convaincre le principe de la souveraineté ou d'égalité d'États devant les normes internationales. Le fait de les énoncer ne dénature pas le sens de la norme mais condense un certain nombre des normes juridiques obligatoires. Ce procédé constitue la forme la plus abstraite que revêt le principe d'accessibilité aux normes juridiques internationales puisqu'elle élimine toute allusion aux circonstances concrètes dans laquelle elle peut avoir tendance à s'appliquer. La densité de la formulation internationale du principe d'accessibilité aux normes du droit international crée des doutes et rend difficile la proclamation d'une ligne d'action à égal chance aux États parties à une convention internationale entraînant un modèle de comportement paradoxale.

Les États dits puissants profitent de ce flou pour imposer une conduite normative par une interprétation souvent fallacieuse des impératifs du droit international. Une telle conception résulte de la nature dichotomique qu'il y'a entre principe juridique et principe politique. Dans la charte de l'Atlantique par exemple, plusieurs principes d'accessibilité à cette norme de portée universelle

¹¹ Combacau (J), « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie de droit*, 1986, p. 88.

¹² Laghmani (S), « Faut-il rire du droit international ou le pleurer », *ADI*, 2003, p. 2.

¹³ Chemillier-Gendreau (M), « Essai sur la fonction du droit international », *Humanité et souveraineté, la découverte*, 1994, p. 63.

¹⁴ Serrurier (E) et Moisan (C), « Le droit international au service des Etats Puissants ? », *Revue du Centre Michel de l'Hospital*, N° 11, 2017, p. 57.

sont consacrés et plusieurs se retrouvent curieusement dans la Charte des Nations Unies¹⁵. Est-ce à dire pour autant qu'il s'agit d'une déclaration d'intentions et de définition des objectifs de la guerre encadrer par le jus in Bello ou d'une démarche avec des significations majeures pour le déroulement de la guerre dépourvues des conséquences juridiques ? Cela étant, la frontière entre une approche juridique et politique d'une norme internationale prête souvent à équivoque. Par conséquent, des principes fondamentalement juridiques peuvent se présenter pour les États puissants qui les invoquent ou proclament très régulièrement peut avoir une très grande importance politique et perdre son caractère d'essence juridique. Majoritairement, le principe d'accessibilité escamote l'universalisme consensuel qui caractérise les normes du droit international et modifie les éléments de l'ordre juridique existant.

2- La liberté individuelle des Etats

Nous aborderons ici, les principes inscrits dans la constitution, considérée selon Hans Kelsen, comme étant la norme supérieure par excellence en ce sens qu'elle est placée au sommet de la pyramide des normes dans l'ordonnement juridique interne. Les principes à portée constitutionnelle sont ceux résultant d'un certain nombre de dispositions relatives aux normes législatives en général figurant dans le texte de la Constitution¹⁶. Ces principes sont nombreux et constituent des véritables déterminants dans notre analyse. Ces principes sont la liberté, l'égalité, la légalité, le respect des droits de la défense, les principes de la proportionnalité et de la nécessité de l'accès aux normes du droit international. Nous aborderons le principe de l'égalité, de liberté, tout en accordant une attention particulièrement à leurs répercussions internationales.

Les principes d'égalité et de liberté que nous analysons le lien avec l'accessibilité aux normes du droit international ont une origine historique et juridique.

Initialement posé par l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ce principe à double portée politique et juridique a été consacré par la constitution de plusieurs États en voie de développement. En vertu de ce principe, « Tous les hommes naissent égaux en droit et en dignité. L'État assure à tous les conditions nécessaires à leur épanouissement »¹⁷. Il est donc déduit de cette logique que chaque État devrait accéder de façon égalitaire aux normes du droit international. Par ailleurs, le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des

¹⁵ Bélich (N), « Le statut de l'Etat en droit international », *Revue de l'Etat*, 2017, p. 168.

¹⁶ Ibid., p. 170.

¹⁷ Article 13 de la DDHC du 26 août 1789.

normes spécifiques ayant pour objet d'inciter les États en voie de développement à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs. Ce principe d'égalité traduit ainsi la possibilité donnée à chaque État en voie de développement de solliciter d'obtenir les normes ou les avantages offerts par celles-ci, en toute liberté qu'il importe également de cerner.

La liberté doit être entendue au sens du droit positif et de la doctrine. Pour la doctrine, le principe de liberté d'accessibilité des normes du droit international, elle s'entend non seulement de la liberté individuelle que dispose chaque État mais aussi de la liberté bénéficière pour nouer des relations avec d'autres États sous le prisme des conventions internationales¹⁸. Ce principe essentiel est à la base de nombre de procédures du droit international, alors même que sur le terrain des représentations et des croyances, les normes du droit international sont encore souvent perçues comme étant au premier chef les éléments limitant voire portant atteinte à la liberté individuelle des États sur la scène internationale¹⁹.

Certes, par son poids, par sa définition même, celle ayant un caractère obligatoire, par une histoire marquée par la coercition, les normes peuvent apparaître à bien des égards comme des phénomènes particulièrement contraignants de par l'exigence du principe de la *pacta sunt servanda*²⁰. Mais d'un autre côté, et même si son essence, sa sociologie ou encore les pesanteurs liées à leurs origines font des normes du droit international parfois, présentée comme une institution liberticide. L'ordre juridique national s'est constitué progressivement au cours de l'histoire, en absence d'une quelconque autorité capable de penser les problèmes de la société internationale tout entière²¹. Elle a été longtemps réduite à un réseau de relations bilatérales. Les normes du droit international ont été conçues avant tout comme des moyens propres à permettre l'établissement des rapports diplomatiques, à stabiliser des situations établies en dehors d'elles et parfois par la force, à régler des difficultés pratiques provoquées par les conflits d'intérêts. Elles se sont formées à partir des particularités des entités politiques souveraines caractérisées par des régimes ad hoc constituant des logiques universelles que les États ont fini par accepter comme étant une obligation²². Cela induit à la mobilisation des autres principes pour comprendre les

¹⁸ Kelsen (H), « Théorie générale du droit international public, problèmes choisis », *RCADI*, tome 42, 1932, p. 120.

¹⁹ *Ibid.*, p. 122.

²⁰ Weil (P), « Vers la normativité relative en droit international », *RGDIP*, 1982, pp. 9-10.

²¹ Bélich (N), *op.cit.*, p. 172.

²² Kamto (M), *Droit International de la gouvernance*, Paris, Editions Pedone, 2013, p. 13.

contours réels de particularisme étatique à consonance non internationale. En plus des exigences de portée constitutionnelle, la territorialité et la contradictoire amènent les États en voie de développement à comprendre autrement les normes du droit internationales.

Le principe de la territorialité des normes en droit international définit son application dans l'espace. L'espace étant la sphère de compétence dévolue aux organes politiques légitimé par la souveraineté et la reconnaissance internationale. Cependant le pouvoir territorial peut, dans certains cas, s'étendre au-delà des frontières nationales ou, inversement, ne pas couvrir l'ensemble du territoire national ou encore être limité par une norme supranational dans le cadre d'une convention bilatérale ou multilatérale²³.

En dépit des imperfections et reproches adressées à l'égard du droit international en général et en matière d'accessibilité aux normes, il sied de relever que ce droit supranational mobilise tout au moins le principe de contradictoire pour permettre aux États surtout ceux en voie de développement de jouir de l'égalité relative qui caractérise les États au niveau international²⁴. Le caractère contradictoire repose essentiellement sur des procédures juridictionnelles. C'est un principe aux termes duquel chaque État partie doit pouvoir connaître et discuter les observations et preuves produites devant le juge et qui vont servir à la solution du litige. Ce principe permet aux États en voie de développement d'invoquer l'exception d'interprétation et d'incompréhension des normes du droit international. Ainsi, ces États peuvent brandir le flambeau des limites impulsées par le droit international aux travers des réserves et des déclarations interprétatives et prévaloir de ce fait leurs souveraineté et l'universalité du droit international.

B- La souveraineté et l'universalité des normes internationales

Ici, il s'agira pour nous d'analyser afin de comprendre comment le postulat de la souveraineté (1) et de l'universalisme (2) participent l'accès par les États en voie de développement aux normes du droit international.

1- La souveraineté comme critère essentiel d'accès aux normes du droit international par les États

Le 1er avis du 29 novembre 1991 de la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie a rappelé la définition de l'État traditionnellement admise en droit international, à savoir « une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir

²³ *Abi Saab (G)*, « La pérennité des frontières en droit international », *Relations Internationales*, N° 64, 1990, p. 343.

²⁴ *Béligh (N)*, *op.cit.*, p. 175.

politique organisé » et qui « se caractérise par la souveraineté »²⁵. Au-delà de la réunion de ces conditions « objectives » de l'existence internationale d'un État, celle-ci dépend aussi en partie de la reconnaissance de ses pairs²⁶. Cette existence factuelle ouvre droit à un statut juridique international. La conception hobbesienne du souverain, qui a longtemps prévalu, excluait de soumettre l'État à une quelconque loi commune. Du reste, le droit international s'est construit non pas contre ou au-dessus des États, mais par et pour les États. La généralisation de la forme étatique, la multiplication du nombre d'États s'expliquent en partie par l'attractivité du statut juridique international protecteur de l'État. Ce statut privilégié, dont les principes structurels découlent directement de la souveraineté de l'État, est défini par le droit international. Son fondement classique est la souveraineté de l'État, et sa raison d'être réside dans la régulation des rapports entre États souverains. Or, si le droit international reste avant tout le droit des États, pour les États, dans une société d'États, le statut statologique originel de l'ordre international n'est plus et le droit international ne se résume plus à un droit purement interétatique²⁷.

En effet, l'accès aux statut international entraîne plusieurs conséquences. Il s'agit notamment du principe de non-ingérence et celui de l'égalité. Ainsi, puisqu'un État ne connaît d'autorité supérieure à lui, il ne pourra pas subir d'ingérence de la part des autres États dans l'accès aux normes du droit international. Le droit international réserve à chaque État la plénitude et l'exclusivité des domaines ayant une incidence sur sa souveraineté²⁸. Ce dernier pourrait par exemple s'opposer à toute forme d'intervention militaire ou dans ses affaires intérieures. Tout d'abord, il peut y avoir ingérence militaire lorsqu'un autre État ou groupe d'États décident en contradiction avec le droit international et sans aucun mandat juridique délivrée par une institution internationale compétente sur le territoire d'un État tiers. Ce droit condamne ce type d'ingérence si c'est n'est en cas de légitime défense et à la demande formelle et expresse de l'État concerné.

Cela veut dire que même si ce dernier est moins important aux autres États sur le plan économique, démographique ou militaire ce droit international le considère égal à tout autre État. Il a la même personnalité juridique et pourra en principe participer activement au système international. À titre d'illustration, au niveau de l'Assemblée Générale des Nations Unies, les États

²⁵ Mendès France (M), « La dégradation généralisée du respect au droit international », *Revue Internationale et Stratégique*, N° 60, 2005, p. 45.

²⁶ *Ibid.*, p. 49.

²⁷ Laghmani (S), *op.cit.*, p. 6.

²⁸ Mélanges Virally (M), *op.cit.*, p. 29.

en voie de développement comme ceux puissants ont droit de vote égal. Le principe de l'égalité souveraine des États a longtemps été considéré comme le sacro-saint principe régissant les Relations Internationales²⁹. Elle a pour objectif d'« horizontaliser » les rapports interétatiques. Longtemps affirmée dans la société internationale, et plus tard consacrée précisément en 1945 par la Charte des Nations Unies, l'État souverain est devenu un élément de normalisation des rapports entre États³⁰. Toutefois, malgré les efforts consentis des États constituant le système des Nations Unies, force est de constater quelques phénomènes considérés comme paradigmes d'envergure dans leurs coopérations confisquent cette égalité en plaçant par conséquent certains États comme étant supérieurs aux autres. Il s'agit bien entendu du paradigme dit de la superpuissance découlant des considérations historiques de la nomenclature de la société internationale, avec des conséquences visibles et considérables sur le fonctionnement des Nations Unies à certains égards notamment au sein du Conseil de Sécurité par exemple. Cette logique paralyse l'universalité des normes du droit international.

2- L'universalisme du droit international, socle privilège de rapport interétatique

En dépit des phénomènes d'internationalisation, d'eupéanisation ou d'africanisation observé çà et là, le droit demeure essentiellement national, marqué par le rôle central des États-nations souverains. National, le droit l'est par sa formation, son contenu et son objet. Il n'en fut pas toujours ainsi. Du Moyen Âge à la fin du XVIII^e siècle, il existait un droit commun coutumier, élaboré selon des lignes convergentes entre entités politiques. Par la suite, l'essor des codifications internationale a accentué et cristallisé les différences³¹. Dès la fin du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, des organisations internationales, composées de délégations politiques et de juristes comparatistes, ont consacré une grande énergie à cette entreprise d'universalisation du droit. Il n'est pas toujours facile de mesurer l'ampleur du phénomène.

En effet, lorsque la norme s'intègre dans l'ordre juridique interne, sa provenance internationale s'efface car ratifier une convention internationale, cela signifie pour l'État, s'obliger à modifier ses règles nationales, avec tout de même une certaine marge de manœuvre. Surtout, ce processus classique d'internationalisation du droit permet aux États-nations de garder l'initiative des opérations puisque ce sont eux, à travers leurs représentants, qui négocient et ratifient les

²⁹ Combacau (J) et Sur (S), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 3^e édition, 1997, p. 214.

³⁰ Combacau (J), *op.cit.*, p. 92.

³¹ Montaldo (M.R), « La codification du droit international comme instrument de la justice internationale », *Les cahiers de droit*, vol 42, No 3, 2001, p. 712.

traités. Cette méthode a connu de grands succès, des échecs également³². Il a fallu s'accommoder de solutions de compromis en recourant notamment aux réserves et aux exceptions prévues dans les textes.

Au XIX^e siècle, le nombre d'États participants qualifiés alors de « nations civilisées » était limité étant entendu que des grandes parties du monde se trouvant sous domination étrangère. L'accord réalisé durant une conférence internationale était le résultat de négociations très intenses, auxquelles tous les gouvernements avaient participé de sorte qu'ils se sentaient obligés et s'engageaient de manière durable pour qu'une ratification du traité ait lieu par les organes législatifs nationaux³³. Après la deuxième guerre mondiale, le nombre d'États souverains est passé au double. Les conférences diplomatiques, fréquentées par des centaines de représentants, ne permettent plus cet échange d'idées et les décisions essentielles sont souvent prises par de petits groupes de travail qui, forcément, excluent les représentants de la plupart des États dits en voie de développement³⁴. Pour finir, nombreux sont les États membres qui ne ratifient pas le texte et mettent en péril la régulation de la société internationale par le droit international.

Pour toutes ces raisons et parce que les organisations régionales se sont considérablement développées, l'universalisation au plan régional apparaît aujourd'hui comme une alternative plus efficace car elle intervient entre pays dont les traditions juridiques sont souvent proches les unes des autres. Elle est aussi plus rapide, surtout en Europe où elle est portée par une véritable puissance politique et normative. Ainsi, dans certaines matières juridiques, la réglementation semble être universelle. Il s'agit pour s'en convaincre des domaines de transports, d'environnement ou de droit des droits de l'homme où l'on assiste à un déplacement des lieux supranationaux de production du droit, de l'international vers le régional voire vers l'universel.

Dans d'autres branches du droit, l'universalisation s'effectue encore hors des États-nations. Ce mouvement concerne surtout les transactions et les biens qui traversent les frontières. Fruit de la pratique, il est alors souvent marqué par la domination du modèle imposé par la loi du plus fort économiquement. C'est ainsi que l'on assiste, depuis plusieurs décennies, à une certaine américanisation du droit des affaires par exemple. Le droit américain s'exporte en même temps

³² Martin (P. M), op.cit., p. 34.

³³ Martinez Ruiz (L.F), « De la force obligatoire des traités dans l'ordre juridique interne. Des conflits entre les dispositions conventionnelles et dispositions législatives internes », *Revue générale de droit*, vol 3, No 1, 1972, p. 105.

³⁴ Ibid., p. 107.

que les produits américains, comme une sorte d'accessoire qui va avec la logique « l'accessoire suit le principal »³⁵. Plus fondamentalement, une mutation des valeurs s'opère car le droit évolue selon les besoins du marché. Depuis longtemps déjà, aux États-Unis, la puissante école dite *Law and Economics* associe le droit à l'économie³⁶. Ainsi, la quête d'efficacité économique devient primordiale et relègue à l'arrière-plan d'autres valeurs, plus représentatives de la tradition universelle du droit international³⁷. Quant au droit des contrats internationaux, il se détache de plus en plus des droits nationaux pour former une espèce de *jus gentium*, composé des règles communes aux opérateurs du monde entier, reproduites dans des contrats ou clauses contractuelles types, adoptées par les États-contractants. De plus, en cas de litiges, les juges sont souvent remplacés par des arbitres qui ne tiennent pas leur mission d'un État mais des parties et prioriser par voie de conséquence le droit international sur celui national. Dans cette perspective, le lieu où siègent ces arbitres n'a qu'une importance très secondaire et les sentences qu'ils rendent, lorsqu'elles sont publiées, contribuent au développement d'un ordre public transnational qui peut éventuellement avoir pour objet la défense des intérêts de l'humanité à l'instar du droit des droits de l'homme, de l'environnement ou de la santé publique internationale.

La prolifération de nouvelles sources de droit entraîne un élargissement de l'objet du droit international et cette internationalisation ne s'effectue plus seulement entre le droit interne et externe mais entre des règles nationales, régionales et internationales. Il faut donc d'abord identifier, dans un domaine donné, toutes les normes susceptibles d'entrer en conflit puis trouver de nouvelles méthodes pour résoudre des conflits qui se déroulent parfois au sein même d'un ordre juridique donné. Le critère hiérarchique latent entre les normes du droit international et national étant considéré comme simple nous dispense d'examiner la teneur des règles en présence et s'efface alors parfois derrière d'autres approches. Ainsi, dans un secteur particulier, notamment en droit du commerce international, on appliquera les règles de la *lex mercatoria* parce qu'elles lui sont spécifiques. En outre, lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en cause, l'on appréciera la valeur des droits concernés et la mesure de l'atteinte du plus grand d'États adhérents aux principes des dits droits.

³⁵ Pellet (S), « De la raison du plus fort ou comment les États-Unis ont (ré)inventé le droit international et leur droit constitutionnel », *Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, 2002, p. 21.

³⁶ Ibid., p. 23.

³⁷ Ibid., p. 24.

II- LES EFFETS PERVERS DE L'ACCESSIBILITE DES ETATS AUX NORMES INTERNATIONALES

Cet aspect repose fondamentalement sur la technicité des normes du droit internationales (A) en entraînant des conséquences considérables pour les normes du droit international (B).

Page | 191

A- La technicité averée des normes internationales

Dans cette partie, il sera question d'analyser d'une part la complexification des normes internationales (A) et la fragmentation dudit droit (B).

1- La complexification des normes internationales

De la Civitas Maxima de Vitoria au XVI^e siècle au « droit commun de l'humanité civilisée » imaginé par des comparatistes au Congrès de Paris en août 1900, en passant par le cosmopolitisme d'Emmanuel Kant, sans oublier l'universalisme des réformateurs chinois du début du XX^e siècle annonçant la venue de la Paix ascendante puis l'âge de la Grande Paix, le rêve de « la grande unité juridique du monde » a traversé les siècles et les cultures³⁸. Au réveil, à l'heure de ce qu'il est convenu d'appeler la « mondialisation du droit », nous constatons avec angoisse, et parfois avec amertume, que les systèmes de droit interne sont en train de voler en éclats, sans que le droit international ait vraiment pris le relais³⁹. Les systèmes de droit ont perdu une grande partie de leur autonomie, mais ils résistent aux efforts en faveur de l'« unité de l'ordre juridique international »⁴⁰. Malgré la montée en puissance des acteurs privés, et notamment des multinationales, l'unité formelle peut encore être rattachée à l'État, sujet « fondamental » et principal producteur des normes, mais le chemin vers une unité matérielle semble long et semé d'embûches. La résistance est d'abord politique, mais la globalisation économique vient aussi brouiller le schéma qui opposait de façon binaire universalisme et relativisme. De même que se brouillent, dans le champ juridique, les visions qui se traduisaient par des couples antagoniques comme monisme et dualisme⁴¹.

Ainsi que le souligne Emmanuelle Jouannet, « le droit international est actuellement soumis à de multiples évolutions qui lui font traverser une véritable crise d'identité et qui amènent

³⁸ Mendès France (M), op.cit., p. 46.

³⁹ Ibid., p. 48.

⁴⁰ Martínez Ruiz (L.F), op.cit., p. 107.

⁴¹ Fauvarque-Cosson (B), op.cit., p. 78.

à repenser sa notion »⁴². En effet, le phénomène complexe de globalisation, notion sujette à controverses et débats dans lesquels nous n'entrerons pas dans le cadre de cette analyse, ce « dernier incarnation de la mondialisation », n'est pas sans conséquences sur l'ordre juridique international⁴³. Si le droit international est et demeure le droit de la société internationale, il devient indispensable de prendre la mesure des évolutions contemporaines de cette société ainsi que des modalités de régulation en son sein pour proposer une vision reflétant la complexité du réel⁴⁴. Classiquement, et reprenant en cela l'approche hégélienne, on présente le droit international comme « une technique de formalisation des volontés souveraines, permettant d'établir une large mesure de stabilité et de prévisibilité aux relations établies entre les États, directement ou dans le cadre des organisations internationales »⁴⁵ Ou encore, et schématiquement, comme « un univers juridique ayant deux principes directeurs. Premièrement, le droit était considéré comme résidant uniquement dans des actes d'entités officielles, approuvées par l'État. Deuxièmement, le droit était vu comme une fonction exclusive de la souveraineté étatique »

2- La fragmentation du droit international

Le droit international prend de plus en plus d'expansion au sein de la société internationale. En fait, grâce à plusieurs acteurs, le droit international s'étend maintenant à de nombreux domaines tels que l'environnement, le droit humanitaire, l'énergie, etc. Or, parallèlement à cette expansion du droit international, on craint maintenant sa fragmentation. Face à ce nouveau phénomène, il y a lieu de se poser la question suivante : s'il y existe un phénomène de fragmentation du droit international, cela signifie-t-il qu'une unité, qui semblait exister a priori dans ce droit, est en train de disparaître, ou bien assistons-nous plutôt à un changement de paradigme? Pour répondre, à cette interrogation, l'auteur analyse tout d'abord les différents facteurs de fragmentation du droit international et observe que ce droit devient de plus en plus complexe, voire même désordonné. Le tout, à l'opposé de la vision traditionnelle d'unité que l'on a du droit. Quels éléments de solution peuvent alors être apportés pour réduire cette fragmentation? Pour le savoir, l'auteur analyse l'unité du droit en fonction de deux paradigmes : le normativisme et le pluralisme juridique. Dans le premier, c'est la hiérarchie des normes qui va donner lieu à un ordre et à une unité du droit. Dans le second, le droit est perçu comme une institution qui apporte la cohésion et il existe autant

⁴² Jouannet (E), *Le droit international*, P.U.F, 2013, p. 19.

⁴³ Jouannet (E), *op.cit.*, p. 27.

⁴⁴ Serrurier (E) et Moisan (C), *op.cit.*, p. 59.

⁴⁵ Dupuy (R-J), *Le droit international*, PUF, 2001, p. 11.

d'ordres juridiques qu'il y existe d'institutions. C'est dans ce contexte que naît une certaine unité générale grâce à divers types de rapports entre les différents ordres juridiques. Mais en droit international, l'idée d'organisation hiérarchique des normes ne pourrait englober toute la complexité grandissante de la société pluraliste internationale. C'est pourquoi, l'auteur conclut que la fragmentation du droit international signifie un changement de paradigme : ce n'est plus la théorie normativiste qui permet d'englober toute la complexité naissante du droit international mais bien la théorie du pluralisme juridique.

Le XXe siècle a été marqué par une accélération de la production normative devant réguler la société internationale⁴⁶. Ainsi, le droit international a connu un phénomène d'expansion incontestable. Cette évolution normative étant le reflet de facteurs macro-économiques et socio-politiques qui appellent à une plus grande interdépendance entre les acteurs sur la scène internationale. De nombreux écrits se sont penchés sur le phénomène de mondialisation en dirigeant leur analyse sur la concurrence exercée à l'égard de l'État et sur sa souveraineté et plusieurs acteurs parvenant de plus en plus à s'affranchir de sa tutelle⁴⁷. Tel est le cas des organisations non-gouvernementales, des multinationales du commerce et des services, mais aussi celui des organisations internationales qui se détachent et aspirent à une autonomisation grandissante face à l'État. On assiste alors à un phénomène cumulatif nouveau, qui s'aborde d'un point de vue horizontal dans une société internationale décentralisée, dont les experts en droit international commencent à craindre qui est celui d'une fragmentation du droit international.

Le droit international est dynamique. Il connaît actuellement un phénomène constant d'expansion. Il en résulte toutefois la crainte d'une fragmentation du droit international. Plusieurs facteurs cumulatifs viennent expliquer les menaces à l'unité du droit international.

Une augmentation sensible de la création d'organisations internationales agissant dans tous les domaines, autant au plan régional qu'au plan international, caractérise l'architecture internationale depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. La fragmentation du droit international repose alors sur l'articulation entre ces ordres juridiques spéciaux formés par les organisations internationales à savoir si les actes créés par elles conservent une cohérence et si ces ordres juridiques n'entrent pas en conflit avec l'ordre juridique international général.

⁴⁶ Mélanges M. Virally, op.cit., p. 36.

⁴⁷ Combacau (J), op.cit., p. 99.

B- La destrucuration des normes internationales

Plusieurs effets peuvent se ressentir sur la scène internationale lorsque des États éprouvent des difficultés à accéder véritablement aux normes du droit international. Nous pouvons entre autres relever la dégradation du respect de ces normes (1) et la politisation du droit international (2).

1- la dégradation du respect du droit international

Le droit international a pour fonction la régulation des rapports entre les sujets de droit. À ce titre, il n'est pas voué à planer au-dessus des réalités. En effet, il est le fruit de conflits d'intérêts qu'il tente de traduire et de matérialiser dans des normes afin de les surmonter ou de les dépasser⁴⁸. Force est de constater que la nature de la mutation de ce droit dépend de la nature même des contradictions en jeu⁴⁹. Fruit de mutations diverses, de changements substantiels dans les rapports de force, le droit international et l'ordre international subissent inéluctablement le profond changement du passage d'un monde bipolaire à un monde unipolaire⁵⁰.

Avec l'avènement d'une seule puissance dominante et hégémonique sur le plan international la puissance nord-américaine ainsi que l'existence d'un seul et unique modèle social international possible. Les notions les mieux établies du droit international se trouvent soumises à une profonde crise, allant de l'érosion de l'interdiction du recours à la force armée à la notion de « guerre préventive portant avec celle-ci un coup dur au droit international », démantelant indirectement tout le système de sécurité collective, revisitant la notion de légitime défense et ouvrant la voie à la défense préventive. C'est la nature même de tout le système de sécurité collective, du système de coopération et de l'ordre international en général qui sont en jeu. Avec leur position hégémonique et dominante sur le plan politico-idéologique et militaire, les États-Unis et leurs alliés manifestent une tendance croissante à l'unilatéralisme hors du cadre de l'Organisation des Nations unies (ONU). Cela découle de la prééminence des intérêts économiques, associée à la supériorité technologique dont ils jouissent aujourd'hui. En effet, nous assistons, depuis quelque temps, à une déstructuration du droit international général et du droit fondé sur la Charte, un droit essentiellement politique. Ce droit est l'objet d'une neutralisation de la part des États-Unis et de

⁴⁸ Jean Salmon, « Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI^e siècle », *International Law Review*, 2002, p. 328.

⁴⁹ Dupuy (R-J), *op.cit.*, p. 16.

⁵⁰ Jouannet (E), *op.cit.*, p. 25.

leurs alliés, particulièrement en ce qui concerne la coopération internationale, le règlement pacifique des différends, la paix et la sécurité internationales ou, si l'on veut, le droit à la paix.

Dans ce cadre, c'est la règle concernant le non-recours à la force qui est la plus touchée en faisant l'objet d'une interprétation souple. Il est bien connu que dans la Charte des Nations Unies cette interdiction générale (art. 2 § 4) ne connaît que deux exceptions : le recours à la force de la part du Conseil de sécurité en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale et le « droit naturel » de légitime défense reconnu aux États dans le cas où ils seraient l'objet d'une agression armée. L'interdiction du recours à la force en dehors de ces circonstances, initialement l'une des principales innovations du droit de l'ONU par rapport au droit international général, s'est consolidée dans le temps comme une règle coutumière, censée correspondre à un principe impératif du droit international contemporain : elle est d'ailleurs une règle relevant du *jus cogens*.

La non-intervention dans les affaires intérieures des États ? Voilà un principe désuet, comme le proclament les tenants de l'intervention dite humanitaire⁵¹. Pourtant la Cour internationale de justice a déjà rejeté le prétendu droit britannique d'intervention dans son célèbre arrêt sur le détroit de Corfou de 1949, en considérant que ce soi-disant droit d'intervention n'était autre que « la manifestation d'une politique de force et ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place en droit international »⁵².

Qu'en est-il des principes d'Égalité souveraine et d'indépendance des États bien établis en droit international. Il semble que la souveraineté n'impliquerait plus la liberté de choix du système politique, économique, social et culturel, suivant les termes de la Résolution 2625 (XXV) de 1970 et, selon Slim Laghmani, « elle doit s'accommoder avec la nécessité de l'option pour un système politique démocratique, un ordre économique capitaliste, une organisation sociale individualiste et des valeurs culturelles occidentales ou plus précisément avec le sous-produit commercial de la culture occidentale »⁵³. L'assemblée générale de l'ONU continue, de son côté, à proclamer la nécessité du respect des principes et des règles de la Charte, en particulier, l'obligation de respecter l'égalité souveraine de tous les États et de s'abstenir de recourir à la menace, l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, ou d'agir de toute autre manière qui serait incompatible avec les buts des Nations unies. On se trouve ici devant un

⁵¹ Jean Combacau, Serge Sur, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 3^e édition, 1997, p. 220.

⁵² CIJ, Recueil, Affaire Déroit de Corfou, p. 35.

⁵³ Slim Laghmani, « Faut-il rire du droit international ou le pleurer »

alarmant processus de déstructuration du droit politique contenu dans la Charte des Nations unies. Paradoxalement, l'ONU, qui devrait être l'élément de contention et de régulation juridique de la force et garante des relations internationales fondées sur la coopération, participe à la conquête du monde menée par les sociétés transnationales avec l'appui des États dominants. Désordre mondial, anarchie, déchaînement de la violence des puissants, crise de légitimité, crise de légalité, crise de gouvernabilité mondiale, crise institutionnelle, crise démocratique, voici les principales caractéristiques de la société internationale.

2- Le chevauchement des normes internationales entre le droit et la politique

Au lendemain de la formalisation des Relations Internationales par le traité de Westphalie, la communauté des États dans son ensemble s'est attelé à entretenir des rapports bilatéraux et multilatéraux. Ainsi, des nombreux accords et traités internationaux à caractère politiques, économiques, culturels ou sociaux furent signés par des acteurs tant traditionnels que dérivés de la société internationale. Toutefois, l'omniprésence de ces sujets dans les agendas politiques des États ne signifie pas pour autant une perspective approfondie des enjeux qui s'y rattachent. L'avènement de la mondialisation, l'intensification des flux commerciaux et la multiplication des accords commerciaux rendent les frontières de moins en moins étanche⁵⁴. Le rythme accéléré dans les relations internationales soumet le droit international à une mutation constante et permanente. Pourtant, le système juridique semble être en inadéquation avec le désir de l'humanité. Le droit, un instrument proactif de régulation des rapports sociaux devient de plus en plus impuissant. Son étroite collaboration avec la politique et non la science politique le ralenti dans son élan de globalisation juridique des comportements des membres de la société internationale. Il semble être donc un échec. Certes les politiciens conduisent les affaires de la communauté de façon globale. Le droit de manière générale et le droit international public de manière singulière est caractérisé par une lenteur qui saupoudre la coordination de la politique internationale. Le juridique exige la normalité dans les rapports internationaux, le politique exige l'opportunité dans les rapports internationaux. L'objectif de ressortir le véritable statut du droit international public pose donc problème. Ceci participera sans doute à dissiper le quiproquo qui plane sur l'objet du droit international. En outre l'interactionnisme stratégique décrit sans doute mieux le caractère opportuniste des acteurs de cette société internationale. Cette démarche analyse le fonctionnement

⁵⁴ Carreau (D) et Marrella (F), *Droit International*, Paris, 11^e édition, Pedone, 2012, p. 35.

des organisations à travers le comportement des acteurs, à partir des postulats qui repose la liberté et le développement des stratégies et leurs conduites en inscrivant ces dernières dans des relations de pouvoir pour former un système d'action. A terme, il s'agira pour nous de comprendre les fondements du droit et de la politique dans la conduite des Relations Internationales. Selon les vœux des pays en voie de développement, la charte stipule que la question des indemnisations est régie par la loi du pays expropriant et échappe au contrôle du droit international que souhaitent les pays capitalistes développés.

Conclusion

En somme, il a été question dans cette analyse de comprendre l'ensemble des mécanismes qui participent à l'intelligibilité des normes du droit international par les Etats en voie de développement. Il en ressort de cette analyse que les normes du droit international ont une certaine spécificité et appelle le chercheur à faire plusieurs interprétations. S'il existe un cadre normatif avéré dans la formation et la mise en œuvre des normes du droit international, il est difficile d'évaluer avec certitude le sens que chaque entité souverain a de ce droit. En posant ainsi l'épineux problème de son accessibilité, il résulte qu'elle dépend largement de plusieurs paramètres très souvent extérieur au droit. Cette situation soumet les normes du droit international a une logique de déséquilibre. D'une part, les États puissants, largement majoritaire dans les conférences de codification du droit international profitent de la complexité de ce dernier pour assoir leurs hégémonies. D'autres, les États en voie de développement sont plutôt dans la dynamique d'acceptation dudit droit sans une volonté politique et juridique certaine. Étant à la croisé des chemins, les normes du droit international deviennent un champ de bataille de l'expression de la puissance. Pourtant, il est sans ignoré que la vie juridique internationale repose non seulement sur la liberté et la souveraineté de chaque État à être apte à s'engager conventionnellement dans la limite des règles fixes par ce droit international.

La souveraineté de l'Etat à l'épreuve de la criminalité financière

Par :

Dorine Reine BEDJE A NWOS

Docteur en Droit Public

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 198

Résumé:

La mondialisation est un phénomène qui n'épargne aucun secteur et domaine d'activités. Les criminels financiers l'ont bien compris et s'en jouent. Dès lors, le challenge qui s'impose aux Etats est de pouvoir exprimer valablement leur souveraineté dans un contexte où les frontières matérielles et virtuelles semblent perdre de leur force. Toutefois, pour l'heure, l'Etat reste toujours la pièce indispensable pour assurer les droits et devoirs de tous en société.

Mots clés : criminalité financière, souveraineté, objets juridiquement non identifiés, organisations internationales.

Introduction

Au fil du temps, on assiste à une révolution de la souveraineté de l'Etat¹. L'Etat tout puissant qui a connu une première détente dans l'Affaire *de l'îles de palmas (ou Miangas)* rendue par le juge Max Huber², présente une nouvelle perception de la souveraineté de l'Etat qui se veut dorénavant relative. Car, comme le rappelait fort opportunément Boutros Boutros Ghali, les autorités politiques ne devraient plus se cacher derrière leur souveraineté pour infliger des souffrances à leur population.³ D'où le développement des mécanismes tel le droit d'ingérence⁴, la responsabilité de protéger⁵ pour n'évoquer que ceux-là. Cependant, de nos jours cette souveraineté (relative) de l'Etat est soumise à de nouveaux challenges qui sont implicitement la résultante de la mondialisation qu'elle tend à subir plutôt que d'en être une véritable locomotive. Il semble en valoir de même des conséquences néfastes du développement de ce phénomène, en l'occurrence via des tares telle la criminalité financière au niveau international.

Bien que la souveraineté ait une variante de perceptions⁶ qui concourent plus ou moins tous à la même réalité, il reste que la souveraineté de l'Etat peut être apprivoisée dans notre contexte en principe comme cette institution au-dessus de laquelle on ne trouve aucune autorité dotée d'une puissance légale à son égard.⁷ Donc, la souveraineté internationale renvoie à « la non soumission

¹Elle consiste en la puissance absolue c'est-à-dire parfaite et entière en tout point Et par conséquent elle est sans degré de souveraineté car celui qui a un supérieur ne peut être suprême ou supérieur (Charles Loyseau, *Traité des Seigneuries*, Paris, 4ed, 1614, pp 4-9

« La souveraineté est la forme qui donne l'être à l'Etat ; elle est du tout inséparable de l'Etat, duquel, si elle était ôtée, ce ne serait plus un Etat » (idem) source :SALMON (J) (sous dir.), *dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Bruyant, 2001, 1200p

²*Sentence arbitrale rendue le 04 avril 1928, par M. Max Huber, entre les Etats-Unis c. Les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas).*

³BOUTROS-GHALI (B.) « le droit international à la recherche de ses valeurs : paix, développement, démocratisation), RCADI, vol. 286, 2000, p. 9-38

⁴Ce droit a été introduit par la résolution 43/131 de l'Assemblée générale de l'ONU en 1988 puis par le Conseil de sécurité dans plus de 300 résolutions suite à sa consécration par le sommet mondial des chefs de l'Etat et de gouvernement.in Bettati (M), « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger, in *Outre-terre*, 2007/3, n°20 p.381 à 389

⁵CIISE, *La responsabilité de protéger*, Rapport de la commission internationale d'intervention et de la souveraineté des Etats, Décembre 2001, 101p.

⁶SALMON (J) (sous dir.), *dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Bruyant, 2001, 1200p

⁷COMBACAU (J) ET SUR(S), *DIP*, 4^eed., 1999p.227. Il est tout de même nécessaire de signaler que si de prime abord du fait de la souveraineté un Etat ne peut se voir imposer une attitude, les exigences internationales librement consenties ou aux relatives aux droits de l'homme HUET(V.), « l'autonomie constitutionnelle de l'Etat : Déclin ou renouveau », *Revue française de droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France. Pour preuve de nos jours avec l'existence des normes de jus cogens (article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 « Est nul tout traité qui au moment des conclusions, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle

à une autorité supérieure, le fait de n'être le sujet (au sens d'assujetti) d'aucun sujet (au sens de personne juridique) »⁸. C'est dans ce sens, bien plus radical, que Jean Bodin, a pu affirmer en son temps que la souveraineté est le « le pouvoir de commander et de contraindre, sans être commandé ni contraint par qui que ce soit sur la terre ».⁹ Allant plus loin, l'on constate de nos jours que même le fait de déléguer volontairement une partie de ses compétences à des organisations internationales est l'expression de la souveraineté de l'Etat. Pour ce qui est de la criminalité financière, en raison de la difficulté de son appréhension et de l'inexistence d'un consensus normatif ou conventionnel relatif à une définition, nous nous proposons de la percevoir, s'inspirant des travaux de Frédéric Compin,¹⁰ sous deux ordres en se fondant sur le but premier recherché par le criminel financier. Sous un premier volet, il s'agit de toute activité illicite directement liée à la finance, aux capitaux favorisant la production de fonds illicites. Concernant le deuxième volet, c'est toute activité (il)licite dont le but visé est de se créer illégalement des ressources financières à l'instar de la piraterie, le trafic d'êtres humains, trafic de drogue...¹¹ et/ou d'utiliser de manière illégale les fonds générés comme c'est le cas dans le cadre du terrorisme.

Partant de ce postulat, l'on observe que la criminalité financière à l'échelle internationale a un impact certain sur la perception contemporaine de la souveraineté de l'Etat. Toutefois, cette influence n'est pas radicale, d'où l'ambivalence de la souveraineté de l'Etat face à l'épreuve de la criminalité financière à l'échelle internationale. La compréhension de cette problématique nécessite tout d'abord d'appréhender la complexité bidimensionnelle de la préservation de la souveraineté de l'Etat face à la criminalité financière (I) qui d'une manière ou d'une autre révèle par la même occasion la reconsidération, voire l'incontournable prise en compte de la souveraineté de l'Etat dans la lutte contre la criminalité financière internationale (II).

I- LA COMPLEXITE BIDIMENSIONNELLE DE LA PRESERVATION DE LA SOUVERAINETE DE L'ETAT FACE A LA CRIMINALITE FINANCIERE

La complexité bidimensionnelle vise à mettre en évidence la double pression que la criminalité financière exerce sur l'expression de la souveraineté des Etats car, en plus d'en être des

aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »)

⁸*ibid*

⁹R. DENOIX DE SAINT MARC, « l'Etat dans la société internationale » in *l'Etat*, 2016 pp107-120 <https://www.cairn.info>

¹⁰COMPIN (F), *Approche sociologique de la criminalité financière*, soutenue le 02 décembre 2013 à Evry-Val d'Essonne, Ecole doctorale Sciences de la Société.

¹¹BEDJE A NWOS (D.R.), *la criminalité financière et le droit international*, thèse de doctorat soutenue le 12 Juillet 2021 à l'Université de Yaoundé II-Soa.

victimes(A), les Etats se trouvent souvent relégués au second plan dans la lutte contre ce fléau à l'échelle internationale(B).

A- La Souveraineté de l'Etat, victime de la criminalité financière internationale

Le politique, l'économie, le social, le culturel, ...en somme toutes les sphères des composants de la société étatique n'échappent pas au revers du foisonnement de la criminalité financière dans ses différentes variantes. Cela est plus perceptible sur les piliers et buts de la souveraineté de l'Etat, notamment de la monnaie (1) et de la préservation de la paix et de la sécurité (2).

Page | 201

1- L'altération explicite des éléments de la souveraineté de l'Etat par la criminalité financière : cas de la monnaie

La criminalité financière démontre que les Etats, volontairement ou non, perdent petit à petit le contrôle de leurs monnaies d'une part, et n'en ont pas pratiquement sur les nouvelles monnaies virtuelles d'autre part ; et ce, au profit des personnes privées, voire des criminels. Comme une confirmation du divorce entre les Etats (surtout démocratiques) et le capitalisme, le capitalisme financier n'a de règles que celles qu'il s'en donne.¹² Ainsi, durant les prémices de la crise financière de 2008¹³, il a été observé l'utilisation des crédits-dollars sur les places financières américaines qui étaient une émanation des acteurs du marché financier américain. N'étant pas contrôlée, elle ne reposait pas sur une véritable création de richesses. Bien au contraire, elle a facilité la création de la bulle financière liée aux *subprimes*.

Donc, son explosion en 2008 semble avoir surpris aussi bien le commun des mortels que les régulateurs de la monnaie américaine.¹⁴ Cette hécatombe est inenvisageable sans une participation, au loin des régulateurs bancaires et financiers qui ont tôt fait de porter des œilllets face à ce système de ponzi instauré dans le domaine de l'immobilier américain qui s'est généralisé dans le monde ainsi que ses conséquences.

Si l'une des puissances mondiales peut voir sa monnaie s'effriter par les séquelles de la criminalité financière, il en va aussi pour toutes les autres, même si c'est à des degrés différents.

Aux côtés du système financier qui connaît des prédateurs sans foi ni loi, la montée en puissance des monnaies virtuelles pratiquement incontrôlées telles le bitcoin ouvrent des

¹² DE MAILLARD(J), « la finance au-dessus des lois et des règles l'Arnaque » www.scholar.google.com consulté le 21/09/2019

¹³ Pour des auteurs comme Jean François Gayraud, cette crise à une origine foncièrement criminogène.

¹⁴ *Op cit*

passerelles à d'autres types de criminels financiers qui, sous le prétexte de vendre des monnaies virtuelles, créent des fausses places de changes et extorquent de nombreux fonds aux individus à travers le monde. L'histoire de « la reine disparue de la cryptomonnaie », RUJA avec son « Onecoin » en est une parfaite illustration. Des documents divulgués par BBC soulignent un investissement de plus de 30 millions d'euros de la part des britanniques durant les six premiers mois de l'année 2016 dans cette fausse crypto monnaie qui ne bénéficiait pas d'une *blockchain*.¹⁵ Tandis qu'entre août 2014 et mars 2017 entre 4 et 15 milliards de dollars auraient été investis par des ressortissants d'une dizaine de pays à travers le monde¹⁶. Le pire dans cette escroquerie virtuelle planétaire, c'est que jusqu'en mi 2019, la dame en question n'était pas inquiétée pénalement.¹⁷

L'un des pans les plus criards, notamment pour les pays en développement, c'est l'hébergement des fonds liés à la corruption à l'étranger via des banques, des paradis fiscaux, des investissements immobiliers pour ne citer que ceux-là.

Si donc les banques centrales ne parviennent pas à contrôler le flux de leurs monnaies, il en découle soit la fuite des richesses des Etats vers d'autres pays, soit l'enrichissement illicite d'une petite partie d'une population au détriment de la grande majorité. Toutes choses qui révèlent l'inconfort de l'affirmation de la souveraineté de l'Etat face à ces dérapages qui sans doute influent sur l'atteinte de ses objectifs.

2- L'altération implicite de l'un des buts de la souveraineté de l'Etat par la criminalité financière : l'atteinte à la paix et à la sécurité

L'histoire nous démontre plus d'une fois que la criminalité financière contribue sérieusement à déstabiliser les Etats lorsqu'ils sont instigués par des forces en présence beaucoup plus fortes que les Etats concernés. Ainsi, même si l'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat est contestée au travers de l'article 2 paragraphe 7 de la charte des NU¹⁸, des initiatives à l'instar de l'opération « persil » en Guinée Conakry ont pu avoir lieu et sans conséquences pour les instigateurs. En effet, comme le rapporte Maurice Robert alors chef de secteur Afrique au service de documentation

¹⁵BBC News Afrique, « Crypto monnaie : comment une femme a arnaqué le monde, puis s'est volatilisée », 26 novembre 2019, www.bbc.com

¹⁶ Notamment le Pakistan, le Brésil, Hong Kong, la Norvège, le Canada, le Yémen, la Palestine...

¹⁷ BBC News Afrique, « Crypto monnaie : comment une femme a arnaqué le monde, puis s'est volatilisée », *op cit*

¹⁸ « Aucune disposition de la présente charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires intérieures qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente charte ; toutefois ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII »

extérieure de contre-espionnage de 1958 à 1968, la Guinée Conakry a été victime de la criminalité financière et spécifiquement de la fausse monnaie.¹⁹ Engagée dans une dynamique d'indépendance totale en 1958, la Guinée, sous l'impulsion du président Ahmed Sekou Toure renonce au Franc CFA au profit de sa propre monnaie. Une année plus tard, l'opération « persil » est mise sur pied par la France avec l'aide d'exilés guinéens au Sénégal.²⁰ En vue de déstabiliser l'économie de cet Etat et partant, de tout le régime en place, entre autres, de faux billets de banque guinéens étaient injectés en grande quantité dans le pays. Ce qui a inéluctablement conduit à la chute de cette monnaie et à son abandon.²¹

Dans la même rengaine, quelques années plus tard l'ex-conseillère onusienne s'exprimant sur un flanc de l'essor de la criminalité financière, notamment dans les paradis fiscaux. Marie-Christine Dupuis-Danon, écrit dans son livre *Finance criminelle*, au chapitre de la « Géopolitique du blanchiment » : « On assiste à une confusion inquiétante entre les notions d'illégalité et de légalité. La mondialisation, par la facilité des transferts qu'elle permet, amène en effet un nombre croissant d'individus et d'entreprises à ne plus se demander si un acte est répréhensible par lui-même, mais s'il existe un moyen de l'effectuer en toute légalité quelque part dans le monde ». C'est de ce couvert que la pétrolière Elf s'est servie pour vendre massivement des armes en Angola.²²

Plus encore, niant la souveraineté des Etats, les puissances financières revendiquent à cor et à cri l'indispensable nécessité du respect du libéralisme (à outrance). Si déjà Alain Deneault constate qu'on ne parle plus de souveraineté mais des souverainetés qualifiées, les lobbys financiers parlent carrément de transfert de souveraineté. C'est ce qui appert des propos de Claude BEBEAR alors président du conseil de surveillance de la société AXA²³, et par ailleurs, président d'un groupe d'influence (*thinktank*) ultra-libéral. Dans un article qu'il consacre à une conférence tenue aux Hautes études commerciales (HEC) de Montréal, en avril 2006, le journaliste Éric DESROSIERS du quotidien montréalais *Le Devoir* le paraphrase en ces termes: « Les gouvernements et les nations doivent à tout prix résister aux tentations du protectionnisme et

¹⁹BREVILLE(B) ET HENNETON(T), *Monde diplomatique, Manière de voir complots théories et pratiques*, Editions Olivier Pironet, n°158 Avril-Mai 2018, 100P. Sur le même propos, voir Maurice ROBERT, « Ministre » de l'Afrique. Entretiens avec Alain RENAULT, Seuil, Paris, 2004.

²⁰*Ibid.*

²¹PIERRET(C.) ET CORREAU(L), « l'opération Persil » <https://savoirs.rfi.fr> du 14 juin 2018 et consulté le 27 avril 2020

²²DENEULT(A), « Le concept réfracté de la souveraineté et les États offshore. » *Eurostudia*, Vol. 2, No. 2, Décembre 2006. <https://doi.org/10.7202/014587ar> Lieux et emprises de la souveraineté p.7

²³Classée troisième au monde parmi les entreprises du domaine de l'assurance.

accepter de céder une part de leur souveraineté ». ²⁴Pour justifier cette perception du monde contemporain, Claude BEBEAR renchérit en affirmant : « il en va de la paix du monde et de leur intérêt. » ²⁵ Vision terrible quand on sait que lorsqu'au bout d'une crise comme ce fut le cas dans l'affaire affrontant Euroclear de Bruxelles et Clearstream du Luxembourg, le recours aux institutions étatiques était une fois de plus inéluctable. ²⁶ L'arbitrage de l'Union Européenne en 2003 dudit différend entre les deux chambres de compensation mondiale, suite au positionnement de la *Deutsche Börse* pour l'acquisition de la *Clearstream*, en est une illustration. Cette opération venait gêner les transactions de sa rivale sur le marché allemand des changes qu'elle contrôle. En vertu du principe de concurrence qui y était entravé, L'UE s'est interposée, afin de rétablir les règles du jeu. Dans les faits, c'est suite aux révélations du journaliste Denis Robert et un ancien employé, Ernest Backes, à propos de très compromettantes activités de corruption, de blanchiment d'argent, de marchés illicites et de transactions que la *Deutsche Börse* a acquis *Clearstream*. ²⁷

Donc, la souveraineté de l'Etat, à bien des égards, subit les foudres de l'expression de la criminalité financière internationale qui peut porter atteinte aussi bien à ses piliers comme la monnaie ou à ses buts en l'occurrence le maintien de la paix et de la sécurité dans ses frontières. En dehors de cela, il s'avère que les Etats soient limités dans leur souveraineté par leur éviction dans la lutte contre ce fléau.

B- L'éviction de la souveraineté de l'Etat dans la lutte contre la criminalité financière internationale

La mise à l'écart des Etats dans la lutte contre la criminalité financière à l'échelle internationale s'observe à bien des égards par son éviction constatée (2) et consentie (1).

1- L'éviction consentie par l'admission de la compétence des organisations intergouvernementales dans la lutte contre la criminalité financière internationale

A la base, les organisations internationales intergouvernementales sont le fruit de la volonté des Etats. En dehors de leur création pour venir répondre à une préoccupation de la société internationale, ce sont les Etats, de par l'adoption, la signature et même la ratification des statuts, chartes, conventions instituant ces organisations internationales, qu'ils acceptent de se départir

²⁴ DENEAULT (A.), « Le concept réfracté de la souveraineté et les États offshore. » *Eurostudia*, Vol. 2, No. 2, Décembre 2006. <https://doi.org/10.7202/014587ar> Lieux et emprises de la souveraineté P.1

²⁵ *Op cit* p.2

²⁶ *Op cit* p .10

²⁷ *Op cit*

d'un pan de leur souveraineté pour assurer la fusion des efforts sur les problématiques à l'origine de leur création. Cette réalité reste vraie dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière internationale. Les organisations internationales intergouvernementales à vocation générale et spéciales sont concernées.

Dans le relief des organisations intergouvernementales à vocation générale intéressées à la question de la criminalité financière internationale, rentrent aussi bien l'organisation universelle par excellence en l'occurrence l'ONU et de nombreuses organisations régionales, en plus des organisations spécialisées sur les questions financières.

Relativement à l'ONU, oblitérant son efficacité à atteindre l'objectif de réduire drastiquement, à défaut d'éradiquer la criminalité financière, sa mobilisation s'observe à l'aune des diverses prises de conscience, des rappels incessants de l'importance d'agir et du passage à l'action. La prise de conscience se manifeste par la participation à l'adoption de nombreuses conventions²⁸. Prenant le cas de la Convention de Palerme, la nécessité d'un instrument juridique sur la criminalité est née à la sortie de la conférence ministérielle mondiale sur la criminalité transnationale organisée à Naples en 1994. C'est alors que la Pologne a porté le projet en 1996 et a présenté une ébauche de ce qui deviendra la Convention en 1998 à l'Assemblée Générale des Nations Unies. Sur cette base, les Nations Unies vont créer un comité interministériel chargé d'élaborer le texte final. De janvier 1999 à Juillet 2000, d'après négociations vont conduire à son adoption le 15 novembre 2000, suivie de son entrée en vigueur le 29 septembre 2003. Rien que ce cas de figure démontre l'intérêt de la représentante de la communauté internationale dans la lutte contre ce phénomène.

Surtout qu'à côté, des rappels incessants de l'importance d'agir sont courants, afin d'interpeler les gouvernements à garder cette préoccupation à l'esprit. C'est ainsi qu'elle organise régulièrement des conférences internationales²⁹ sur cette problématique et ses différentes tentacules. De nombreuses conférences des Etats parties à ces différentes conventions existent à cet effet. De la conférence mondiale dite conférence des Etats parties à la convention des Nations

²⁸Énumération non exhaustive de quelques conventions initiées par l'ONU à l'instar de la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée, la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la Convention des Nations Unies contre la corruption.

²⁹ Il faut entendre par conférence internationale ici un « *entretien entre deux ou plusieurs personnes sur un objet déterminé* » SALMON(J), *Dictionnaire de droit international public, op cit*, p.230

unies contre la corruption³⁰ qui s'est tenue en décembre 2019 à Abu Dhabi aux Emirats arabes, quelques propos des sommités de l'illustre institution incitent vraiment les Etats à être plus proactifs. « Vous vous réunissez à un moment critique. Alors que nous entrons dans la décennie d'action pour atteindre les Objectifs du Développement Durable, nous devons nous unir contre la corruption pour mettre fin à la ponction des ressources causée par les flux financiers illicites » ; « la corruption menace le bien-être de nos sociétés, l'avenir de nos enfants et la santé de notre planète ». Telles étaient les interpellations du Secrétaire Général des Nations Unies Antonio Guterres lors de son message durant cette rencontre. C'est dire que l'heure est grave ! Cet extrait révèle une fois de plus que cette gangrène est un danger pour l'économie, la santé humaine, l'environnement. Donc pour la sécurité humaine en bref. Au point où Yury Fedotov, directeur de l'office des Nations unies contre la drogue et le crime a pu affirmer, ne serait-ce que pour le cas de la corruption, qu'elle « est un sinistre catalyseur de certains des pires problèmes auxquels nous sommes confrontés ».³¹

Ses passages à l'action sont donc les bienvenus. L'un des moyens utilisés est la mise en place des programmes pour le suivi et l'implémentation des normes adoptées. S'arrimant aux défis technologiques que la criminalité financière impose aux Etats, les Nations Unies, à travers la Résolution A/69/157, ont mis sur pied un programme portant sur les stratégies informatiques de communications³². C'est un plan qui s'étale sur cinq ans et qui vise la transformation de l'environnement technologique de l'organisation et l'appui des activités de cette dernière dans les domaines de la paix et de la sécurité du droit international, des droits de l'Homme, du

³⁰ Elle se tient tous les deux ans et examine la mise en œuvre de ladite convention et discute aussi de la manière dont les Etats peuvent améliorer leur lutte contre la corruption.

³¹ *Op cit.*

³² AGNU, « Etat d'avancement de l'application de la stratégie informatique de communications de l'Organisation des Nations unies », p.5

développement et de l'humanitaire.³³ C'est dans cette dynamique que le goportfolio a pu voir le jour.³⁴ Parmi ces logiciels, on compte la goAML web³⁵, De goblockchain, goINTEL.³⁶

A partir des éléments sus évoqués, l'on convient qu'effectivement, l'ONU s'implique de manière active à résoudre les problèmes liés à certaines manifestations de la criminalité financière. Il en va de même des initiatives régionales.³⁷

Prenant le cas de la région Afrique, au début, il s'est agi d'une période plutôt passive face au phénomène de la criminalité financière, car seuls les mécanismes existants dans le cadre de l'Union Africaine jusqu'alors, à l'instar de la Commission de la paix et de la sécurité de l'UA, qui avaient plutôt une portée générale sur les questions de paix et de sécurité dans la région, s'en chargeaient. Il a fallu attendre le 30 janvier 2017, date d'adoption, lors de la vingt-huitième session ordinaire de la conférence des chefs d'Etats de l'Union africaine, tenue à Addis-Abeba en Ethiopie, les statuts du mécanisme africain de coopération policière (AFRIPOL)³⁸. Institution technique de l'Union africaine, AFRIPOL tire sa personnalité juridique de cette dernière au sens de l'article 2 alinéa 2. Fonctionnant avec la coopération des différentes polices nationales, il est à mettre à son actif le fait que 40 pays³⁹ y sont déjà actifs sur les 55 que compte le continent africain⁴⁰. Cet état de choses est perceptible par l'existence des bureaux de liaison nationaux sur les territoires concernés dont la première réunion de leurs chefs a eu lieu en novembre 2019. Sur la base des articles 3 et 4 du statut D'AFRIPOL, il est essentiellement engagé dans une lutte contre les diverses formes de criminalité qui se manifestent, entre autres par la cybercriminalité, les multiples trafics,

³³ *Ibid.*

³⁴ Il s'agit d'un ensemble de modèles et de logiciels visant à aider les Etats membres dans leur lutte contre le crime organisé. www.unite.org consulté le 18 janvier 2020

³⁵ *Ibid.* Il est une réponse aux challenges rencontrés par les cellules de renseignements financiers et les entités déclarantes tels que des bases de données disponibles pour la recherche d'information, un nombre élevé de partenaires et d'agences, un niveau d'automatisation qui dépend de l'infrastructure en place. Il cadre avec les mandats de l'ONUSD tels que les Conventions des Nations Unies, les Résolutions du Conseil de sécurité, les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les Recommandations du GAFI, Principes du Groupe Egmont, le Directif Européen anti-blanchiment IV et V, les Conventions anti blanchiment de Varsovie de 2005 et du Conseil de l'Europe.

³⁶ <https://www.un.org> consulté le 18/03/2020 (une publication du 27 septembre 2017 Allemagne : l'ONU appuie la création d'un service de renseignement financier doté d'un système informatique inédit pour combattre les crimes financiers) goINTEL est une plateforme de partage de renseignements entre Etats qui facilite la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale.

³⁷ Pour des détails concernant les initiatives peuvent être consultées nos travaux de portant sur la criminalité financière et le droit international

³⁸ "On 11 february 2014, during the conference in Algéria, the police chiefs of african countries agreed to set up a project on tightening the police cooperation between states of that continent. " SZUMSKI(A), "Afripol-New initiative of police cooperation between african countries" in *internal security*, Police academy, szczytnojanuary-june 2015P.39

³⁹ www.lepoint.fr consulté le 31/01/2020

⁴⁰ Il en est ici en fin 2019.

le terrorisme, le blanchiment des capitaux. L'emphase est ici mise sur l'intensification de la coopération policière au niveau stratégique, opérationnel et tactique et l'échange des renseignements. L'Union Africaine a pris la pleine mesure d'associer ses efforts à ceux des institutions plus avancées, en l'occurrence Interpol avec qui elle a un accord de partage d'informations, afin de lutter contre le terrorisme et le crime organisé depuis le 15 janvier 2019. Étant donné que l'institution est assez récente et pose à peine les jalons de son action, la rigueur de son action ne peut encore objectivement être soulignée.⁴¹ S'il représente toutefois un grand espoir pour le continent africain, l'on peut craindre que les Etats usent et abusent de l'article 5 sur les principes, en l'occurrence celui d'évoquer et même d'invoquer le respect systématique de leur souveraineté quand ils chercheraient à protéger d'éventuels prévaricateurs de la fortune publique ou d'autres criminels financiers.

Plus encore, comme organisation à caractère spécial, l'on peut évoquer Interpol, bien que son statut⁴² paraisse ambigu au regard des critères d'identification d'une organisation internationale au sens du droit international malgré la forte adhésion des Etats.⁴³ Ses statuts n'ont pas connu un enregistrement auprès des Nations Unies au sens de l'article 102 paragraphe 1 de la charte qui dispose comme suit :

« Tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. »

⁴¹ SZUMSKI(A), "Afripol-New initiative of police cooperation between african countries", in *internal security*, Police academy, szczytno PP 44-45

⁴²Interpol naît des cendres de la commission internationale de police criminelle. Cette dernière avait vu le jour à la suite du 2^{ème} congrès international de la police qui s'est tenu à Vienne en 1923, avec la participation des pays suivants par le biais de leurs chefs de police : l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Égypte, les États Unis, Fiume, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, le Japon, la Lettonie, les Pays bas, la Pologne, la Roumanie, la Suède, la Suisse, la Tchécoslovaquie, la Turquie et la Yougoslavie. Il a fallu attendre la 25^{ème} Assemblée générale à Vienne en 1956 pour que ladite commission devienne l'organisation internationale de police criminelle. De 100 pays membres en 1967, elle est passée à 150 en 1989 et 194 en 2018. Elle est constituée d'une Assemblée Générale qui représente directement les membres, d'un comité exécutif qui veille à l'application des décisions de l'Assemblée générale, du secrétariat, des bureaux nationaux, des conseillers et de la commission des fichiers(Article 5 du statut de l'Organisation internationale de la police criminelle –Interpol [I/CONS/GA/1956(2017).)

⁴³www.interpol.int consulté le 03/02/2020

Le paragraphe 2 ajoute : « Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation »⁴⁴.

Aussi, comme véritable organisation internationale à incidence secondaire, peuvent être mentionnés le FMI et la Banque mondiale face à la criminalité financière. Page | 209

Sous l'impulsion des Etats-Unis et en vue d'éviter à nouveau des crises du type de 1929, il a été initié la création d'institutions financières internationales. C'est ainsi qu'en 1941, en plein dans la deuxième guerre mondiale, les discussions vont débiter. Harry White fournira à cet effet en 1942 au Président Franklin Roosevelt, un plan intitulé « Plan pour un fonds de stabilisation des Nations Unies et associés et d'une Banque des Nations unies pour la reconstruction et le développement ». Plan très ambitieux à la base puisque l'administration Roosevelt voulait des institutions fortes à même d'imposer des règles au secteur financier privé, y compris à Wall Street. Mais, face à la réticence des banquiers, les ambitions seront revues à la baisse. C'est ainsi qu'entre 1941 et 1944, la conférence de Bretton Woods va se tenir et tenant compte des hostilités des banquiers, la création du FMI et de la BIRD qui n'est rien d'autre que la Banque mondiale actuelle virent le jour.⁴⁵ Bien qu'elles aient des limites statutaires, des actions sont tout de même existantes sur différents pans de la criminalité financière dont la corruption, la fraude fiscale, le trafic de stupéfiants, le blanchiment des capitaux, le financement du terrorisme,⁴⁶ etc. C'est ainsi qu'avec son action, en synergie avec d'autres institutions, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ont pu être érigées en infraction avec un cadre juridique bien déterminé dans la quasi-totalité des pays.⁴⁷ Dans ce contexte, le Programme d'évaluation du secteur financier est initié en 1999 par les institutions de Bretton Woods au lendemain du 11 septembre 2001 pour évaluer le potentiel des risques liés au système financier de chaque Etat et détecter les éventuels flux financiers illicites. Cette évaluation s'appuie sur 12 normes et codes édictés⁴⁸. Malgré les failles que le libéralisme extrême dévoile, il n'est pas contesté son opérationnalisation. Plus tard, sous

⁴⁴ Interpol, « l'adhésion à Interpol-Perspective historique », annexe 1 au Rapport AG-01-2017-86, P.22

⁴⁵ TOUSSAINT(E), *Banque mondiale, le coup d'Etat permanent : l'agenda caché du consensus de Washington*, Editions Syllepse, Paris, 2006, PP. 25-32

⁴⁶ WEEKS-BROWN(R), « halte au blanchiment », Finance et développement, FMI, décembre 2018, PP.44-45

⁴⁷ *Ibid.* p.4

⁴⁸ THONY ET DUJOLS(J-F)) THONY(C.), « quinze ans d'évolutions de la dynamique internationale de lutte contre le blanchiment « offshore », *Rapport moral sur l'argent dans le monde de 2005*, p.165-168

l'impulsion du G7, le FMI a été invité à introduire dans le PESF une méthodologie d'évaluation des recommandations du GAFI.

Passée cette éviction consentie aussi bien aux organisations internationales, régionales et spéciales, l'on observe également la mise à part constatée par les Etats.

2- L'Éviction constatée de la souveraineté de la majorité des Etats

L'éviction constatée, voire non consentie des Etats dans la lutte contre la criminalité financière, du moins pour la majorité, s'observe avec l'émergence des objets juridiquement non identifiés⁴⁹. C'est la résultante soit de la volonté d'une minorité d'Etats comme c'est le cas avec le G20 et le GAFI, soit de personnes morales à l'instar de la banque de règlement internationaux et le groupe Egmont.

Le G20 est un forum économique créé en 1999 dont l'objectif est de favoriser la concertation internationale en réunissant les plus grandes puissances économiques mondiales. En font partie, les pays du G8 et les pays ayant une forte croissance et un poids démographique incontournable. Ils représenteraient 90% du produit mondial brut.⁵⁰ Son impact réglementaire est non négligeable, car à l'occasion de la crise financière de 2008, il s'est donné pour mission entre autres de lutter contre les paradis fiscaux, d'améliorer la finance mondiale et de mieux encadrer les *hedgescfunds* tout en s'attaquant aux bonus excessifs des opérateurs financiers.⁵¹

Créé le 16 juillet 1989 d'une décision du Sommet dit « de l'Arche » qui réunissait à Paris les chefs d'Etats ou de gouvernements du G7 ainsi que le président de la commission des communautés européennes pour le quinzième sommet économique annuel⁵², le GAFI est un organisme intergouvernemental qui a vu le jour suite aux préoccupations posées par le blanchiment d'argent pour le système bancaire et les institutions financières à la base. Il apparaît dans la Déclaration économique finale sous le titre « Problèmes relatifs aux stupéfiants »⁵³. En octobre

⁴⁹ Explication du concept et historique

⁵⁰ NORMAND(E), *Réussir l'examen certifié*, AMF, 3^e édition, P.59 Pour d'autres sources comme POSTEL-VINAY, « Le G20 est-il légitime », in *le G20 laboratoire d'un monde émergent*, Nouveaux Débats, Presses de Sciences Po. pp59-94, le G20 représente 77% de la richesse mondiale avec 62% de la population mondiales.

⁵¹ CHAVAGNEUX(C), « un G20 historique », in *Alternatives Economique*, avril 2009, www.alternatives-economiques.fr

⁵² FORT(J-F), « la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme : l'affirmation du GAFI » in HUNAULT (M), *la lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. Académiques, Paris, 2017, pp.73-90

⁵³ *Ibid.*

2001, son mandat a été étendu à la lutte contre le financement du terrorisme. Depuis avril 2019, les ministres membres du GAFI sont convenus d'un mandat à durée indéterminée.⁵⁴

Ne pouvant se contenter d'influer sa dynamique réglementaire uniquement sur ses membres qui sont au nombre de 39⁵⁵ en raison du fait qu'aucun maillon faible sur le front mondial contre le blanchiment d'argent ne peut être toléré⁵⁶, il s'appuie sur des représentations régionales qui sont censées jouer le même rôle à cette échelle. En dépit de sa faible légitimité⁵⁷ car n'étant pas effectivement une organisation internationale intergouvernementale, il a réussi à susciter de la création de non nombre d'organes éminemment dépendants des organisations internationales intergouvernementales aux niveaux régionaux en vue d'implémenter ses objectifs. On compte en l'occurrence l'APG⁵⁸, le GAFIC⁵⁹, le MONEYVAL⁶⁰ ; l'EAG⁶¹; ESAAMLG⁶² ; le GAFILAT⁶³ ; le GIABA⁶⁴ ; le MENAFAFT⁶⁵ ; GABAC⁶⁶. Si l'on ne peut nier cet atout que le GAFI a pu s'octroyer en suscitant la création d'organes plus légitimes que lui, on observe toutefois que ces derniers, pour l'essentiel, s'attèlent à implémenter les décisions prises par une minorité, à savoir

⁵⁴ Communiqué de presse du 12 avril 2019, «les ministres du Groupe d'action financière(GAFI) prennent des mesures pour protéger le système financier mondial », <https://home.treasury.gov>

⁵⁵ En raison de 37 juridictions que sont : Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hong-Kong chine, Islande, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, République de Corée, Luxembourg, Malaisie, Pays-bas, Nouvelle Zélande, Norvège, Portugal, Fédération Russe, Arabie Saoudite, Singapour, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Danemark, Royaume-Uni, Etats-Unis ;

Et deux organisations régionales : Commission Européenne, Conseil de coopération du golfe. www.fatf-gafi.org

⁵⁶GARRIGUES(G.-F.), GODEFROY(T), LASCOUMES,(P.) « les banques, sentinelles de l'anti-blanchiment : l'invention d'une spécialité professionnelle dans le secteur financier » , Centre d'études et de recherches internationales, Paris P.34

⁵⁷*Ibid.*

⁵⁸Le Groupe Asie/Pacifique sur le blanchiment d'argent

⁵⁹Le Groupe d'action financière des Caraïbes

⁶⁰Le Comité d'experts du Conseil de l'Europe sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Créé en 1997 son fonctionnement est régi par les dispositions générales de la Résolution Res(2005)47 sur les comités et les organes subordonnés, leur mandat et méthodes de travail. La Résolution CM/Res(2010)12 du Comité des ministres adoptait le statut du comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux.

⁶¹Le Groupe eurasien.

⁶²Le Groupe de lutte contre le blanchiment d'argent en Afrique orientale et australe.

⁶³Le Groupe d'action financière de l'Amérique latine anciennement dénommé Groupe d'action financière sur le blanchiment d'argent d'Amérique du Sud(GAFISUD), il compte 17 pays d'Amérique du Sud, d'Amérique centrale et d'Amérique du Nord.

⁶⁴Groupe d'action intergouvernemental contre le blanchiment d'argent en Afrique de l'Ouest, le GIABA est une organisation intergouvernementale issue de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de la communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest(CEDEAO) de l'an 2000.

⁶⁵ Groupe d'action financière pour le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord.

⁶⁶Il s'agit du Groupe de travail sur le blanchiment d'argent en Afrique centrale. L'article 3 du Règlement n°01/10/CEMAC/UMAC/CM portant révision du règlement n°02/02/CEMAC/UMAC/CM du 14 avril 2002 portant organisation et fonctionnement du Groupe d'Action contre le Blanchiment d'Argent en Afrique Centrale (GABAC) dispose : « le GABAC est un organe de la communauté. »

les différentes recommandations du GAFI. A titre d'exemple, l'article 4 du règlement du GABAC dispose : « les attributions du GABAC sont celles liées aux missions définies dans l'acte additionnel révisé, à savoir : la lutte contre le blanchiment de l'argent et les produits du crime ainsi que le financement du terrorisme ; la mise en place harmonisée et concertée des mesures appropriées à cette lutte dans la CEMAC ; l'évaluation des résultats de l'action et de l'efficacité des mesures adoptées ; l'assistance des Etats membres dans leur politique anti-blanchiment et de lutte contre le financement du terrorisme ; la collaboration avec les structures similaires existant en Afrique et au niveau international. A ce titre, il reconnaît les normes du GAFI, notamment les 40 Recommandations et les 9 Recommandations spéciales comme standard international de référence. »

Fondée le 17 mai 1930, la Banque des règlements internationaux s'est dotée à travers le processus de Bâle⁶⁷ d'un ensemble de comités et d'associations en vue d'assurer la stabilité financière à l'adresse des autorités nationales en la matière. Tandis que les comités voient leurs multiples activités assurées par un secrétariat de la BRI, car chacune d'elle a son mécanisme de gouvernance, les associations, bien qu'hébergées dans l'enceinte de la BRI, ont leur propre identité juridique et traitent directement avec leurs membres.⁶⁸ Il s'agit notamment du comité de Bâle sur le contrôle bancaire, le comité du système financier mondial, les comités de paiements et des infrastructures de marché, les comités des marchés, le forum sur la gouvernance des banques centrales et le comité Irving sur les statistiques des banques centrales d'une part et du Conseil de stabilité financière, de l'Association internationale des assureurs-dépôts, de l'Association internationale des contrôleurs d'assurances.⁶⁹ De prime abord, la Banque de règlements

⁶⁷ « Le processus de Bâle fait référence à la façon dont la BRI promeut la coopération internationale entre les autorités monétaires et les autorités de surveillance financière » www.bis.org consulté le 14/02/2020

⁶⁸ www.banquemondiale.org consulté le 10/02/2020

⁶⁹ « Le Comité de Bâle sur le contrôle financier élabore des normes réglementaires mondiales pour les banques et cherche à renforcer le contrôle micro et macroprudentiel; le Comité du système financier mondial surveille et analyse les questions relatives aux marchés et systèmes financiers ; le comité des paiements des infrastructures de marché établit et promeut des normes de réglementation et de surveillance pour les infrastructures de paiement, de compensation, de règlement et autres infrastructures de marché ; le comité de marché suit l'évolution des marchés financiers et leur implication pour les opérations des banques centrales. Le Forum sur la gouvernance des banques centrales examine les questions liées à la conception et au fonctionnement des banques centrales ; le comité Irving Fisher sur les statistiques des banques centrale traite des questions statistiques liées à la stabilité économique, monétaire et financière ». Pour ce qui est des associations « le Conseil de stabilité financière coordonne le travail des autorités nationales et des normalisateurs internationaux dans l'élaboration et la promotion de la mise de politiques efficaces de réglementation de surveillance et d'autres secteurs financiers dans l'intérêt de la stabilité financière mondiale ; l'Association internationale des assureurs-dépôts établit des normes mondiales pour les systèmes d'assurance-dépôts et promeut la coopération en matière d'assurance-dépôts et de règlement bancaire; l'Association internationale des contrôleurs d'assurance établit des normes mondiales pour le secteur de l'assurance afin de

internationaux est l'une des rares institutions à l'échelle internationale qui englobe les différents pans de la finance dans son ensemble. Elle ne lèse pratiquement aucun secteur de la finance internationale. Les banques centrales, les banques, les assurances, les marchés financiers, les modes de paiement, un suivi de leurs performances et même, tout semble y être. Si l'on s'en tient à l'article 3 de son statut, la BRI se donne essentiellement pour mission de favoriser la coopération des banques centrales et de fournir des facilités additionnelles pour les opérations financières internationales, en plus d'agir comme mandataire ou agent des règlements financiers internationaux qui lui sont confiés.⁷⁰ C'est dire que le souci principal de la BRI est de s'assurer du bon fonctionnement du système monétaire et financier international sans plus. Néanmoins, à travers par exemple le comité de Bâle, notamment les accords de Bâle I, II, III et aujourd'hui IV, un accent a tout de même été mis sur les risques encourus sur la sphère financière.

Par ailleurs, l'importance d'une coopération internationale en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme a conduit les cellules de renseignements financiers réunies, à l'Egmont Arenberg Palace à Bruxelles en Belgique le 9 juin 1995, sous l'initiative du FinCen des Etats-Unis d'Amérique, à créer un réseau informel de CRF dans ce but. D'où le groupe Egmont.⁷¹ Composé aujourd'hui de 164 Cellules de renseignements financiers, il aide à implémenter les résolutions et déclarations du conseil de sécurité des Nations Unies, du G20, du GAFI.⁷² Pour l'atteinte des objectifs qu'il s'est assigné, il s'est structuré d'un certain nombre de groupes de travail, dont le groupe d'échange de renseignements sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme⁷³, le groupe de membres, d'assistance et de conformité⁷⁴; le groupe de police et de procédure⁷⁵; le groupe d'assistance technique et de formation⁷⁶. Dans l'ensemble, ils ont pour missions⁷⁷ de renforcer l'échange réciproque des informations à travers la coopération internationale, d'améliorer la performance des cellules de renseignements financiers

promouvoir une surveillance efficace et cohérente au niveau mondial au profit des assurés et de contribuer à la stabilité financière mondiale »⁶⁹www.banquemonde.org consulté le 10/02/2020

⁷⁰ Statuts de la Banque des Règlements internationaux du 20 janvier 1930 mis à jour au 7 novembre 2016

⁷¹ Groupe Egmont des Cellules de renseignement financier (Egmont group), « Comprendre l'indépendance opérationnelle d'une CRF et son autonomie », Groupe Egmont des Cellules de renseignement financier (Egmont group, Toronto 2018, Canada.

⁷²www.egmontgroup.org consulté le 12/02/2020

⁷³Information exchange on money laundering /terrorist financing working (IEWG) ;

⁷⁴Membership, support and compliance working group (MSCWG)

⁷⁵Policy and procedures working (PPWG)

⁷⁶ Technical assistance and training working group (TATWG)

⁷⁷www.mf-ctrf.gov.dz consulté le 12/02/2020

par des formations et la promotion des échanges de personnel pour perfectionner l'expertise et les capacités du personnel employé par les CRF à travers des réseaux comme Egmont Secure Web⁷⁸ et FIU.NET⁷⁹. Il s'attèle à sécuriser et optimiser les communications entre les CRF, à encourager l'autonomie opérationnelle de la CRF, à encourager la création des cellules de renseignements financiers en liaison avec les administrations avec un programme LBA/FT en place ou dans des zones avec un programme dans les premiers stades de développement.

En dépit de ce que le groupe Egmont se donne des missions de taille contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, sa capacité d'échange d'informations reste faiblement utilisée. En 2014, sur 1569 demandes de renseignement adressées à ses homologues étrangers, 1221 étaient destinées à l'Europe.⁸⁰ C'est dire que les opportunités offertes par le groupe Egmont en matière de lutte contre la criminalité financière ne produisent pas le résultat escompté. De surcroît, c'est essentiellement l'Europe qui en use au détriment de son initiateur premier, les Etats-Unis d'Amérique et les pays des autres continents. D'ailleurs, ceux qui coopèrent ne le font pas toujours avec tout l'engouement attendu. En effet, la Suisse, à travers le MROS⁸¹ qui est son bureau de communication en matière de blanchiment d'argent s'est accrochée au sacro-saint secret bancaire. Elle refusait de fournir les informations recommandées par le groupe Egmont. Il a fallu qu'il brandisse une suspension le 1^{er} janvier 2012 pour exercer une pression de conformité du MROS au principe dudit groupe. Faute de quoi une atteinte à l'image de la Suisse aurait suivi. Car, bien qu'elle ne fût pas conforme aux exigences, elle se vantait de faire partir du groupe.⁸²

De ce qui précède, il ressort que la complexité bidimensionnelle de l'expression de la souveraineté dans un contexte miné par la criminalité financière est limitée parfois avec l'aval des Etats quand d'autrefois ils sont simplement des « spectateurs » de la dynamique se déployant contre ce fléau à l'échelle internationale. Toutefois, à la vérité, il faut souligner que pour l'heure la souveraineté de l'Etat reste un indispensable pour assurer efficacement la lutte contre les différentes variantes de la criminalité financière.

⁷⁸ Il y a juste sécurisation des mails échangés.

⁷⁹ « Financial intelligence Unit-FIU.net » www.europol.europa.eu

⁸⁰ BSK JETHA(F), *une nécessaire harmonisation de la lutte anti-blanchiment*, coll. Connaissance et Savoirs, Droit et Sciences politiques, p.300

⁸¹ Money Laundering Reporting Office-Switzerland

⁸² BSK JETHA(F), *une nécessaire harmonisation de la lutte anti-blanchiment*, op cit P.365

II- L'INCONTOURNABLE PRISE EN COMPTE DE LA SOUVERAINETE DE L'ETAT DANS LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITE FINANCIERE INTERNATIONALE

La double dimension de l'importance de l'expression de la souveraineté de l'Etat s'exprime aussi bien au niveau de l'implémentation des mesures (1) que de la répression des variantes de la criminalité financière (2). Page | 215

A- Nécessaire à l'implémentation des textes internationaux contre les variantes de la criminalité financière

L'implémentation des mesures passent par deux dimensions, notamment au plan interne (2) et dans la coopération au niveau international (1).

1- La coopération à titre préventif entre les Etats au niveau international

La souveraineté de l'Etat reste indispensable dans la lutte contre la criminalité financière car elle demeure la capacité légitime à mettre en place au sein de chaque Etat des mécanismes telle l'effectivité de la coopération judiciaire pour sanctionner la criminalité financière. Pour preuve, les défaillances de l'implémentation de la coopération entre les structures restent au profit des criminels financiers. A contrario, la manifestation d'une volonté réelle sera également de nature à restreindre drastiquement le phénomène. Car la densité du phénomène ne tarit pas véritablement bien qu'il y ait alors des OJNI, des ONG et même des OI qui d'une manière ou d'une autre combattent ce phénomène.

S'inspirant par exemple de l'évolution de la situation de lutte contre le blanchiment d'argent, une des variantes de la criminalité financière, l'on se rend compte avec KAFANDO que, dans le cadre de l'espace UEMOA le caractère préventif⁸³ et dissuasif de la loi pénale⁸⁴ est mis à mal. Cette situation est due entres autres aux défaillances du fonctionnement des commissions rogatoires en matière de blanchiment, de la frilosité qui accompagne la reconnaissance mutuelle des décisions répressives et le caractère très restreint du champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux décisions pré-sentencielles ; sans compter les limites structurelles

⁸³ Le but ici étant de freiner et bien plus, d'empêcher des comportements conduisant à des infractions ou tentatives d'infractions.

⁸⁴M.VAN DE KERCHOVE, Les fonctions de la sanction pénale : Entre droit et philosophie dans *Informations sociales* 2005/7 (n° 127), pages 22 à 31 <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm>

liées aux acteurs juridictionnels et non juridictionnels⁸⁵. Car, les criminels financiers, conscient de ce type de déphasages usent et abusent de telles lacunes. D'où l'importance de l'exercice plein du rôle souverain de chaque Etat dans la réception des normes en défaveur de la criminalité financière ainsi qu'une véritable appropriation de celles-ci.

2- L'appropriation étatique des différentes normes internationales au sein des Etats : cas des cellules de renseignements financiers

S'il est vrai que l'initiative des CRF a été élaborée par le groupe Egmont et l'idée entérinée par le GAFI qui a appelé les Etats à s'en doter chacun pour faciliter l'échange des informations et barrer la route aux criminels financiers, il ressort que le manque d'harmonisation entre les législations nationales demeurent une entorse dans la réalisation des missions des CRF.⁸⁶

En effet, on distingue pour l'heure, selon le FMI⁸⁷, quatre types de cellules de renseignements financiers. Le modèle administratif⁸⁸ qui est considéré comme un relais entre les entités assujetties et émettrices de déclarations de soupçons et les autorités judiciaires bénéficient d'une certaine indépendance. C'est à la CRF de ce type qu'incombe la tâche de réceptionner les déclarations, de les analyser et de les faire parvenir aux autorités compétentes en cas de nécessité.⁸⁹ La CRF de type administratif est généralement sous l'égide d'une agence gouvernementale ou d'un ministère en particulier celui des finances. Dès lors, quand un Etat, en vertu de ses pouvoirs régaliens se décide de ne pas donner suite aux activités des CRF, en dépit de leur détermination, c'est au final la souveraineté de l'Etat qui prime ici. D'après les statistiques de 2018, 119 membres du groupe Egmont rentrent dans cette catégorie⁹⁰.

A côté du type administratif, il existe le type le modèle judiciaire⁹¹ dans lequel la CRF est rattachée directement à un organisme judiciaire qui est en charge de mener des enquêtes ou d'engager des poursuites. Si ce mécanisme a l'avantage d'accélérer la procédure judiciaire

⁸⁵ Pour plus de détails, lire A. KAFANDO, *la coopération judiciaire en matière de blanchiment dans l'espace UEMOA : état des lieux et perspectives*, Droit, Université de Bordeaux, 2019, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02872207>

⁸⁶ BIRTEL(S), *Blanchiment d'argent, financement du terrorisme, corruption: état de la coopération internationale des cellules de renseignement financier*, Legitech, Bruxelles, 2019, p.48.

⁸⁷ FMI, *Financial Intelligence Unit : An Overview*, 2004

⁸⁸ C'est le modèle le plus répandu dans l'UE comme exemple, peuvent être évoquées, la France, l'Italie, la Belgique...

⁸⁹ BIRTEL(S), *Blanchiment d'argent, financement du terrorisme, corruption: état de la coopération internationale des cellules de renseignement financier*, *op cit*, p.23

⁹⁰ MARCUS(A.J.) Transparency international l' anti-Corruption Helpdesk Answer, Financial Intelligence Units(FIU's) : Effective institutional design, mandate and power, July10th 2019 <https://egmont.org/en/content/financial-intelligence-units-fius>

⁹¹ C'est le cas de Chypre et du Luxembourg

lorsqu'elle fonctionne normalement, elle devient défaillante lorsque l'institution républicaine est frileuse face au partage d'informations avec des organismes non judiciaires.⁹²

Dans le modèle policier par contre, la CRF est un département ou un service de la police⁹³. Le quatrième modèle est un modèle hybride, un mélange du modèle judiciaire et policier implémenté en Norvège par exemple.

Cette diversité donne le choix aux différents Etats sur le modèle à implanter dans leurs frontières. Donc, même si l'on peut déplorer le fait que les 164 CRF⁹⁴ existantes ne sont pas sur le même pied d'égalité en raison entre autres du manque de moyens pour certaines, de l'absence de sérieux pour d'autres, il reste que cette possibilité laissée aux Etats d'implémenter la CRF qu'il leur convient le mieux est l'expression de leur souveraineté. De même, la latitude quant à la marge de leur manœuvre relève essentiellement de l'engagement et de la dynamique étatique. Comme quoi, même si la criminalité financière tend à fragiliser l'expression de la souveraineté des Etats, son éradication passe inéluctablement par la volonté étatique. Pour preuve, dans le cadre de l'Union européenne, les Etats, du moins la majorité s'est accordée pour un choix de CRF en l'occurrence le type administratif. Par cette démarche, l'UKFIU, CRF anglaise a pu recevoir 1639 demandes d'informations et en envoyer 1518 d'après son rapport d'activités de l'année 2019. Même si, toujours par l'expression de la souveraineté de l'Etat concernant les CRF, tandis que certaines États, pour échanger avec des CRF étrangères ont besoin de signer des accords préalables pour coopérer, d'autres en font fi. Donc, au-delà des moyens extrinsèques au pouvoir étatique, il reste que l'influence extérieure des OJNI, dont le groupe Egmont en l'espèce, est dans une certaine mesure tout de même contrôlée. Il en est également ainsi pour la mise en action le volet répressif.

B- La sanction du phénomène de la criminalité financière

L'Etat est également indispensable dans le prononcé d'une sanction pénale et dans l'exécution de celle-ci car il est dépositaire de la coercition et du monopole de la violence légale. Cependant, étant donné que la justice classique (2) ne semble pas très diligente dans l'expansion des activités financières, les Etats admettent dans certaines circonstances la justice négociée(1).

- **La coercition souple : la justice négociée**

⁹² Hongrie, Suède, Royaume-Uni, Singapour en sont des exemples.

⁹³ BIRTEL(S), *op cit* p.25

⁹⁴ Carte des membres du groupe Egmont, rapport annuel 2017/2018

Les barons de la criminalité financière se jouent des pesanteurs au sein des juridictions nationales à l'instar du manque de personnels, de l'insuffisance des ressources financières de la justice, de la lenteur judiciaire pour ne pas faire prospérer les affaires qui pourraient être menées en procès. Au point où « en justice financière, l'arrangement à l'amiable constitue un moindre mal ». C'est en ce sens que dans le cadre de l'affaire Banque HSBC, la chambre du conseil de Bruxelles a donné son feu vert pour un arrangement à l'amiable qui aura coûté une somme de 295 millions d'euros pour mettre fin aux poursuites. Ce qui est plutôt à l'avantage de cette banque quand il est établi que près de 3000 clients belges ont pu pendant des années (jusqu'en 2007) blanchir des milliards d'euros d'argent sale. Quoique cela soit clairement révélateur de la rupture de l'égalité devant la justice, il reste que c'est un palliatif face à la vitesse qui régit le monde de la finance. Suite donc à l'instauration de la compliance qui peut être perçue comme « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables »⁹⁵, l'Etat accepte de recourir à la justice négociée lorsque les défaillances de ses entreprises peuvent être des portes ouvertes volontairement ou non aux criminels financiers. Pour renchérir, dans les Etats où elle est appliquée, elle conditionne aussi le volet répressif en cas de dérive manifestée par l'expression des variantes de la criminalité financière.⁹⁶ Se présentant comme un melting pot du droit privé et public, elle transparaît sur la question de la responsabilité (pénale) des entreprises multilatérales.⁹⁷ Elle perturbe les principes classiques de droit international au point où Régis Bismuth s'interroge d'ailleurs sur les méthodes et la légalité de l'extraterritorialité sur laquelle elle s'appuie.⁹⁸ Son extension dans le monde est véritable. Elle est présentée comme une jonction de la justice négociée d'une part et la due diligence qui implique la responsabilité pour faute organisationnelle d'autre part.⁹⁹

⁹⁵ Compte rendu de DUMONT(R.) DE GAUDEMET(A) (dir), *la compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2016, 161p. p.9

⁹⁶ FASTERLING(B.), « criminal compliance-les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Supérieur, volume n°2, tome XXX, p.218. Ce papier est une retranscription de l'intervention orale du professeur Björn Fasterling lors de la conférence « *Toobig to jail* – Pourquoi les dirigeants ne sont-ils pas inculpés pour les délits commis par les entreprises ? » planifiée sous la direction de VOINOT(D.) ,M.EECKHOUDT ET R. KULP.

⁹⁷ Compte rendu DE ROMAIN DUMONT DE GAUDEMET(A)(dir), *la compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2016, 161p. P.9

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ FASTERLING(B), « criminal compliance-les risques d'un droit pénal du risque »⁹⁹, *op cit*, p.221.

Depuis 1991, les Etats-Unis ont adopté l'*Organizational Sentencing Guidelines*¹⁰⁰ qui porte sur les directives fédérales relatives à la détermination de la peine des organisations et qui est conditionnée par le respect ou non des mesures prescrites à travers la compliance. C'est finalement en 2004, suite à la modification du chapitre 8B 2.1 qu'on constate une reconnaissance claire de la compliance.¹⁰¹ Ainsi, le but d'assurer la régulation du pouvoir discrétionnaire du juge ou du procureur qui s'exprime par des négociations et transactions en cas de calcul des peines avec les entreprises¹⁰², est lié à la mise en place d'un véritable système interne de prévention des phénomènes criminels par l'adoption des comportements éthiques et le respect des lois.¹⁰³ Le système de la compliance influe donc sur la responsabilité pénale des personnes morales sur la base de la doctrine *respondeat superior*¹⁰⁴ qui est équilibrée par la *due diligence*¹⁰⁵, conjuguée avec le système procédural donnant un fort pouvoir discrétionnaire au procureur de porter une affaire ou non devant le juge.¹⁰⁶ Le procureur en question s'appuie dès lors également sur la *deffered prosecution agreement* ou un *non prosecution agreement* pour tabler.¹⁰⁷ Les tractations entre le procureur et l'entreprise se soldent généralement, lorsque la responsabilité est établie, par des sanctions pécuniaires (fortes) et un *monitorship*¹⁰⁸. La situation américaine sur la responsabilité internationale des personnes morales interpelle davantage dans la mesure où ce pays compte près

¹⁰⁰ Il est nécessaire de préciser que spécifiquement dans le domaine des banques, la compliance relative aux banques, découle de la loi dite « Dodd-Frank » de 2010 dont l'objet est d'empêcher les abus des comportements de la finance et de permettre de maîtriser les « too big to fail ». Seulement, avec plus de 850 pages, cette loi s'avère complexe à être mise en œuvre. ¹⁰⁰ SANTI (M.), « la compliance et la banque dans un monde qui change », 02/09/2019, <https://www.latribune.fr>.

¹⁰¹ Il est de bon ton de signaler que déjà le 31 juillet 2002, en réponse à certains scandales financiers, la Lio Sabarnes-Oxley avait vu le jour aux Etats-Unis et elle scillait déjà le contenu de la compliance. MARIN (J.C.) dans son allocution du 06 juillet 2017 prononcée en ouverture du colloque sur la « compliance » en France. www.courdecassation.fr consulté le 20 août 2020.

¹⁰² GARRETT(B), *Too big to Jail-How Prosecutors Compromise with corporations*, Belknap Press of Harvard University Press, 2014

¹⁰³ La version récente des *Organizational Sentencing Guidelines* est mise en œuvre depuis le 1^{er} novembre 2015 aux Etats Unis d'Amérique. United States Sentencing ,*Federal Sentencing Guidelines Manuel & Supplement, 2015* <http://www.ussc.gov/guidelines-manuel/2015/2015-ussc-guidelines-manual>. Depuis février 2017, le Departement of justice des Etats-Unis d'Amérique a émis de nouvelles directives portant sur l'évaluation des programmes de compliance.

¹⁰⁴ Cette doctrine rend légalement responsable un supérieur ou un mandant des fautes commises par un employé ou un mandataire lorsqu'elles ont commises dans le cadre de l'emploi ou de l'agence. Pour qu'elle soit mise en œuvre, il faut qu'il soit établi que le responsable avait la possibilité de contrôler les actions de son employé ou mandataire, faute de quoi cette doctrine ne peut être mise en œuvre. C'est ce qui ressort de la jurisprudence américaine aux travers des affaires telles *Wilson c. Etats Unis*, 989 F.2d 953, 958(8th Cir. Mo.1993). <http://definitions.uslegal.com>

¹⁰⁵ Elle représente un moyen de défense des entreprises concernées. Son assise légale s'observe même en dehors des Etats-Unis, par exemple au Royaume Uni.

¹⁰⁶ FASTERLING(B), « criminal compliance-les risques d'un droit pénal du risque »¹⁰⁶, *op cit*, p.220.

¹⁰⁷ *Ibid*.

¹⁰⁸ *Ibid*, p.221

de 44% des 2000 premières firmes multinationales dans le monde¹⁰⁹. Les imprécisions du droit international dans l'encadrement de la responsabilité pénale des entreprises multinationales laissent la place à l'externalisation du droit pénal américain qui au final s'arrange à protéger ses entreprises au détriment des conséquences sociales et environnementales de leurs actions.¹¹⁰ Dès lors, cette irradiation du droit pénal (américain) basée sur la compliance à l'échelle internationale défie les règles de droit pénal régaliens sous plusieurs aspects. Du point de vue des sources, la constitutionnalité qui confère l'encadrement législatif des délits et des peines se voit ainsi évincée au profit du procureur.¹¹¹ De facto, ce procédé américain comme pour les autres Etats qui pratiquent la compliance s'impose aux Etats qui accueillent leurs filiales concurrentement au droit pénal du pays d'accueil.¹¹² Ils étendent ainsi le champ d'application de ce procédé ainsi que les décisions d'un juge national sans aucune autre forme de procédure telles que celles prévues par le droit pénal international.¹¹³ Toute chose qui préoccupe quant à l'effectivité de la répression d'une délinquance transnationale dans un monde globalisé, quand on sait qu'une concurrence de souveraineté peut éclater.¹¹⁴ Encore que la compliance n'est pas forcément une pratique universelle¹¹⁵ et sa consistance varie d'un Etat à un autre.

Pareillement, les firmes multinationales européennes comptent pour 22% dans le top 2000¹¹⁶ et certains de ces pays pratiquent également la compliance. En France par exemple, la compliance se révèle à travers le code de commerce à l'article 464-2 III¹¹⁷ et la loi Sapin II n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative « à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique » entre autres. Pour ce qui est de son code de commerce, s'il est prouvé qu'une entreprise prend toutes les mesures pour respecter les exigences de la

¹⁰⁹ Cette répartition date de 2017. Sources : Forbes Global 2000, www.forbes.com/global2000/list ; Federation of exchanges , 2017 MarketHighlights , www.world-exchanges.org ; www.espace-mondial-atlas.sciencespo.fr consulté le 20 septembre 2020

¹¹⁰ LANGER(F.), "l'emprise mondiale des multinationales aux Etats-Unis" une étude de l'ouvrage de Richard BARNET (J) et Ronald MULLER (E), *Global Reach : the power of the multinationals*, Simon and Schuster New York, 1974, 508p. in www.monde-diplomatique.fr du 20 septembre 2020

¹¹¹ BOURSIER (M.B.), « la mondialisation du droit pénal économique, le droit pénal au profit de la compliance », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, vol3, 2017, pp 466

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ DE LA CUESTA(J-L), « les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « ne bis in idem » », Rapport général, *Revue internationale de droit pénal*, ERES, Volume 73, pp.673- 705

¹¹⁴ BOURSIER(M.B.), « la mondialisation du droit pénal économique, le droit pénal au profit de la compliance », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, vol3, 2017, pp 466

¹¹⁵ A.GAUDEMET, « Qu'est-ce que la compliance ? » in *Commentaire*, n°165, vol.1, p.109-114

¹¹⁶ Cette estimation date de 2017. www.espace-mondial-atlas.sciencespo.fr consulté le 20 septembre 2020

¹¹⁷ Compte rendu de Romain Dumont de GAUDEMET(A)(dir), *la compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2016, p.9

compliance à son égard, en cas de criminalité financière, elle peut bénéficier d'une réduction des sanctions.¹¹⁸ Dans le cadre de la loi Sapin II, la compliance s'impose aux multinationales dont l'entreprise mère a son siège en France et qui compte au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros.¹¹⁹ Ces exigences prennent la coloration de la mise en place d'un code de conduite à l'enseigne de l'entreprise relatant les comportements admis et ceux proscrits ; d'un dispositif d'alerte interne visant à recueillir auprès des salariés les comportements à risque ; de l'encadrement des procédures de contrôles comptables ; des dispositifs de formation destinés aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; de la mise en place des dispositifs de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre entre autres.¹²⁰ Sur la base de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale de France, une convention judiciaire d'intérêt public consacre cette compliance dans les cas de corruption, de trafic d'influence, ou blanchiment de fraude fiscale, qui s'inspire fortement de la *deferred prosecution agreement* américaine.¹²¹

Sur sa manière de se déployer, il ressort donc que la compliance, si elle vise une certaine éthique dans le domaine des affaires et une favorisation du respect des normes étatiques dans les domaines concernés, il reste que cette démarche part essentiellement d'un unilatéralisme de la part de l'Etat qui y recourt.¹²² Ce qui influence sans doute la portée de son essor.

La montée en puissance du phénomène de la compliance ne fait pas l'unanimité. Bien qu'elle mette en évidence une justice négociée¹²³, des préoccupations telles le respect du principe non bis in idem en droit pénal ou encore les exigences de l'exemplarité et de la vérité d'un procès sont mis sur la balance.¹²⁴ Par ailleurs, la rupture de l'égalité de tous devant la loi va grandissant sachant que plus les moyens de l'impliqué sont conséquents, plus il a du poids au cours de la négociation. Pascal BEAUVAIS révèle que cette méthode transactionnelle du point de vue du Conseil Constitutionnel, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, est un écartement des

¹¹⁸ Autorité de la concurrence, Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

¹¹⁹ DEFFAINS(B) et DESRIEUX(C), « dispositifs de compliance et lutte contre la corruption : quelques éléments d'analyses « économique du droit », numéro 1, *RDIA*, 2018, p.19

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p.32

¹²² SANTI(M), « la compliance et la banque dans un monde qui change », 02/09/2019, <https://www.latribune.fr>

¹²³ Compte rendu de Romain Dumont de A. GAUDEMET,(dir), *la compliance : un monde nouveau ? Aspect d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2016, 161p

¹²⁴ *Ibid.*, p.70

garanties du procès pénal¹²⁵. La rupture avec la vision verticale imposée par la justice pénale et l'indisponibilité de l'action publique en découlent également. Le pire étant que l'effet escompté, à savoir le recul de la criminalité financière n'est pas toujours garanti.¹²⁶ Car, si à la base la compliance semble rechercher une autorégulation réglementée des entreprises fondée en quelques sortes sur une coopération private-public¹²⁷ et aussi de s'assurer d'un certain pragmatisme dans la gestion des risques, notamment juridiques liés à la gestion des entreprises dans lesquels rentrent les manifestations de la criminalité financière ;¹²⁸ il reste que la compliance laisse sur la soif au regard des pesanteurs quant à son efficacité, hormis ce qui a été sus-évoqué. Des risques liés à la manipulation des règles de compliance par les entreprises demeurent. Sachant qu'une fois, ne serait que d'apparence, les normes de compliance adoptées à l'enseigne de l'entreprise, la garantie quant à l'éviction des sanctions strictes liées au droit pénal classique est assurée, les entreprises peuvent instrumentaliser cette technique sans véritablement s'approprier ce mécanisme de réduction des risques de non-conformité et parfois même aller jusqu'aux infractions.¹²⁹ Ce qui laisse transparaître au final une « compliance cosmétique »¹³⁰. Des scandales de non-conformité à l'instar de 8,97 milliards de dollars pour le contournement des règles d'embargo déboursés par la banque BNP Paribas ; de 300 millions de dollars pour ce qui est de l'entreprise Walmart¹³¹ ces dernières années renforcent le caractère dubitatif de la compliance au final.

Par ailleurs, à l'échelle internationale, l'externalisation de la compliance appert comme une éventuelle arme économique potentiellement usitée par les Etats. Il ressort par exemple que courant 2018, sur 26 entreprises condamnées par des sanctions lourdes par les Etats-Unis, 14 sont d'origines européennes et notamment françaises tandis qu'aucune société chinoise ou russe n'apparaît sur la liste.¹³²

¹²⁵*Ibid*, p.84

¹²⁶*Ibid*.

¹²⁷FASTERLING(B), « criminal compliance-les risques d'un droit pénal du risque » ,*Revue internationale de droit économique*, De Boeck Supérieur, volume n°2, tome XXX, p.224 Voir également sous le même sillage sur la relation entre la compliance et le blanchiment d'argent, VERHAGE(A.), *the Anti Money Laundering complex and the compliance industry* , New york, Rotledge, 2011.

¹²⁸*Ibid.*, p.223

¹²⁹ *Ibid*, p.229.

¹³⁰ *Ibid*.

¹³¹DEFFAINS(C) ET DESRIEUX(C), « dispositifs de compliance et lutte contre la corruption : quelques éléments d'analyses « économique du droit », numéro 1, *RDIA*,2018, p.16

¹³² Propos du député Raphaël Gauvain lors du colloque sur l'arbitrage et la compliance organisé par le club des juristes et le cabinet August Debouzy. Moreaux(A), Vers un droit de la compliance européen. Droit –Actualité du droit, du 19 juillet 2019 www.affiches-parisiennes.com consulté le 02/10/2020

Tout ceci amène Marie-Anne Frison-Roche à affirmer que la compliance « envahit le droit », car elle s'infiltré dans les domaines bancaires et financiers en passant par la lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption sans délaissier les préoccupations liées aux entreprises, aux données personnelles, environnementales¹³³ et même au-delà.

Si donc la justice négociée à laquelle les Etats souverains peuvent recourir apparait comme une épée à double tranchant, il reste que la répression stricte via la justice classique garde toute sa raison d'être.

- **La répression stricte (la justice classique)**

La justice répressive prend toute une autre coloration en matière de criminalité financière. Si pour les petits poissons, le cachot est une issue certaine, les gros bénéficient de nombreux mécanismes pour s'en sortir sans véritables séquelles. N'eurent été des affaires telles Madoff, Jérôme Kerviel¹³⁴, l'on aurait pensé carrément à une impunité des géants financiers. Cependant, la coopération judiciaire en matière pénale reste un instrument indispensable pour neutraliser les criminels financiers. Cette coopération se présente comme l'exécution par un Etat requis à la demande d'un Etat requérant de mesures coercitives et non coercitives propres à faciliter la poursuite et la répression dans l'Etat requérant d'une infraction de nature pénale.¹³⁵ Elle renferme quatre formes de coopération pouvant être synthétisées en deux, notamment la coopération judiciaire extraditionnelle et la coopération judiciaire non extraditionnelle.¹³⁶ L'extradition appelée encore entraide majeure¹³⁷ est de mise ici dans la lutte contre la criminalité financière à l'échelle internationale, surtout lorsqu'on est conscient de l'inexistence d'une juridiction à l'échelle

¹³³ FRISCHE-ROCHE(M.-A.), « le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *Chronique*, Dalloz, n°28, 2018, pp.1561-1563

¹³⁴ Créateur d'un fonds d'investissement à l'âge de 22ans avec un capital de 5 000 dollars, il a vite fait de s'imposer dans la communauté financière. A travers Bernard Madoff Investment Securities, il gérait des capitaux qu'il investissait dans les *hedges funds*. Lorsque la performance n'était pas au rendez-vous, il masquait sa comptabilité en redistribuant des bénéfices fictifs aux anciens investisseurs avec les capitaux des nouveaux investisseurs. Il maintenait ainsi l'illusion d'une performance financière exceptionnelle. Il a pu berner la Securities & Exchange Commission à trois reprises tout simplement parce que la société n'était plus enregistrée auprès de la SEC depuis 2006. L'affaire Bernard Lawrence MADOFF a fait découvrir une perte de près de 50 milliards de dollars à ses investisseurs. www.lemonde.fr publié le 19 /12/2008 et consulté le 10/11/19. Il a été condamné à 150 ans de réclusion criminelle pour fraude financière en 2009.

L'ancien trader Jérôme Kerviel a été condamné à 5ans de prison en octobre 2010 après avoir mis en péril la Société Générale par la prise de risques inconsidérés. La cour l'a donc considérée comme partiellement responsable de la situation de cette société. . www.lemonde.fr publié le 18mai 2015 et consulté le 10/11/19

¹³⁵ MOREILLON (L), WILLI-JAYET(A), *la coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, éditions Heibing et lichtenhahn, Bruyant/L.G.D.J, Paris, 2005p .176

¹³⁶ REBUT(D), *Droit pénal international*, 2^e édition, Dalloz, 2014, p.135

¹³⁷ KAFANDO, *op cit* p.20

internationale à l'instar d'un tribunal financier qui aurait qualité, tout comme la CPI de pouvoir se prononcer à titre principal, tout au moins de manière théorique sur les crimes contre l'humanité. Bien que les procédures comme la compétence universelle, territoriale ou personnelle soient consacrées de manière générale en droit pénal international, à la vérité pour qu'elles soient, l'une ou l'autre effective, il faut que l'Etat ou les Etats concernées marquent leurs volontés de coopérer faute de quoi l'on assistera au statut quo.

Pareillement, la coopération judiciaire non extraditionnelle ou entraide judiciaire mineure représente l'ensemble des actes qu'une autorité juridique (autorité requise) relevant de l'Etat requis accomplit pour le compte d'une autorité judiciaire requérante relevant de l'Etat requérant.¹³⁸ Il s'agit en l'occurrence des mesures d'instruction à l'instar des commissions rogatoires internationales, des notifications de décisions répressives, des communications de pièces à conviction ou de documents et des comparutions de témoins...¹³⁹

Conclusion

Au terme de la réflexion consacrée à l'étude de l'ambivalence de la perception de la souveraineté de l'Etat face au fléau que représente la criminalité financière, aujourd'hui à l'échelle internationale, il ressort que, la souveraineté est affectée doublement par l'émergence sans cesse croissante de la criminalité financière. Non seulement elle impacte sur l'exercice de ses fonctions (régaliennes), mais aussi sur la riposte que l'Etat en tant qu'entité souveraine peut valablement exercer pour contrecarrer ce phénomène. Cependant, pour l'heure, il demeure que l'Etat reste la clé de voûte afin d'assurer une lutte efficace contre ce phénomène à plusieurs tentacules au XXI^e siècle. Seulement, il a besoin des autres composants de la société internationale pour y parvenir, une synergie des efforts s'impose donc en conséquence.

¹³⁸*Op cit*

¹³⁹*ibid*

La consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques au Cameroun

Par:

Moussa PANA

Docteur/Ph D en Droit Public
Université de Yaoundé II(Cameroun)

Page | 225

Résumé :

Au Cameroun, le législateur a introduit un excellent cadre analytique de rénovation des mécanismes de préparation, d'adoption, d'exécution et de contrôle des finances publiques. On parle ainsi d'une approche de budgétisation par programme. Cette approche basée sur une obligation des résultats permet d'optimiser l'offre des biens communs et, in fine, de systématiser la gestion des ressources publiques. Dès lors, une question se pose : quels sont les moyens de consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques en droit camerounais ? Cette question n'est pas anodine, elle présente un intérêt attrayant. En privilégiant la méthode juridique déclinée à travers l'interprétation des textes et le commentaire des énoncés de politique juridique, l'on s'attachera à démontrer que la consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques en droit camerounais s'inscrit dans la perspective du réaménagement du cadre structurel et du raffermissement du cadre fonctionnel.

Mots clés : Consolidation, Etat, contrôle administratif, exécution des finances publiques.

Introduction

Le contrôle administratif de l'exécution des finances publiques s'est affirmé au cours de l'histoire sous les auspices de plusieurs acteurs¹. Longtemps relégué au droit financier de l'Etat, le contrôle administratif de l'exécution des finances publiques s'est vu dominer par deux principaux acteurs : l'exécutif qui prépare la loi de finances et le parlement qui autorise. Ces acteurs font du contrôle des finances publiques l'une des conditions de la rationalisation de la gestion publique et, d'impulsion d'une véritable dynamique de développement économique². Le contrôle des finances publiques est une préoccupation ancienne et qui s'est fortement développé au cours des deux derniers siècles³ en raison d'une part des fonds publics qui atteignent des montants considérables et influencent de très nombreux aspects de la vie quotidienne et d'autre part du progrès des exigences de démocratie et de transparence dans la gestion publique. Les deniers publics doivent en effet, faire l'objet d'un contrôle particulier, afin non seulement de prévenir des détournements à des fins privées, mais aussi de s'assurer que leur utilisation respecte l'autorisation budgétaire et donne lieu à la bonne gestion⁴.

Les finances publiques conditionnent la démocratisation, le progrès social⁵, la stabilité et la viabilité des Etats. Elles sont également la préoccupation des pouvoirs publics camerounais dont le pays a accédé à la souveraineté internationale il y a une soixantaine d'années seulement. A cet égard, il faut dire de prime à bord que « *ce qui serait fortuit sous d'autres cieux devient majeur pour un pays comme le Cameroun qui foule à peine le sol de la démocratie* »⁶. L'accession à son indépendance a été concomitante à la mise en place d'institutions politiques et économiques basées sur la création d'un État puissant construit sous domination du pouvoir exécutif⁷. L'instauration

¹ G-M. PEKASSA NDAM, « La dialectique du responsable de programme en finances publiques camerounaises : recherche sur les nouveaux acteurs budgétaires », in Nicaise MEDE (contributions réunies par), *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, L'Harmattan-Sénégal, 2019, p. 303.

² M. BOUVIER, « Nouvelle gouvernance financière publique durable et la conduite de la réforme budgétaire dans les pays en développement », *RFFP*, n°98, juin 2007, pp. 160-161.

³ Lire à ce sujet S. FLIZOT, « les relations entre les institutions supérieures des contrôles financiers et les pouvoirs publics dans les pays de l'Union Européenne », Paris, LGDJ, 2003, pp. 195-247.

⁴ Voir A. BARILARI, *les contrôles financiers, comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*, LGDJ, Paris, *Coll. Systèmes finances publiques*, 2003, p.11.

⁵ R. MBALLA OWONA, « Le citoyen et le renouvellement du droit constitutionnel en Afrique », in M. ONDOA et P-E. ABANE ENGOLO, (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, L'Harmattan, Cameroun, 2017, p. 133.

⁶ O. TOGOLO, « Le contrôle politique des finances publiques au Cameroun », *RASJ*, vol. 1. n°3, 2003, p. 123.

⁷ J-M. MEKONGO, *les retenues à la source dans le système fiscal du Cameroun*, Thèse de doctorat, Paris 1 Panthéon Sorbonne, Presses Universitaires Libres, septembre 2009, p.243.

d'un système de contrôle efficace a permis la mise sur pied des techniques diverses de contrôle des finances publiques⁸. Le contrôle de la régularité ou de la conformité se présente comme l'examen du respect des règles, c'est-à-dire des lois et règlements à caractère budgétaire ou comptable⁹. L'évaluation des politiques publiques a pour objectif principal de déboucher sur une appréciation, des préconisations au terme d'une démarche ambitieuse et rigoureuse destinée à mieux comprendre l'action publique¹⁰. Il faut aussi noter que la sphère financière du Cameroun est longtemps restée régie par un texte d'une cinquantaine d'années et qui résistait mal aux « nombreuses réformes¹¹ » qui le caractérisaient. L'ordonnance n° 62-OF-4 du 7 février 1962 réglant le mode de présentation, les conditions d'exécution du budget de la République Fédérale du Cameroun, de ses recettes, de ses dépenses et de toutes les opérations s'y attachant. L'apport de cette ordonnance n'était plus adapté à un environnement désormais donné par les exigences de bonne gouvernance et donc de performance.

Depuis la fin de l'année 2007, les pouvoirs publics se sont engagés dans un processus de réforme de deuxième génération, avec comme pierre angulaire, le Nouveau Régime Financier de l'État (NRFE) promulgué le 26 décembre 2007 et qui pose les fondements juridiques d'une gestion financière publique responsabilisant, transparente et axée sur les résultats. Pour rendre cette réforme effective, un ensemble d'actions complémentaires couvrant la période 2010-2015 et articulé autour du Plan de Modernisation des Finances Publiques (PMFP) a été élaboré en fin 2009 et destiné à étendre la modernisation des finances publiques aux dimensions non incluses dans le Nouveau Régime Financier de l'Etat. La réforme introduit des notions de gestion résolument modernes, notamment à travers les concepts de fonctions, de programmes, d'actions, d'objectifs. Ainsi relevé, le sujet qui nous interpelle est intitulé : « *la consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques en droit camerounais* ».

Cerner et saisir la présente étude nous oblige à nous acquitter d'un préalable d'ordre épistémologique. Il s'agit de la clarification des termes suivants : consolidation, contrôle administratif, Etat, et finances publiques de l'Etat. La consolidation est le fait de rendre plus solide,

⁸ Lire à ce sujet M. PANA, *La liberté des CTD au Cameroun. Contribution à l'étude de la démocratie locale* Thèse de Doctorat *Ph D* en droit public, Université de Douala, Cameroun, juillet 2020, p.183.

⁹ S-T. BILOUNGA, *Finances publiques camerounaises. Budgets- Impôts- Douanes- Comptabilité publique*, Paris, L'Harmattan, coll. Finances publiques, 2020, pp. 219-253.

¹⁰ Rapport de la délégation à la planification du SENAT Français pour le contrôle du budget de l'Etat, 2003. p. 199.

¹¹ Lire à ce propos B. GOUDEM LAMENE, « Les comptables publics dans le nouveau régime financier de l'État au Cameroun », in Magloire ONDOA (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, L'Harmattan,-Cameroun, 2010, p. 21.

de se consolider, d'être consolidé. Il vient du verbe consolider, qui veut dire rendre plus ferme, renforcer une situation donnée. Le dictionnaire Larousse définit le contrôle comme la vérification attentive et minutieuse de la régularité d'un acte, de la validité d'une pièce. Pour le juriste, c'est la vérification d'un élément réel, répondant aux critères de qualité ou de régularité. En droit administratif, la notion de contrôle n'a pas toujours été précisée. Selon le Professeur LEVY « *le contrôle est le rapprochement d'une activité de l'administration, telle qu'elle a été ou sera avec ce qu'elle doit être par rapport à une norme donnée* »¹². En finances publiques, le contrôle évoque, selon le Professeur FABRE « *l'idée de vérification, c'est-à-dire le fait de s'assurer qu'une chose est bien telle qu'on la déclare* »¹³. Le contrôle peut aussi être défini comme l'ensemble des opérations consistant, au sens large, à vérifier, inspecter, surveiller l'utilisation des deniers publics en assurant notamment de la conformité des actes de gestion aux lois et règlements en vigueur. Le contrôle administratif quant à lui désigne selon le législateur dans le nouveau régime financier de l'Etat « *un contrôle de régularité et de performance ainsi que des missions d'audit de la gestion des administrations publiques, des entreprises publiques, des établissements publics, ainsi que des entités privées ayant reçu une subvention, un aval ou une caution de l'Etat ou de toute autre personne morale de droit public, sont menés par les services spécialisés compétents de l'exécutif* »¹⁴. Selon le décret fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques, « *le contrôle administratif est une activité permettant aux services spécialisés du pouvoir exécutif de s'assurer du respect de la régularité des opérations budgétaires, financières et du patrimoine de l'Etat, d'évaluer la performance des administrations et de prévenir les risques de toute nature* »¹⁵. L'Etat au sens sociologique du terme est « *un ensemble constitué d'une population, d'un territoire et d'un gouvernement* »¹⁶. Au sens juridique, l'Etat est « *une personne morale de droit public titulaire de la souveraineté. Il est considéré comme la personnification juridique de la nation* »¹⁷. Dans un sens plus étroit et concret, l'Etat est « *un ensemble des pouvoirs*

¹² D. LEVY, *Aspects généraux du contrôle administratif du budget de l'Etat*, in *Traité de science administrative*, Paris, Mouton & Co, 1966, p. 695.

¹³ J-F. FABRE, *Le Contrôle des finances publiques*, Paris, PUF, 1968, p. 30.

¹⁴ Article 73 de la loi du 26 décembre 2007 portant Régime Financier de l'Etat.

¹⁵ Article 2, du décret n°2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques au Cameroun.

¹⁶ R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2006, 16^{ème} édition, p.255.

¹⁷ R. GUILLIEN, V-J. INCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, *ibid.*

publics, des organes politiques et des gouvernants par opposition aux gouvernés (citoyens) »¹⁸. Les finances publiques de l'Etat sont une discipline scientifique dont l'objet est l'évaluation des prélèvements sur la richesse et des dépenses publiques, mesurables en unités monétaires. Elles désignent également l'étude des règles et opérations relatives aux deniers publics. Les finances publiques constituent un levier important de croissance économique, et partant du développement économique et social. En effet, la dépense publique devient un des instruments privilégiés de l'économie concertée et elle permet de financer des objectifs de développement. L'annualité, la spécialité, l'unité et l'universalité sont les quatre grands principes budgétaires classiques. Le budget de l'Etat est l'ensemble des documents votés par le parlement, qui prévoient et autorisent les ressources et les charges de l'Etat pour chaque année. La loi de 2007 affirme que « le budget de l'Etat décrit les ressources et les charges de l'Etat autorisées par la loi de finances sous forme de recettes et de dépenses dans le cadre d'un exercice budgétaire »¹⁹. L'exécution du budget de l'Etat revient à la connaissance et à la maîtrise des principes et procédures qui régissent les opérations d'élaboration budgétaire depuis la préparation jusqu'à son adoption par l'instance législative²⁰. Selon Le Petit Larousse l'exécution signifie l'action de d'exécuter, de réaliser une tâche donnée. Cameroun. Ces codifications ont donc vocation à déterminer et à régir l'ensemble des règles relatives au raffermissement du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques au Cameroun. Elles sont d'ailleurs à droit constant et à droit nouveau parce qu'elles abrogent les dispositions antérieures contraires au sujet étudié pour s'occuper de celles qui participent à la logique de résultats, donc du budget programme.

Ainsi, il est judicieux de dire que la budgétisation par programme s'affirme au Cameroun depuis l'introduction de la loi du 26 décembre 2007²¹ portant régime financier de l'Etat. Il faut aussi reconnaître la promulgation de la loi du 05 décembre 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics et des entreprises d'Etat, celle du 03 février 1977 fixant les attributions et l'organisation des contrôleurs financiers de l'Etat, le décret du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques, celle du 10 juillet 2009 portant régime financier des Collectivités Territoriales Décentralisées, ainsi que

¹⁸ Ch. DEBBASCH, J. BOURDON, J-M. PONTIER, J-C. RICCI, *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 2001, 7^{ème} édition, p. 160.

¹⁹ Article 5 de la loi du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat, *op.*, *cit.*

²⁰ S-T. BILOUNGA, *Finances publiques camerounaises. Budgets – Impôts – Douanes - Comptabilité publique*, *op. cit.*, p. 229.

²¹ Article 2 alinéa 1 de la loi du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat.

celle du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques. Une fois, le premier texte affirme que « *le budget présente l'ensemble des programmes concourant au développement économique, social, sanitaire, éducatif, culturel de la Collectivité Territoriale* »²², il y a lieu d'émettre une réserve au vu de quelques dispositions qui évoquent au passage les concepts de programme, la tendance globale est la quasi ignorance des mécanismes de la budgétisation par programme et conséquemment l'impression de la logique de la budgétisation de moyen. Le second quant à lui, en élargissant son champ d'action à toutes entités politiques que l'État à l'instar des autres entités publiques, reconduit des dispositions qui ne sont propres qu'à l'État mais aussi et surtout celles qui sont inapplicables par les entités infra étatiques.

Pourtant, depuis la promulgation de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'État et celle du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques, il y a une sorte de mécanismes de raffermissement du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'État qui conduit à la logique de la budgétisation par programme. La technique amène à penser à un renforcement du corps de règles relatives au domaine des finances publiques²³. Dès lors, la nécessité du problème détecté conduit à opter pour la question suivante : ***quels sont les moyens de consolidation du contrôle administratif des finances publiques en droit camerounais ?*** Cette question n'est pas innocente. Elle révèle un intérêt certainement théorico pratique.

Au plan théorique, la question n'est pas anodine aux jeux et aux enjeux de la codification du droit des finances publiques. Il s'agit ici de consolider les acquis et de se projeter dans les perspectives du renforcement de la lutte contre de multiples atteintes aux deniers publics²⁴. Il s'agit enfin de soupeser la portée de la codification nouvelle à la faveur des lois applicables au droit public financier de l'Etat qui permet de déceler les fraudes fiscales et de s'assurer de la conformité des opérations budgétaires²⁵. Il faut donc noter que la tendance récurrente semble s'appesantir sur

²² Article 386 du Code Général des Collectivités Territoriales Décentralisées du 24 décembre 2019 au Cameroun.

²³ M. BOUVIER, « Au-delà de la LOLF : une réforme de l'Etat, un nouveau contrat social », Colloque de la Fondation Res publica, Finances publiques et pérennité de l'Etat, lundi 24 avril 2006. Dans le même ordre d'idée, lire utilement : M. LEROY, « Paradigme démocratique et réforme des finances publiques », in J-L. ALBERT (dir.), *Mélange en l'honneur de Jean-Pierre LASSAK, Gabriel MONTAGNIER et Luc SAIDJ. Figures lyonnaises des finances publiques*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 215-229.

²⁴ M. BOUVIER, « La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post-moderne », *RFFP*, spécial n°100, *Nouvelle gouvernance financière publique. Grands enjeux de demain*, novembre 2007, p. 87.

²⁵ T. LAMBERT, « Droit public financier et droit fiscal : une famille à recomposer ? », *RFFP*, n°133, 1^{er} février 2016, p.113.

le contrôle interne qui relève du principe de la « méfiance » à l'égard des gestionnaires publics²⁶. Ce contrôle est exercé sous l'autorité du Ministre des Finances ou par des corps d'inspection spécialisés.

Au plan pratique, la question n'est pas fortuite, elle se pose dans un contexte où la consolidation du contrôle des finances publiques au Cameroun s'avère nécessaire²⁷. Cette étude est un levier entre les mains des autorités étatiques, les experts des finances publiques afin de mieux vérifier et contrôler l'utilisation des fonds publics destinés au développement économique, social et culturel de la nation. La promulgation de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 introduit la modernisation la plus significative des outils de pilotage destinés à donner à nos finances publiques une plus grande légitimité et répond à cet effet au souci d'amélioration de la gouvernance financière tout en instaurant une nouvelle culture managériale. Cette loi considérée comme « *la nouvelle constitution financière de l'Etat* »²⁸ entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013 promeut une lisibilité et une flexibilité du budget de l'Etat et renforce les mécanismes de contrôle administratif²⁹.

En toute hypothèse, une analyse profonde de la question s'adossera sur la méthode juridique. Il s'agit d'opter pour le positivisme exégétique tel que théorisé par Hans Kelsen. Par conséquent, le raffermissement du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat sera analysé à l'aune des dispositions normatives régissant la consolidation des mécanismes du contrôle administratif du budget de l'Etat au Cameroun. Le Cameroun constitue le cadre géographique par excellence de la présente étude. Un tel cadre s'explique prioritairement par le lien de nationalité qui associe l'auteur de cette recherche à cet Etat. De manière subsidiaire, il sera fait référence aux droits étrangers tels la France et de certains Etats d'Afrique noire francophone. Dans le respect de ces protocoles d'élaboration de la connaissance scientifique, l'on s'attachera à démontrer que la consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques au Cameroun passe par le réaménagement du cadre structurel (I) et le raffermissement du cadre fonctionnel du contrôle administratif (II).

²⁶ J. BUISSON, « Le grand désordre des qualifications fiscales », in *Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP*, Paris, Economica, 2005, p. 309.

²⁷ J. GROSCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, Paris, Dalloz, 2017, 11^{ème} édition, p. 183.

²⁸ R. EVINA OBAM, *La politique fiscale du Cameroun : étude sur l'exercice de la compétence fiscale des Etats depuis la décennie 1980*, thèse de doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 201.

²⁹ R. EVINA OBAM, *ibid.*

I- Le réaménagement du cadre structurel du contrôle administratif

La promulgation de la loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat apporte des avancées significatives dans l'environnement juridique des finances publiques camerounaises. Cette loi introduit également une nouvelle philosophie dans la conception et la gestion des finances publiques. Dans le souci de moderniser son système de contrôle, les pouvoirs publics camerounais doivent impérativement revoir leurs mécanismes de contrôle, ceci en passant par la reconsidération des mécanismes classiques (A) d'une part et l'intensification des mécanismes spécifiques du contrôle tels que prévus par le Nouveau Régime Financier de l'État d'autre part (B).

A- La reconsidération des mécanismes classiques du contrôle administratif

Le décret n°2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques dispose en son article 2 que « *le contrôle de régularité est une activité permettant de s'assurer de la conformité des opérations budgétaires, financières et de gestion du patrimoine de l'État aux lois et règlements en vigueur* »³⁰. Bien plus, l'article 9 du même décret affirme que « *le contrôle de régularité porte sur les recettes, les dépenses et les patrimoines* »³¹. Au regard de ces dispositions, il est loisible de comprendre l'évanescence des mécanismes traditionnels (1) et la condescence des mécanismes additionnels du contrôle administratif (2) de l'exécution du budget de l'Etat au Cameroun.

1- L'évanescence des mécanismes traditionnels

L'évanescence des mécanismes traditionnels vise la vérification et l'application des règles et principes afin de détecter les éventuels manquements qui seront corrigés et sanctionnés³². Au Cameroun, ce contrôle s'effectue soit par des méthodes de conformité, soit par des règles de l'effectivité³³. La conformité s'opère par le contrôle des pièces justificatives et le contrôle des règles et principes. S'agissant du contrôle des pièces justificatives, le contrôle de la dépense publique s'effectue à priori lors de l'exécution administrative et comptable de la dépense publique avec les différentes phases qui justifient soit l'engagement soit l'ordonnancement de la dépense et non la juridicité de la dépense. Au niveau de l'engagement de la dépense, le contrôleur financier

³⁰ Article 2 du décret n°2013/159 du 15 mai 2013, fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques

³¹ Article 9 du même décret, *ibid.*

³² A. BARILARI, M. BOUVIER, *La nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, Paris, LGDJ, coll. « *systèmes finances publiques* », 2004, p. 101.

³³ M-C. ESCLASSAN, « Un système international... », *op ; cit.* p. 32.

s'assure non de la régularité du dossier, de l'accréditation du gestionnaire de crédit, mais aussi et surtout des pièces justificatives de l'engagement, à l'instar du bon d'engagement. Ainsi, il faut d'ors et déjà signaler que dans certains pays, l'on retrouve des visas d'engagement de la dépense publique qui sont des pièces maitresses sur lesquelles porte le contrôle financier. Toutefois, pour ce qui est de l'ordonnancement, le payeur général du trésor procède à un contrôle de régularité du fait de la vérification par exemple de la disponibilité des crédits, de l'assignation de la dépense publique. Son contrôle porte surtout sur l'existence de certaines pièces justificatives précise à l'instar du visa du contrôleur financier. À la phase du paiement, en principe, le contrôle préalable au paiement proprement dit est tout de même un contrôle de pièces³⁴, le comptable ne s'attendant qu'à vérifier les pièces sanctionnant le passage dans les étapes précédentes d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement. Il assure par ailleurs des pièces d'identité du créancier de l'État³⁵. C'est la raison pour laquelle on dit que le contrôle a priori de la dépense publique est un contrôle sur pièces. Concernant le contrôle des règles et principes, c'est un exercice qui consiste à vérifier l'exacte application des différents instruments juridiques qui régissent les finances publiques en générale et la dépense publique en particulier. Il s'agit notamment des lois, des règlements et éventuellement de la Constitution³⁶ ou des conventions intégrées dans l'ordre juridique financier interne. Malgré le dysfonctionnement pratique propre à la procédure camerounaise de contrôle de la dépense publique lié au contrôle de la mise en relief des formalités³⁷, il s'agit d'un moment propice où les contrôleurs s'assurent du respect par les principaux intervenant du circuit de la dépense publique de l'autorisation budgétaire accordée par le parlement même si celle-ci n'a qu'une valeur d'habilité et non impérative³⁸. En d'autres termes, l'ordonnateur de crédit jouit du pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la dépense publique autorisée par le parlement mais sans toutefois signaler par l'autorisation budgétaire³⁹. Le contrôle de conformité est l'occasion de la vérification du respect des tous principes du Droit public financier afférant à la dépense publique.

³⁴ A. BOEHLER, *Les rôles respectifs des ordonnateurs et des comptables*, Thèse de doctorat en droit public, Paris I, Panthéon-Assas, 1981, p.29.

³⁵ M. BOUVIER, « La question de l'impôt idéal », in *Archives de philosophie du droit*, tome 46, L'impôt, Paris, Dalloz, 2002, p. 22.

³⁶ L. PHILIP, « Le droit constitutionnel des finances publiques », RFFP, n°7, 1984, p.202. Lire utilement : « Le contrôle de constitutionnalité des lois des finances en France », RFFP, n°63, 1999, p. 159.

³⁷ R. MUZELLE, « Diagnostic du système financier camerounais », in *La réforme du cadre juridique pour une meilleure gestion des finances publiques au Cameroun*, Yaoundé, 2001, p.31.

³⁸ M. CONNAN, *La non obligation de dépenser*, Thèse de doctorat de droit public, Paris I, 2004, p. 31.

³⁹ P-M. GAUDEMET, J. MOLINER, *Finances publiques, budget et trésor*, tom. I. Montchrestien, 1996, 7^{ème} édition, p.432.

Il s'agit en effet des principes de l'universalité⁴⁰, de l'unité⁴¹, de l'équilibre⁴², de la spécialité⁴³ et de l'annualité⁴⁴. Pour ce qui est des recettes, le contrôle de régularité en vertu de l'article 10 du même décret porte sur l'autorisation de percevoir les recettes ; la liquidation des droits ; l'émission et l'annulation des titres et le recouvrement des recettes ordonnancées. L'effectivité du contrôle de régularité s'accomplit par le contrôle de l'équivalence entre les prestations et les sommes à payer et le contrôle du respect des standards qualitatifs et quantitatifs. S'agissant du contrôle de l'effectivité entre les prestations et les sommes à payer, l'objectif recherché n'est ni d'appauvrir l'argent qui rend service à l'État, ni l'État qui bénéficie des prestations et paie la créance ainsi générée. Ainsi donc, contrôler l'effectivité d'une dépense revient à s'assurer tout d'abord que les prestations réalisées sont équivalentes aux sommes que l'on s'apprête à sortir des caisses de la personne publique. Autrement dit, il s'agit de certifier le rapport d'équivalence qui unit la nature de l'ouvrage ou du service rendu à la quantité ou au montant des crédits à sortir de la fortune publique. Les sommes et les prestations doivent en effet équivalentes afin qu'aucune de deux parties ne soit l'aisée. Il faut cependant relever que dans le cadre du contrôle d'effectivité, l'établissement d'une mercuriale des prix est une utilité capitale pour les contrôleurs qui doivent se rassurer à base de ce document que le prix fixé par la personne qui rend service à l'État ou qui réalise la prestation est celui qui a été fixé par les instances habilités à déterminer les prix des prestations de l'État. Ce contrôle doit tout de même satisfaire aux exigences de qualités des

⁴⁰Le principe de l'universalité est prévu à l'article 5 (1), (2), (3), et (4) de la loi du 26 décembre 2007 en ces termes : « Le budget décrit les ressources et charges de l'Etat autorisées par la loi de finances, sous de recettes et de dépenses dans le cadre d'un exercice budgétaire. L'ensemble de recettes assure l'exécution de l'ensemble de dépense. Dans le budget de l'Etat, il est fait recette du montant intégral des produits, sans contraction entre les recettes et les dépenses ».

⁴¹Le principe de l'unité est prévu par l'article 5(1) (5) de la même loi en ces termes : « Le budget décrit les charges et les ressources de l'Etat autorisées la loi de finances, sous forme de recettes et de dépenses dans le cadre d'un exercice budgétaire. Toutes les recettes et toutes les dépenses sont retracées dans un document unique appelé le budget général ».

⁴²Le principe de l'équilibre est prévu à l'article 2 (1) en ces termes : « La loi de finances prévoit et autorise chaque année l'ensemble de ressources et de charges de l'Etat en déterminant leur nature, le montant, leur affectation et en fixant leur équilibre, dans les conditions et sous les réserves prévues par la présente loi ».

⁴³ Le principe de spécialité est prévu aux articles 2(1) et 10(1) et (2) dans la présente loi en ces termes : « La loi de finances prévoit et autorise chaque année l'ensemble de ressources et de charges de l'Etat en déterminant leur nature, leur montant, leur affectation... Les crédits sont repartis par chapitre et par paragraphe. Ils sont mis à disposition par article ».

⁴⁴ Le principe de l'annualité quant à lui « est un principe classique de finances publiques selon lequel le budget de l'Etat est voté et exécuté dans le cadre d'une année civile. Le cadre de l'année, s'il permet au législateur d'exercer régulièrement son pouvoir de contrôle, est apparu trop rigide. Des assouplissements y ont été apportés ; d'une part, la loi de finances de l'année peut être modifiée par des lois de finances rectificatives ; d'autre part, la distinction entre les autorisations de programme et les crédits de paiement permet un engagement financier de l'Etat sur plusieurs années. En France, une profonde réforme de ce principe est à l'étude.

services rendus⁴⁵. Pour ce qui est du respect des standards qualitatifs, le contrôle d'effectivité vise également à s'assurer que les prestations ont matériellement et physiquement réalisées dans les règles de l'art, c'est-à-dire en respectant minutieusement les critères et standards qualitatifs inhérent à la réalisation des services rendus à l'État⁴⁶. Cela dit, les contrôleurs attester que le service rendu a été exécuté tel qu'il a dû l'être du point de vue qualitatif. Ainsi, pour ce qui est des travaux financés sur budget de l'État, les chantiers achevés et livrés doivent être conformes aux exigences des standards qualitatifs. Toutefois, en application des dispositions de la circulaire n° 004/CAB/PM du 13 juin relative à la maîtrise d'ouvrage, à la maîtrise d'œuvre et au contrôle de l'exécution de la construction, de la réhabilitation et l'entretien des bâtiments publics. Dans le cas d'espèces, l'on peut recourir aux services locaux qui assurent le contrôle technique du chantier. Ainsi, la qualité des ouvrages, les avis techniques de l'ingénieur font foi jusqu'à preuve du contraire et, dans ce cas, l'on peut faire appel à un service technique de l'administration. Cette évaluation revêt un intérêt capital dans le combat contre les ouvrages mal réalisés de l'État qui ont pour effet négatif non seulement d'appauvrir l'État qui est en permanence dans l'entretien et la réhabilitation continue des ouvrages de ce genre, mais aussi de compromettre la vie des citoyens. Il n'est pas ennuyeux de rappeler encore que le contrôle de la régularité substantielle ou contrôle d'effectivité est en effet non seulement un d'équivalence entre la prestation rendu à l'État et le montant de la dépense publique à payer, mais également un contrôle du respect du standard qualitatif qui respectent les règles de l'art. il s'agit en fait d'un contrôle complémentaire à celui de la régularité formelle avec lequel la maîtrise de la dépense publique peut être assurée. Ils ont donc substantiellement dans leur finalité. Le budget de l'État se décrit en recette et en dépense, il sied maintenant de s'appesantir sur la pertinence du contrôle de régularité des recettes et du patrimoine de l'État.

S'agissant de la pertinence du contrôle administratif des finances publiques, elle implique un contrôle de régularité et de performance ainsi que des missions d'audit de la gestion des administrations publiques, des entreprises publiques, des établissements publics, ainsi que des entités privées ayant reçu une subvention, un aval ou une caution de l'Etat ou de toute autre

⁴⁵M. KAMTO, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 213 : « *Ce dérapage des finances publiques s'est transformé en une crise de défiance, en l'occurrence un manque de confiance des marchés financiers internationaux à l'égard des dettes souveraines* ».

⁴⁶G-M. PEKASSA NDAM, « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publiques au Cameroun », in Magloire ONDOA et P-E ABANE ENGOLO (dir.), *les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 165.

personne morale de droit public, sont menés par les services compétents de l'Exécutif⁴⁷.

Aux termes de l'article 9 du décret n°2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques « le contrôle de régularité porte sur les recettes, les dépenses et le patrimoine »⁴⁸.

Page | 236

S'agissant des recettes, le contrôle de régularité en vertu de l'article 10 du même décret n°2013/159 du 15 mai 2013 porte sur l'autorisation de percevoir les recettes ; la liquidation des droits ; l'émission et l'annulation des titres ; le recouvrement des recettes ordonnancées⁴⁹. Ce contrôle de régularité des recettes permet aux services spécialisés du pouvoir exécutif de s'assurer du respect de la régularité des opérations budgétaires, financières et du patrimoine de l'Etat aux lois et règlements en vigueur. C'est pour cette raison que cette opération s'adosse inéluctablement sur l'ensemble des opérations et des actes juridiques et comptables ayant une incidence économique et financier sur le budget de l'Etat ou des autres organismes tels que prévus à l'article 1^{er} du même décret de 2013⁵⁰.

Concernant le patrimoine, le contrôle de régularité en vertu de l'article 12 du même décret de 2013 opte pour l'acquisition et la prise en charge des biens et services ; l'affectation des biens et services ; les conditions de conservation et de maintien des actifs dans le patrimoine ; les conditions de cession, de réforme ou d'aliénation des biens publics ; la conservation des droits, privilèges et hypothèques sur immobilisations corporelles et incorporelles ; la prise en charge à inventaire des actifs financiers et non-financiers acquis⁵¹.

2- La concrescence des mécanismes additionnels

La concrescence des mécanismes additionnels vise l'accroissement des méthodes et modalités qui promeuvent et renforcent le contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat au Cameroun. Il s'agit d'analyser ici la reconsidération du contrôle de régularité formelle et de l'introduction du contrôle de performance dans notre système.

Le contrôle de régularité doit évoluer et s'adapter au nouveau texte portant régime financier de l'État. Ainsi, la loi fixant les attributions, et l'organisation des contrôles financiers du 3 février 1977 et reformuler celle relative à l'apurement des comptes date du 5 novembre 1978. Ces lois ne

⁴⁷ Article 73, loi n°2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat, *op. cit.*

⁴⁸ Article 9 du décret n°2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques.

⁴⁹ Article 10, du même décret de 2013, *ibid.*

⁵⁰ Article 1^{er}, *ibid.*

⁵¹ Article 12, *ibid.*

rimement plus avec le contexte actuel et méritent des retouches. Les contrôles financiers qui sont en principe des contrôles de conformité à l'autorisation budgétaire doivent être transformés dans la mesure où le cadre de leur exécution a profondément changé. Les autorisations budgétaires n'étant plus effectuées en fonction de la nature des dépenses mais en fonction de la finalité des politiques publiques, il nous semble opportun, dans cette configuration, que les contrôles des engagements deviennent plus limités.

Le cas de la France est plus expressif avec le décret du 27 novembre 2012 sur les contrôles financiers et comptables. Dans ce pays, le contrôle financier revêt désormais deux formes : Le visa annuel du document de programmation budgétaire qui porte sur l'exactitude des projets de répartition des emplois de chaque ministère et de répartition des crédits de chaque programme entre les services de l'État ainsi que sur la cohérence des emplois alloués et de crédits de personnel correspondant pour chaque programme. Il porte également sur les conditions de présentation des documents prévisionnels de gestion et du suivi de l'exécution budgétaire établis par les gestionnaires.

L'examen critique des projets d'actes de dépenses au regard de son imputation, de la disponibilité des crédits et l'emploi, de l'exactitude de l'évaluation selon les lois fixées par arrêté, le visa ou l'avis ne pouvant être refusé pour un motif de légalité⁵².

Au Cameroun, la pratique des contrôles financiers doit quitter le contrôle exhaustif et de régularité des actes et se recentrer sur le **contrôle budgétaire** proprement dit. Il s'agit de se tourner désormais vers un contrôle en amont de la « *soutenabilité budgétaire* »⁵³, à travers un visa sur la globalité des enveloppes budgétaires allouées aux gestionnaires, et de vérifier le caractère sincère des prévisions de dépenses et d'emplois, ainsi que leur comptabilité en tenant compte de la programmation pluriannuelle. Le contrôle budgétaire est davantage censé prévenir les risques et s'assurer de la faisabilité des engagements juridiques au regard de la programmation. À cet effet, le contrôleur financier Amené à adapter ses contrôles soit par des visas, soit par des avis et ce, en fonction des enjeux budgétaires à travers la fixation d'un seuil des dépenses⁵⁴. Il se transformera

⁵² A. BARALARI, M. BOUVIER, LA LOLF et La Nouvelle Gouvernance Financière de l'État, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2007, pp 124-125.

⁵³ M. BOUVIER, « La surveillance multilatérale internationale des finances publiques et pouvoir politique », in *processus budgétaire vers un nouveau rôle du parlement français*, Actes colloque du Sénat, 24-25 janvier 2001, Paris, p. 135.

⁵⁴ F. MORDACK, Répartition de la fonction de contrôle de la dépense, in « Gouvernance des finances publiques dans le monde », sous la direction de M. BOUVIER, P 263.

ainsi en un « *véritable artisan de la régulation budgétaire* », et sa mission consistera à faciliter le gel des crédits en atténuant la mise en œuvre des textes d'annulation ou de réaffectation lorsque les circonstances l'exigent. Quant aux comptables publics, l'objectif qu'impose la nouvelle gestion publique doit les amener à tendre vers l'instauration d'un contrôle hiérarchisé et partenarial de la dépense ; son avantage étant d'éviter les gaspillages de temps et d'énergie en proportionnant leur contrôle en fonction des risques et des enjeux. L'introduction au Cameroun d'une gestion publique fondée sur la performance revêt un intérêt particulier : elle permet à ce dernier de marquer une empreinte vers la modernité, rejoignant ainsi des États ayant trouvé nécessaire de se démettre de la culture de gestion basée sur la régularité. Le premier moment de cette introduction consiste en la transformation profonde de la gestion des finances publiques et même de l'État en général. En effet, fondé au préalable sur la régularité, notre système de gestion des finances publiques était fondé sur la régularité. Autrement dit, les organes de contrôle recherchaient uniquement l'exacte application d'une réglementation financière générale et impersonnelle. Malgré certains mérites, ce système de gestion a assis une logique des moyens dans nos finances publiques. Par l'introduction de la performance, le système de gestion camerounais adopte une logique de résultats. Désormais, il faut produire de bons résultats en initiant le moindre projet de dépense ; d'où l'affirmation de Bernard ABATE : « *à la gestion fondée sur la régularité des actes qui débouche à une obligation de moyens, on a substitué une gestion de la performance qui débouche sur une obligation des résultats* ». L'État doit consentir une évolution consistant à favoriser l'avènement d'un modèle de gestion enclin à la pratique des entreprises privées, pour remplacer le système bureaucratique de type wébérien ayant montré ses limites⁵⁵. Cette réforme des méthodes porte sur l'allègement du contrôle a priori que sur celle a posteriori. La transformation des contrôles a priori n'a pour effet de faire disparaître le contrôle de régularité. Conséquence de la mise en œuvre de la nouvelle gestion publique, elle tend à responsabiliser les gestionnaires en allégeant l'ensemble des contrôles a priori. Les acteurs de contrôle (le contrôleur financier et le comptable) verront leurs rôles évoluer. Pour la rénovation de la fonction du comptable public, il faut d'ors et déjà signaler que l'institutionnalisation des budgets programmes va considérablement transformer le rôle du comptable public en le faisant évoluer vers une procédure de contrôle concerté entre le comptable public et l'ordonnateur. Il ne s'agira plus pour ce dernier de procéder à un contrôle systématique mais à un contrôle part et modulé en fonction des enjeux financiers et des risques.

⁵⁵ S-T. BILOUNGA, op. cit., pp 371-372

Le contrôle allégé partenarial du comptable public, dans le contexte de la France, vise à responsabiliser l'ensemble des intervenants de la chaîne de la dépense plus particulièrement l'ordonnateur qui, grâce à la liberté qui lui est reconnue par la fongibilité des crédits, doit participer au bon déroulement des contrôles comptables. Le contrôle partenarial⁵⁶ instaure un nouveau cadre de relation entre l'ordonnateur, le gestionnaire et le comptable, cette relation étant fondée sur la confiance⁵⁷. Le contrôle allégé partenarial⁵⁸ est le complément nécessaire du contrôle hiérarchisé de la dépense qui se fonde sur un contrôle sélectif organisé autour des enjeux de la dépense et proportionné en fonction des risques⁵⁹. Le contrôle partenarial sera basé sur un véritable partenariat entre le comptable et l'ordonnateur, une convention entre les deux pourra être passée, laquelle permettra au comptable public d'indiquer à l'ordonnateur les opérations sur lesquelles porteront les contrôles. Pour implémenter ce nouveau type de contrôle, l'administration des finances devrait élaborer un référentiel comptable interne et un cahier de procédure qui puisse décrire l'organisation des tâches, les circuits, les méthodes de travail et les contrôles à mettre en place auprès des services de l'ordonnateur et du gestionnaire⁶⁰. Ainsi, la mise en œuvre de la nouvelle gouvernance financière impose aux États le passage à une comptabilité générale reposant sur les droits constatés qui permettent de refléter fidèlement la situation patrimoniale de l'État. Au Cameroun, le ministre des finances organise, avec l'appui de l'Union Européenne (UE). Ce n'est qu'après l'élaboration de ce document qu'un contrôle partenarial pourra être envisageable. À cet effet, le comptable public, lors de ses vérifications, devra s'assurer que les services de l'ordonnateur respectent les normes comptables et les procédures, et surtout, il devrait juger de la pertinence de cette norme quant à la sécurisation des systèmes d'informations.

À côté du contrôle partenarial, le renouveau comptable impose la mise en œuvre d'un contrôle hiérarchisé de la dépense. Il vise à moduler le contrôle du comptable public proportionnellement aux enjeux financiers et/ou de la qualité de la gestion de l'ordonnateur. À cet effet, le contrôle de régularité du comptable public devient un contrôle de la régularité des

⁵⁶ F. BRENET et F. MELLERAY, Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats administratifs, Paris, Litec, 2005, p.119.

⁵⁷ E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2011, p.219.

⁵⁸ P. LIGNERES, A. MENEMENIS, « Débats sur les contrats de partenariat », (Entretien), DA, n°11, 1^{er} semestre 2004, p.10.

⁵⁹ G. MOYUM KEMGNI, « La nouvelle gouvernance financière au Cameroun », *RASJ*, Vol. 6, N° 2, 2011, p 314.

⁶⁰ N. MORIN, « La nouvelle comptabilité de l'État, une dynamique partagée au service de la gestion publique », *RFFP*, n° 93,2006, p 29.

procédures. La modulation du contrôle hiérarchisé est liée au moment de son intervention a priori ou a posteriori, à son champ d'application exhaustif ou par sondage et, enfin à sa portée ou son intensité. En combinant les trois éventualités, il sera utile au comptable d'exercer un véritable contrôle sur la gestion de l'ordonnateur.

Pour la transformation de la fonction du contrôleur financier, il faut également dire que la liberté reconnue aux gestionnaires de crédits par fongibilité allège le contrôle du contrôleur financier qui devient moins systématique. Ainsi, «le contrôle financier est désormais comme le contrôle hiérarchisé des dépenses, opéré par le comptable public, rationalisé en fonction des enjeux et de la nature des actes en cause»⁶¹. Dans le cadre français, il appartient au ministre des finances, par arrêté, de dresser une liste de projets d'actes de dépenses pour les visas et les avis préalables sur les engagements et les ordonnancements de paiements pour chaque ministère est nécessaire. Pour les autres actes, le contrôleur financier procédera à un audit a posteriori, pour évaluer la qualité de la gestion et le respect des procédures. Il s'agit du visa du document annuel de programmation budgétaire et de l'examen des projets d'actes de dépenses⁶².

Le visa du contrôleur financier portera essentiellement sur la sincérité de la programmation des crédits⁶³, c'est-à-dire sur l'exactitude des projets de répartition des crédits de chaque programme entre les services de l'État, ainsi que sur la cohérence des emplois alloués et des crédits de personnels correspondants pour chaque programme, sur les conditions de présentation des documents prévisionnels de gestion et de suivi de l'exécution budgétaire établis par les gestionnaires⁶⁴. Le contrôleur financier doit en effet émettre un avis sur le projet de budget opérationnel de programme transmis pour avis au gouverneur avant approbation par le responsable du programme. Le contrôleur financier, par son avis, s'assure de la cohérence budgétisation générale des documents d'une part, la totalité des charges et les dépenses de l'État et le respect de la régulation budgétaire d'autre part.

Les organes en charge du contrôle des finances publiques font face à de nombreuses insuffisances. Il est donc nécessaire d'envisager des réformes pour les dynamiser et leur donner

⁶¹ D. CATTEAU, « La Régulation budgétaire et le principe de sincérité », Mémoire de DEA, Droit Public, 2002, Université de Lille, p 435.

⁶² P-M. DUHAMEL, « Le contrôle financier et la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) », *RFFP*, n° 91, 2005, P 112.

⁶³ L. BOISSET, H. EHRHART, « La mobilisation fiscale dans les pays de la zone franc : principaux enseignements sur une longue période », *Techniques financières et développement*, 2014, n°115, p. 23.

⁶⁴ M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ, coll. Système, 2010, 10^{ème} édition, p. 71.

l'envergure nécessaire pour leur plein épanouissement. Concernant le CONSUPE⁶⁵, sa fonction a été considérablement renforcée ces dernières années. Outre l'étendue de ses missions, il demeure la structure chargée de représenter le Cameroun à l'échelle internationale, au sein des organisations internationales, à l'instar de l'INTOSAI. Sur le plan technique, le CONSUPE est appelé à connaître de réelles mutations. Au titre de ses missions de vérification et de contrôle réalisées par ses membres, elles doivent désormais tenir compte des innovations budgétaires et comptables prescrites par le nouveau régime financier de l'État. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils devront adapter leurs modes d'interventions aux nouveaux mécanismes de contrôle. S'agissant des réformes à caractère fonctionnel, la nouvelle gestion financière publique exige plus de transparence dans la gestion de la fortune publique par l'introduction du pilotage et de la performance⁶⁶. Cet organe doit se spécialiser comme structure en charge de l'audit et de conseil en finances publiques⁶⁷. Ces missions d'audit doivent reposer sur une phase de diagnostic qui peut s'apparenter à des vérifications dans leurs pratiques, mais dont l'objet est de poser les constats que de formuler des propositions : réforme des procédures, des structures, de la réglementation, du mode de management⁶⁸. Il s'agit là d'une véritable activité de conseil. Cet organe doit désormais être appelé à s'affirmer c'est-à-dire à l'image de l'Inspection Générale des Finances (ISF) en France, de faire du CONSUPE un corps d'inspection pourvu des prérogatives larges et assurant par là des fonctions de vérification, d'audit de conseil, d'enquête et d'assistance.

Quant au CDBF, il est supposé jouir d'une indépendance et d'une impartialité absolue dans l'exercice de ses missions. Comme le fait remarquer le rapport de l'Institut Supérieur de Management Public (ISMP) dans les conclusions de ses travaux relatifs aux états généraux de la

⁶⁵ Le CONSUPE désigne ici le Contrôle Supérieur de l'Etat du Cameroun, dont le siège est à Yaoundé. C'est une institution supérieure de contrôle de l'ordre administratif, qui relève de l'autorité directe du Président de la République. Le contrôle supérieur de l'Etat du Cameroun a sept missions principales : - la vérification au niveau le plus élevé, des services publics, des CTD, des entreprises publiques et parapubliques, ainsi que des organismes et associations confessionnelles ou laïcs sur les plans administratif, financier et stratégiques ; - le contrôle de l'exécution du budget de l'Etat ; - le contrôle de l'exécution des projets à financement extérieur ; - l'évaluation des projets et programmes ; - l'appui technique, méthodologique et pédagogique en matière de contrôle aux structures d'audit interne des ministères et organismes publics ; - l'émission d'avis sur le projet de textes législatifs et réglementaires à caractère financier et économique ; - la contribution à la sanction des ordonnateurs et gestionnaires des deniers publics dans les conditions prévues par les lois et règlements. A ce titre, le chef de l'institution préside le Conseil de Discipline Budgétaire et Financière (CDBF), organe chargé de la sanction des responsabilités des ordonnateurs et gestionnaires des crédits publics et des entreprises publiques. L'institution peut aussi sur décision du Président de la République, effectuer des contrôles spécifiques auprès des entreprises et organismes, mêmes privés, présentant un caractère stratégique pour la nation ou pour la défense nationale.

⁶⁶ M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ, op. cit., p. 121.

⁶⁷ M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, *ibid.*

⁶⁸ M. BOUVIER, *ibid.*

protection de la fortune publique organisé du 9 au 11 octobre 2012 à Yaoundé, l'action du CDBF mérite d'être optimisée par la révision du décret de 2008 à travers l'abrogation expresse du régime de faveur aux ministres actuellement exclus de son champ de compétence. La possibilité de saisine de cette instance devrait également être élargie aux acteurs de la chaîne de la dépense publique et la consécration d'un recours à l'expertise dans la composition du CDBF. Notre analyse sur la réforme des mécanismes de contrôle étant chiffrée, il revient à présent de jeter notre regard sur la réforme des mécanismes spécifiques.

B- L'intensification des mécanismes spécifiques du contrôle administratif

L'intensification des mécanismes spécifiques du contrôle administratif au Cameroun, offre un excellent cadre analytique des finances publiques avec le décret du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques. Selon l'article 20 al. 1 du décret : « *le contrôle de performance vise à assurer de l'exécution optimale des prévisions des recettes et des dépenses, à l'aide d'indicateurs prédéfinis* »⁶⁹. En d'autres termes, la pertinence des choix et des résultats de la dépense publique (1) et la prééminence des missions d'audits spécifiques (2) justifient l'objet de cette assertion.

1- La pertinence des choix et résultats de la dépense publique

La pertinence des choix et résultats de la dépense publique procède d'un double contrôle : le contrôle des résultats pour les collectivités publiques et le contrôle de la qualité d'une gestion même si l'idéal de ce contrôle est d'améliorer ces résultats⁷². Le contrôle de la qualité des choix de la dépense est un contrôle de l'opportunité contribuant à guider ou à orienter les actions des finances publiques⁷³. Le terme « *opportunité* » traduit « *la préoccupation de choisir aussi judicieusement que possible les dépenses publiques et de les effectuer au moindre coût* »⁷⁰. En d'autres termes, contrôler l'opportunité d'une dépense publique revient à apprécier le coût et la pertinence de la dépense au moment de son initiation. S'agissant de la pertinence de la dépense publique, contrôler l'opportunité de la dépense publique consiste à apprécier sa pertinence⁷¹. Il s'agit de juger son bien-fondé, c'est-à-dire les raisons qui justifient son initiation par rapport à une autre. Avant d'engager une dépense, l'ordonnateur devra s'assurer de la pertinence de la dépense

⁶⁹ Article 20 alinéa 1 du décret n°2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques, *op. cit.*

⁷⁰ B. BIDIAS, *Les finances publiques du Cameroun*, Yaoundé, GB3, 1982, 2^{ème} édition p.283.

⁷¹ J-P. DUPRAT, « La dynamique des réformes budgétaires : globalisation des problèmes, unification des outils et adaptation nationale des solutions », *RFFP*, n°98, juin 2007, p. 27.

sur la base de certains critères, à l'instar de l'unité publique⁷², la nécessité ou même l'urgence. Une dépense publique de qualité est celle qui est en mesure de répondre à une préoccupation sociale bien déterminée⁷³, le besoin ici pouvant résulter d'un fait prévisible ou du moins d'une situation fortuite. S'il est vrai que le contrôle d'opportunité renvoie à l'appréciation de la dépense publique, les autorités camerounaises devront à chaque fois répondre à la question de savoir pourquoi telle dépense publique à tel moment donné ? pourtant cette question souvent posée au Cameroun avec une certaine constance laisse toujours de travers le sérieux problème de la qualité des choix dans l'initiation des dépenses publiques. Sinon comment expliquer que, dans un pays en voie de développement et très endetté⁷⁴, les pouvoirs publics mettent plus l'accent sur l'amélioration du parc automobile de l'État, alors que les populations participant à la vie de ce service public croupissent dans la misère. Le chef de l'État dans l'un de ses discours n'avait-il pas exhorté son gouvernement à réduire son train de vie ? Cette question est une invite pour les pouvoirs publics à revoir leur politique dans l'appréciation des choix des dépenses. Concernant la qualité du coût de la dépense publique, le contrôle de l'opportunité de la dépense publique consiste aussi à apprécier au préalable le coût de celle-ci⁷⁸, c'est-à-dire à évaluer l'impact que cette opération financière pourrait produire sur les crédits publics disponibles pour la couverture des charges de l'État. Il faut en effet évaluer avant toute exécution la ponction financière qui pourrait résulter de la réalisation de toute dépense publique, en évitant des positions extrêmes visant à faire croire qu'une dépense de très grande importance est inopportune eu égard à l'importance de la ponction créée sur les ressources publiques et qu'à l'inverse, ce sont les dépenses de moindre importance qui sont opportunes. Il s'agit d'une logique du cas par cas, car une dépense de grande importance peut être plus opportune, tandis qu'une autre de moindre importance est inopportune, et vice versa. Tout dépend une fois de plus de la nature et de l'importance de la charge sociale à couvrir ; d'où l'intérêt d'un contrôle d'opportunité qui guidera les pouvoirs publics dans les choix quantitatifs de la réalisation de telle ou telle dépense publique⁷⁵. C'est ainsi que les prévisions financières afférentes aux investissements peuvent paraître selon les chiffres très importantes et les dépenses de fonctionnement modestes. Au regard de ce qui précède, il en ressort que le contrôle de

⁷² B. BIDIAS, *op. cit.*, p. 885.

⁷³ B. BIDIAS, *ibid.*

⁷⁴ R. GROS, *Finances publiques et mécanismes économiques*, Cujas, Paris, 1994, p.116.

⁷⁵ G-M. PEKASSA NDAM, « La dialectique du responsable de programme en finances publiques camerounaises : recherche sur les nouveaux acteurs budgétaires », *op. cit.*, p.306.

performance⁷⁶ bien qu'étant un contrôle de la qualité de choix ou de l'opportunité de la dépense publique, c'est-à-dire une évaluation de la pertinence et du coût de la dépense à initier et à réaliser, est avant tout un contrôle de la qualité des résultats. La qualité des résultats de la dépense publique converge de prime abord dans le sens de noter que la qualité d'une dépense⁷⁷ publique ne s'apprécie pas uniquement à l'initiation de cette opération financière. Elle s'apprécie tout de même en cours d'exécution et surtout en terme de réalisation, même si la tendance actuelle de contrôle issu de la réforme semble mettre un accent particulier sur les résultats. Au Cameroun comme ailleurs, la dépense publique suit de manière concomitante deux voies ou circuits complémentaires au cours de son exécution. Un circuit administratif qui va jusqu'à la réalisation matérielle et physique des projets et programmes de dépense en faisant intervenir une gamme variée d'acteurs ; et un circuit comptable qui se caractérise par la production de plusieurs documents chiffrés retraçant les mouvements des fonds opérés par la dépense dès son engagement jusqu'à son paiement, appelés comptes. Ainsi, un contrôle est institué respectivement sur les résultats administratifs et comptables de la dépense publique en vue d'apprécier la qualité desdits résultats⁷⁸. Cependant, il sied de relever qu'à côté de la fonction traditionnelle du contrôle (contrôle de régularité ou de conformité), s'ajoute de nouveaux dispositifs dans la modernisation de la gestion publique. C'est le cas notamment de l'émergence du contrôle de gestion (le contrôle de performance) et de l'audit centré sur la conformité, l'efficacité et la sécurité des opérations.

2- La prééminence des missions d'audits spécifiques

La pertinence des missions d'audits spécifiques consolide en fait les capacités d'audit interne. À la base, les mécanismes de contrôle interne sont simplement de bonnes pratiques qui permettent à une organisation de réaliser ses objectifs. Autrement dit, il s'agit des mesures que les organisations prennent pour s'assurer que les opérations sont efficaces et efficientes, que les renseignements financiers et rapports connexes internes et externes sont fiables, que les lois politiques et règlements sont observés et, en fin, que les actifs sont protégés. Pour ce qui est de la procédure d'audit, l'audit est une technique de contrôle approfondi visant à mettre en exergue le moindre petit défaut dans la gestion de la dépense publique. En France, l'emploi du terme d'audit

⁷⁶ P. IRIBARN, S. VERDOU, *La haute performance publique, Comment piloter et évaluer les performances des organismes publics*, AFNOR éditions, 2008, p. 38.

⁷⁷ Sous cet angle, les dépenses du budget seront ventilées en programmes et sous-programmes, dans le but de rendre la politique plus lisible et plus visible. Pour mieux mesurer et mieux améliorer l'efficacité de l'exécution du budget, la stratégie, les objectifs et les indicateurs de performance sont déterminés.

⁷⁸ M. LASCOMBE, X. VANDENDRIESSCHE, *Les finances publiques*, Paris, Dalloz, 2013, 8^{ème} édition, p.83.

est relativement récent. Il d'abord été utilisé dans le domaine comptable et son champ d'application portait sur les entreprises du secteur privé. Le lexique des termes financiers essentiels de la MODERFIE définit ce procédé comme la revue des divers stades d'élaborations, de mise en œuvre et de résultats d'une dépense publique et plus précisément d'un programme. Cette revue étant effectuée par des personnes qualifiées et indépendantes de structures responsables de la conception ou de la mise en œuvre du programme et applique une méthodologie définie. S'agissant de la procédure de suivi évaluation qui est toute nouvelle que la technique d'audit, la procédure de suivi évaluation intervient plus dans la réalisation des dépenses d'investissement. Le suivi évaluation consiste en un contrôle concomitant de l'exécution physique et comptable des projets et des programmes de dépense accompagné des ajustements nécessaires nourris des dérives constatées dans la le processus de réalisation. Cette technique innove surtout parce qu'elle associe le bénéficiaire de la dépense publique à son processus de réalisation. C'est le cas au Cameroun où les populations sont associées au suivi évaluation des projets d'investissements prioritaires à travers la société civile ou les élus locaux. LAURENT Philippe et TCHERKAWSKY Pierre dans leur ouvrage intitulé *Pratique de l'audit opérationnel* définissent l'audit opérationnel comme « *l'intervention dans l'entreprise sous forme d'un projet, des spécialistes utilisant des techniques et des méthodes spécifiques, ayant pour objectifs d'établir les possibilités d'amélioration du fonctionnement et de l'utilisation des moyens, à partir d'un diagnostic initial autour duquel le plus large consensus est obtenu ; de créer au sein de l'entreprise une dynamique de progrès selon les axes d'amélioration arrêtés* »⁷⁹. Il s'agit d'une des formes d'audit global dans une organisation. Aux termes du lexique des principaux termes juridiques en matière de contrôle, l'audit opérationnel est perçu comme un procédé de vérification d'efficacité des systèmes et procédures internes et d'analyse critique des structures d'organisation. Il consiste en l'attribution des responsabilités qui permettent de vérifier que les objectifs fixés par le « top management » sont atteints à moindre coût. Au Cameroun, c'est le décret n°2013/159 du 15 mai 2013 qui offre plus de détail sur la notion d'audit. Selon les dispositions de l'article 23 alinéa 4 du décret sus cité, l'audit est « *l'évaluation de la superstructure, de ses missions, de ses objectifs et de ses programmes ; l'évaluation des systèmes et procédures de gestion et de contrôle des finances publiques ; l'analyse de l'approche managériale ; l'identification des risques et l'élaboration de*

⁷⁹ P. LAURENT, P. TCHERKAWSKY, *Pratique de l'audit opérationnel*, Paris, coll. Organisation, vol. 1, .1990, 12^{ème}, p. 268.

leur cartographie ; l'évaluation de la gouvernance financière et budgétaire »⁸⁰. Mieux encore, l'audit est un instrument de pilotage opérationnel consistant en la planification opérationnelle des activités, la mise en œuvre, le suivi-évaluation et la production d'éventuels rapports⁸¹. Le mouvement conduit par les pouvoirs publics sur les finances publiques en général et sur la fonction de contrôle en particulier a entraîné non seulement la consolidation des procédés traditionnels de contrôle (le contrôle de régularité ou contrôle de conformité) et la mise en place de nouveaux mécanismes de contrôle, mais aussi l'avènement des organes tant classiques que nouveaux chargés de mener ledit contrôle⁸².

II- LE RAFFERMISSEMENT DU CADRE FONCTIONNEL DU CONTROLE ADMINISTRATIF

Le raffermissement du cadre fonctionnel du contrôle administratif intégré vise des transformations en vue de s'arrimer aux exigences de développement socio-culturel. Les autorités étatiques sont astreintes à la quête des mesures idoines pour l'amélioration de leur gouvernance financière et par ricochet asseoir un système de contrôle plus efficace. Parler ici du raffermissement du cadre fonctionnel revient à examiner tout d'abord les différentes transformations qu'ont subies tous ces derniers temps les organes de contrôle interne. Ceci passe par la revalorisation des organes élémentaires (A) et la redynamisation des organes complémentaires (B) du contrôle administratif.

A- La revalorisation des organes élémentaires du contrôle administratif

La revalorisation des organes élémentaires du contrôle administratif provoque de profondes mutations sur la fonction de contrôle au point d'obliger les États à rendre indépendantes et impartiales les structures chargées de contrôler l'utilisation de la fortune publique. Ainsi, allons-nous parler dans cette partie de la reviviscence des organes de contrôle *a posteriori* (1) et de la régénérescence des structures de gestion des ressources humaines et informatiques (2) du contrôle administratif.

1- La reviviscence des organes de contrôle *a posteriori*

La reviviscence des organes de contrôle *a posteriori* recommande de les rendre viables et indépendants en vue de juguler les missions assignées à ces derniers. Et cette nécessité peut

⁸⁰ Décret n°2013/159 du 15 mai 2013, *op. cit.*

⁸¹ A-J. TOUKOUPAIN, *Le contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat au Cameroun*, mémoire de master 2 en droit public, *op. cit.* p. 86.

⁸² A-J. TOUKOUPAIN, *ibid.*

s'apprécier tant sur le plan organique que fonctionnel. Il faut noter qu'il s'agit d'un fait unanimement reconnu et proclamé par la conférence de **LIMA** sur les lignes directrices en matière de contrôle des finances publiques. Aux termes de son paragraphe 8, on peut lire ce qui suit : « **L'indépendance reconnue aux institutions supérieures de contrôle par la Constitution et les lois ordinaires prévoit que leur soit garantie la faculté maximale d'agir de leur propre initiative** »⁸³. Autrement dit, il s'agit de rendre les acteurs de contrôle seuls responsables⁸⁴ d'une tâche d'intérêt public clairement déterminée, afin que leurs travaux ne soient plus susceptibles de fins partisanses et n'apparaissent comme des occasions de régler des comptes politiques. Ainsi, il revient à chaque État de définir les modalités par lesquelles la structure de contrôle est supposée revêtir un caractère d'indépendance et de neutralité⁸⁵, à même de dissiper tout soupçon d'influence ou d'ingérence. Cette indépendance doit prendre la forme d'une consécration constitutionnelle, législative ou même réglementaire⁸⁶. L'indépendance des organes de contrôle suppose également une autonomie dans la gestion des ressources humaines compétentes ainsi que des statuts juridiques spécifiques qui mettent leurs acteurs à l'abri de toute sorte d'interférence malsaine et préjudiciable à l'exercice de leurs missions. S'agissant de l'affirmation d'une indépendance fonctionnelle, elle signifie que la structure exerce ses prérogatives en toute liberté et que le déroulement des contrôles s'effectue selon une programmation librement consentie. L'instruction des rapports respecte non seulement les procédures élaborées, mais aussi elles ne doivent souffrir d'aucune ingérence extérieure. La diffusion des rapports d'audit et de contrôle a pour but d'informer les citoyens tout en conservant une stricte neutralité dans le choix des thèmes et des axes de contrôle sélectionnés. La question de cette reconnaissance se pose avec la grande acuité dans le contexte camerounais. Si la proclamation textuelle ne souffre d'aucune contestation, il peut être observé dans la réalité des faits qu'elle est confrontée à de nombreuses entorses.

Dans le cas du Cameroun, le CONSUPE, Institution Supérieure de Contrôle des finances publiques, jouit d'une certaine légitimité du fait de son positionnement en tant Ministère délégué rattaché à la Présidence de la République en charge du Contrôle Supérieur de l'État. Cette structure, ayant monopolisé pendant longtemps le contrôle des finances publiques, s'occupait à un moment

⁸³ A-J. TOUKOUPAIN, *Le contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat au Cameroun*, mémoire de master 2 en droit public, *op. cit.* p. 88.

⁸⁴ G-M. PEKASSA NDAM, « La dialectique du responsable de programme en finances publiques camerounaises : recherche sur les nouveaux acteurs budgétaires », *op. cit.* p. 306.

⁸⁵ G-M. PEKASSA NDAM, *ibid.*

⁸⁶ G-M. PEKASSA NDAM, *ibid.*

donné à la fois du contrôle des ordonnateurs que de celui des comptables publics en lieu et place d'une juridiction de finances. Ce n'est qu'après la création de la Chambre des comptes de la cour suprême que cette mission lui sera retirée, le contrôle des ordonnateurs revenant au CDBF pour lequel il, prononce des sanctions de nature administrative et disciplinaire. La question que l'on peut se poser à présent est celle de savoir, eu égard des directives de la conférence de LIMA auxquelles le Cameroun est parti, si le CDBF jouit d'une indépendance et d'une impartialité suffisantes dans le contrôle des ordonnateurs avec à sa tête un membre de l'exécutif nommé par décret du Président de la République. La nécessité d'une collaboration entre les organes de contrôle la nécessité, voire l'impératif, que les organes de contrôle communiquent entre eux. Ainsi, les rapports de mission du CONSUPE pourraient être transmis à la fois au Président de la République et aux présidents des assemblées parlementaires. L'institution d'une plate-forme d'échange et de concertation entre le CONSUPE et les autres organes est souhaitable. Une telle plate-forme permettrait à toutes les parties prenantes au contrôle de la fortune publique d'être suffisamment édifiées sur la manière dont sont gérés les fonds publics. Il serait aussi important que le CONSUPE puisse solliciter, en tant de besoin, à l'occasion de ses travaux, l'expertise de l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), de la Commission Nationale Anti-corruption (CONAC), des commissaires aux comptes exerçant au niveau des sociétés d'État et de la commission des finances de l'Assemblée Nationale (AN). Une collaboration accentuée entre le CONSUPE et les comités locaux de contrôle de l'exécution du budget d'investissement public (BIP) s'avère aussi nécessaire. Elle favorisera l'émergence d'un contrôle administratif plus averti en matière d'exécution des projets sur toute l'étendue du territoire national. Une collaboration du CDBF avec les autres acteurs de contrôle est également souhaitable car inconnu hier, le CDBF occupe aujourd'hui une place de choix en raison de certaines décisions rendues dans le cadre de « *l'Opération Épervier* ». Cette collaboration permettra des échanges d'informations entre toutes les structures. Ainsi constaté, le lot de réformes n'a pas épargné le secteur de la gestion des ressources humaines et informatiques.

2- La régénérescence des organes des ressources humaines et informatiques.

La régénérescence des organes humains et informatiques vise l'amélioration de la gestion des ressources humaines et du renforcement du système informatique. Pour l'amélioration de la gestion des ressources humaines et la maîtrise de la masse salariale, la nouvelle gouvernance financière exige la déconcentration de la gestion des ressources humaines et la maîtrise des

effectifs et de la masse salariale⁸⁷. Les autorités administratives entendent poursuivre les actions en cours ou envisagées visant la modernisation et l'efficacité de la fonction publique, à travers l'amélioration du cadre institutionnel, le toilettage des procédures de gestion administrative et la promotion de la bonne gouvernance⁸⁸. Les états de la paye doivent être régulièrement contrôlés par les responsables ministériels. Des procédures de mise à jour et de mise en cohérence des fichiers du personnel et de la paye doivent être établies et appliquées. Ainsi, les actions prioritaires doivent être menées : l'acquisition et la mise en œuvre d'un système informatique intégré de la gestion des carrières et de la solde des agents de l'État⁸⁹ ; la budgétisation de la masse salariale en suivant la classification par fonction et par programme⁹⁰ ; la mise en œuvre de la charte de la déconcentration de la gestion des ressources humaines⁹¹ ; la mise en place et l'opérationnalisation de tous les outils de gestion des ressources humaines⁹². Il s'agit ici de la consolidation à travers la maîtrise de la gestion de la masse salariale et la responsabilisation des ministères dans la gestion de leurs personnels et dans la budgétisation de leur masse salariale par programme. Il faut noter que le Ministre des finances a entrepris tout ce dernier mois allant dans le sens de maîtrise des effectifs et de la masse salariale des agents de son personnel un toilettage de son fichier afin de débusquer les fonctionnaires fictifs de son département.

Pour le renforcement du système informatique, il faut d'ors et déjà dire que le renforcement de l'outil informatique vise l'amélioration d'un système informatique intégré de gestion des finances publiques. Le système a pour objectif de mettre à la disposition des décideurs et des gestionnaires du secteur public les éléments nécessaires pour appuyer les décisions dans les meilleurs délais et d'améliorer la gestion des finances publiques par un meilleur pilotage et une sortie en temps réel des états financiers⁹³. Un système intégré vise à optimiser la fonction

⁸⁷ S. NGUECHE, *La formation de l'autonomie financière des CTD au Cameroun*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université de Yaoundé 2 Soa, 2014/2015, p. 265.

⁸⁸ O. BA, *La prise de décisions locales : les procédés pour plus de démocratie*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université de Reims Champagne Ardenne, 2012, p. 158.

⁸⁹ B. BARRAUD, *Les sources du droit de la communication par internet*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université d'Aix Marseille, 2016, 265.

⁹⁰ NJOYA YONE Cédric, « La consolidation de la budgétisation en mode programme au niveau local en droit camerounais. Regard sur le Code général des Collectivités territoriales décentralisées », *RAFIP*, n°6, second semestre 2019, pp. 191-210.

⁹¹ M. PANA, « La notion de gouvernance territoriale au Cameroun », mémoire de Master 2 en droit public, Université de Yaoundé 2, 2015-2016, op. cit. p. 39.

⁹² M. PANA, « La notion de gouvernance territoriale au Cameroun, *ibid.*

⁹³ B. BARRAUD, *Les sources du droit de la communication par internet*, Thèse de doctorat PhD en droit public, Université d'Aix Marseille, op. cit., p. 387.

informatique en regroupant au maximum des ressources informatiques et à sécuriser l'information. Il doit en principe intégrer toutes les dimensions de la gestion des finances publiques et permettre de disposer d'une information intégrée et de l'organiser en vue d'une meilleure utilisation des ressources. Pour cela, il doit être organisé de manière à ce qu'une donnée ne soit saisie qu'une seule fois et puisse être suivi d'une unité administrative à l'autre. Il est souhaitable que les modules budgétaires et comptables aient une base de données commune pour pouvoir bien assurer le suivi d'une opération et de toutes ses références, de l'engagement au paiement. L'expérience du SIGIPES, système informatique chargé de la gestion et du suivi des carrières du personnel de la fonction publique, pourrait être reproduite dans le circuit budgétaire. La mise en place d'un logiciel intégré doit permettre un suivi systématique de la dépense depuis l'acte d'engagement de l'ordonnateur jusqu'au paiement par le comptable public.

B- La redynamisation des organes complémentaires du contrôle administratif

La redynamisation des organes complémentaires du contrôle administratif des finances publiques ne s'est pas exclusivement caractérisée par le maintien des organes traditionnels. Elle se manifeste aussi par l'émergence des nouveaux organes de contrôle. L'espoir d'une amélioration de la gestion de la dépense publique résidait alors soit sur la création de nouvelles institutions, soit sur une mue profonde des organes préexistants. La démarche à suivre ici sied à apprécier l'effervescence des organes de contrôle à compétences générales (1) et à justifier l'efflorescence des organes de contrôle à compétences spéciales (2).

1- L'effervescence des organes généraux de contrôle

L'effervescence des organes généraux de contrôle promeut le renouvellement des organes de contrôle de la Commission Nationale Anti-Corruption (CONAC) et de l'Agence Nationale d'Investigation Financière (ANIF). Concernant la Commission Nationale Anti-Corruption (CONAC)⁹⁴, la volonté politique de lutte contre la corruption se traduit au plan juridico-institutionnel par la création de cette commission par le décret n°2006/088 du 11 mars 2006 portant

⁹⁴ La CONAC, créée par le Président de la République Paul BIYA le 11 mars 2006 pour faire avancer la volonté de lutter contre la corruption, croit ardemment à ce combat salutaire susceptible de briser les chaînes de corruption à la base. C'est un organisme public indépendant chargé de contribuer à la lutte contre la corruption. Son action quotidienne repose sur les leviers organiques que sont la prévention et la communication, les études et la coopération et enfin, les investigations. Son siège est situé au Palais des Congrès à Yaoundé. La CONAC a un rôle beaucoup plus large par rapport au COSUPE (Contrôle Supérieur de l'Etat) et à l'ANIF (Agence Nationale d'Investigation Financière). La CONAC vise à agir efficacement sur notre environnement, sur les groupes et sur les individus. Toutefois, malgré sa création en 2006, les résultats tardent à se faire ressentir, comme l'atteste le classement du Cameroun dans l'indice de perception de la corruption. En effet, le Cameroun s'est classé 153^{ème} sur 180, soit une régression de huit places comparé au précédent classement (Transparency International, 2018).

création, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale Anti-Corruption. Cette commission, placée sous l'autorité du Président de la République, est investie des commissions « *de suivi et d'évaluation de l'application effective du plan gouvernemental de lutte contre la corruption ; de collecte, de centralisation et d'exploitation des dénonciations et informations dont elle est saisie pour des pratiques, faits ou actes de corruption et infractions assimilées ; de la conduite de toutes les études et investigations et de proposer toutes mesures de nature à prévenir ou à juguler la corruption ; le cas échéant, du contrôle physique de l'exécution des projets, ainsi que de l'évaluation des conditions de passation des marchés publics ; de la diffusion et de la vulgarisation des textes sur la lutte contre la corruption ; de l'identification des causes de la corruption et de la formulation des propositions aux autorités compétentes en vue de la prise des mesures susceptibles de l'éliminer dans tous les services publics ou parapublics ; de l'accomplissement de toute autre mission à elle confiée par le Président de la République* ». ⁹⁵

Par ces missions fixées par l'article 2 alinéa 1 du décret du 11 mars 2006, la CONAC participe à la lutte contre la corruption au plan national en tant que « *baromètre de visibilité* » tel que l'affirme son premier rapport sur l'état de la corruption au Cameroun produit en 2011. Elle exerce de ce fait des fonctions de contrôle préventif et participe à l'assainissement des milieux publics par les évaluations et propositions d'actions qu'elle adresse aux autorités publiques compétentes ⁹⁶.

S'agissant de l'Agence Nationale d'Investigation Financière (ANIF) ⁹⁷, elle est créée par le décret n°2005/187 du 31 mai 2005, c'est un organisme de service public de renseignement financier doté d'un pouvoir de décision sur les matières relevant de ses compétences ⁹⁸, notamment dans la lutte contre le blanchissement des capitaux et le financement du terrorisme. L'ANIF est rattachée au Ministère chargé des Finances ⁹⁹. A cet effet, une mobilisation accrue par la mise à nu de toutes les sources de financement est exigible pour jour à fond la carte de la transparence et faire un saut qualitatif dans la circulation des informations relatives aux opérations concernant les dépôts, les échanges, les placements, les conversions et tout autre mouvement de capitaux. C'est pourquoi une obligation légale de déclaration de soupçon à tous les assujettis et autres

⁹⁵ Article 2 alinéa 1 du décret du 11 mars 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la CONAC.

⁹⁶ H. EYEBE AYISSI, *op. cit.* pp. 236-237.

⁹⁷ L'Agence Nationale d'Investigation Financière (ANIF) est un service public de renseignement financier institué par le Règlement n°01/03-CEMAC-UMAC-CM du décret n°2005/187 du 31 mai 2005, elle est rattachée au Ministère des Finances ayant pour objectif de lutter contre la délinquance économique et financière.

⁹⁸ Article 2 alinéa 1 du décret n°2005/187 du 31 mai 2005 portant organisation et fonctionnement de l'ANIF

⁹⁹ Article 2 alinéa 2 du décret n°2005/187 du 31 mai 2005, *ibid.*

correspondants de l'agence des administrations publiques est demandée. L'avènement de l'ANIF au Cameroun est une avancée significative dans la lutte contre la corruption, le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme. Toutefois, l'ANIF est malheureusement subordonnée organiquement au ministère des finances. Au Cameroun, l'ANIF a reçu six cent soixante-dix (670) déclarations de soupçons de blanchiment de capitaux en 2018. L'article 1^{er} du décret n°2005/187 du 31 mai 2005 affirme que « le présent décret porte sur l'organisation et le fonctionnement de l'Agence Nationale d'Investigation Financière (ANIF) »¹⁰⁰. Aux termes de l'article 3 du décret de 2005, l'ANIF a pour mission « *de recevoir, de traiter et, le cas échéant, de transmettre aux autorités judiciaires compétentes, tous renseignements propres à établir l'origine des sommes ou la nature des opérations faisant l'objet de la déclaration de soupçon au titre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme ; d'obtenir des informations utiles à sa mission des autorités judiciaires et de contrôle des assujettis ; de constituer une banque des données contenant toutes informations utiles concernant les déclarations de soupçon prévues par la réglementation, les opérations effectuées ainsi que les personnes ayant effectué l'opération, directement ou par personnes interposées* »¹⁰¹. L'organisation de l'ANIF est régie à l'article 4 qui affirme que « *l'ANIF comprend quatre (04) membres dont un Directeur ayant rang et prérogatives de Directeur de l'Administration centrale et trois (03) Chargés d'Etudes ayant rang et prérogatives de l'Administration Centrale* »¹⁰². Il faut d'ors et déjà souligner que le Directeur de l'ANIF est nommé par décret du Premier Ministre sur proposition du Ministre en charge des finances pour un mandat de (03) ans renouvelable une fois. Quant au fonctionnement de l'ANIF, elle fonctionne sous le patronage « *d'un Directeur chargé de la mise en œuvre de ses missions qu'il représente à l'égard des tiers dans les conditions fixées par le règlement n°01/03-CEMACUMAC- CM du 04 avril 2003* »¹⁰³. En vue d'assurer la coopération avec certaines administrations, « *l'ANIF recourt à des correspondants qui sont désignés ès qualité au sein des administrations et institutions suivantes : la Police, la Gendarmerie, la Direction Générale de la Recherche Extérieure, les Douanes, la Justice, le Ministère chargé du commerce, le Ministère chargé des relations ou tout autre service public dont le concours est jugé nécessaire dans le cadre*

¹⁰⁰ Article 1^{er} du décret n°2005/187 du 31 mai 2005 portant organisation et fonctionnement de l'ANIF, *ibid.*

¹⁰¹ Article 4 du décret n°2005/187 du 31 mai 2005, *ibid.*

¹⁰² Article 4 du décret n°2005/187 du 31 mai 2005, *ibid.*

¹⁰³ Article 8 alinéa 1 du décret n°2005, *ibid.*

de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »¹⁰⁴. Afin de procéder au raffermissement efficient du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat du Cameroun, l'ANIF élabore des rapports d'activités trimestriels¹⁰⁵. Ces rapports recensent les techniques de blanchiment relevées sur le territoire national et formulent des propositions visant à renforcer la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Elle établit annuellement un rapport récapitulatif. Ces rapports sont adressés au Ministre chargé des finances, au Ministre chargé de la Défense, au Délégué général à la Sécurité Nationale, au Ministre chargé de la justice, au Secrétaire Permanent du Groupe d'Action contre le Blanchissement d'Argent en Afrique centrale (GABAC) et au Gouverneur de la BEAC¹⁰⁶.

2- L'efflorescence des organes spéciaux de contrôle

L'efflorescence des organes spéciaux de contrôle désigne la consolidation des Commissions de Passation des Marchés Publics et de l'Agence de Régulation de Marchés Publics (ARMP).

S'agissant des commissions de passation des marchés publics, elles sont régies par le décret n°2012/074 du 08 mars 2012. Ce texte abroge dans ces dispositions contraires le Code des marchés publics. De ce texte, il ressort en effet que les commissions de passation des marchés publics peuvent être rangées dans la catégorie des organes de contrôle interne des organismes publics ou de tout autre organisme passant des marchés publics sur fonds publics. Bien que leur composition soit constatée par décision du Ministre délégué à la Présidence de la République chargé des marchés publics, elles sont rattachées à la structure contrôlée. Pour preuve, et sur le fondement de l'article 4 du décret n°2012/074, elles sont susceptibles d'être créées auprès de tous les maîtres d'ouvrage ou maîtres d'ouvrage délégués gestionnaires par excellence des deniers publics. Les commissions de passation des marchés publics veillent, dans une certaine mesure, au strict respect de la réglementation en matière de commande publique. Pour s'en convaincre, il faut se référer à l'article 3 du décret sus cité. Aux termes de cette disposition, « *les commissions de passation des marchés sont des organes d'appui technique qui concourent au respect de la réglementation et garantissent, notamment les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures de passation*

¹⁰⁴ Article 9 alinéa 1 du décret n°2005, *ibid.*

¹⁰⁵ Article 12 alinéa 1 du décret n°2005, *ibid.*

¹⁰⁶ Article 12 alinéa 2 du décret n°2005/187 du 31 mai 2005, *ibid.*

des marchés publics ». C'est d'ailleurs à titre qu'elles examinent et émettent un avis technique sur les projets de dossier d'appel d'offre ainsi que les demandes de cotisation préparées par les ministres, les directeurs généraux, les directeurs des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, les chefs de projets, les chefs des exécutifs des collectivités territoriales décentralisées. En outre, l'organisation des séances d'ouverture des plis, la proposition de l'attribution des marchés au ministre chargé des marchés publics ou de l'autorité compétente, l'examen et l'émission d'un avis technique sur les projets de marchés publics et d'avenants qui leur sont soumis, relèvent de leurs attributions¹⁰⁷.

Concernant l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), il s'agit d'une structure indépendante spécialement chargée de la régulation du secteur des marchés est assurément l'une des innovations majeures apportées par la réforme¹⁰⁸. C'est un établissement public administratif avec une autonomie financière qui assure la régulation, le suivi et l'évaluation du système des marchés publics. La revue générale conjointe du système de passation des marchés Cameroun-Banque Mondiale couplée à adoption d'un nouveau schéma de réforme et d'un plan d'action à mener et mis en place par la lettre d'intention du 06 décembre 2000, l'ARMP est créée par le décret n°2001/048 du 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'Agence de régulation des marchés publics et ses dirigeants, progressivement mis en place, elle dispose de certaines prérogatives d'enquête, de conduite des audits et de contrôle des marchés publics. L'ARMP régule le système des marchés publics. A cet effet, elle a pour mission de procéder à la régulation des activités des marchés publics à travers soit des actes de sanctions des procédures, soit des actes à caractère didactique ; de procéder à l'évaluation périodique de la performance des acteurs et du système ; d'émettre des avis techniques, en tant que de besoin, à la demande du ministre chargé des marchés publics ou des administrations concernées ; de proposer des réformes dans le cadre des marchés publics et des délégations des services publics ; de participer à l'élaboration des textes en matière de régulation et de délégation des marchés publics ; d'élaborer le référentiel d'assurance qualité pour les organes opérationnels des marchés publics.

¹⁰⁷ H. EYEBE AYISSI, *La protection de la fortune publique au Cameroun*, op. cit., pp. 168-169.

¹⁰⁸ E. G. BEYEGUE BOULOUMEGUE, « La réforme des marchés publics », in M. ONDOA (dir.) *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, L'Harmattan, 2010, p.258.

Conclusion

Au terme de l'étude, il ressort que la consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques au Cameroun procède d'une double démarche : le réaménagement des mécanismes structurels et le raffermissement des mécanismes fonctionnels du contrôle administratif. Cette conclusion se justifie par un certain nombre de considérations.

Page | 255

D'une part, la consolidation du contrôle administratif de l'exécution des finances publiques se fonde d'abord sur le réaménagement des mécanismes de contrôle structurels. Ceci se fait respectivement par la reconsidération des mécanismes classiques et l'intensification des mécanismes spécifiques qui promeuvent l'évanescence des méthodes traditionnelles, la concrescence des méthodes additionnelles, la pertinence des choix de résultats de la dépense publique et la prééminence des missions d'audits spécifiques. Ce réaménagement des mécanismes managériaux permet *ipso facto* d'implémenter de manière efficiente pour une gestion rationnelle des ressources publiques introduisant ainsi l'approche par la compétence.

D'autre part, la consolidation du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat s'appuie également sur le raffermissement des organes de contrôle fonctionnels. Ceci se déduit directement par la revalorisation des organes élémentaires et la redynamisation des organes complémentaires qui renforcent la reviviscence des organes de contrôle *a priori*, la régénérescence des organes de gestion des ressources humaines, l'effervescence des organes généraux de contrôle et l'efflorescence des organes spéciaux de contrôle administratif. Ce raffermissement des mécanismes fonctionnels favorise à fortiori la remarquable évolution des finances publiques tant recherchée par les autorités publiques en vue de s'arrimer une nouvelle approche marquée par la recherche accrue de la performance.

La consolidation du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat devient un enjeu majeur de la rationalisation de la gestion des ressources publiques, de la relance économique et du progrès social avec l'introduction de l'approche par la compétence et du paradigme de l'obligation des résultats. C'est un enjeu indéniable qui introduit un système efficace, efficient, cohérent et moderne des finances publiques et montre ensuite la volonté inébranlable des pouvoirs publics d'éviter les gaspillages, les détournements massifs des deniers publics afin de protéger la fortune publique. L'adoption de la loi du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat marque une évolution sagement impliquée dans le droit budgétaire camerounais. S'inspirant de la Loi Organique relative aux lois de Finances (LOLF) qui voit le jour en France le

1^{er} août 2000, ce texte qui innove a fondamentalement rénové les principes de préparation, d'exécution, et de contrôle des finances publiques. Il faut d'ors et déjà souligner l'introduction de la nouvelle approche dans la gestion financière publique caractérisée par la promotion de l'efficacité, de l'efficience, de l'économie et de l'atteinte des résultats sur la base d'indicateurs prédéfinis. La consolidation du contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat au Cameroun est à cet effet souscrite à la nouvelle donne qu'est la performance. Toutefois, force est de constater que de nombreuses insuffisances sont à relever et obligent les autorités étatiques à opter pour un réaménagement et un raffermissement du système de contrôle administratif de l'exécution du budget de l'Etat.



Le témoignage devant la Cour Internationale de Justice et devant la Cour Pénale Internationale

Par :

MALAM LHAMI TIKAMDA Geneviève

Doctorante en Droit Public

Université de Maroua (Cameroun)

Page | 257

Résumé :

L'administration de la preuve testimoniale devant les juridictions internationales est une question qui a relativement attiré l'attention de la doctrine. Pour la majorité des auteurs, le témoignage constitue l'élément de preuve privilégié des parties devant la C.P.I alors que devant la C.I.J, il ne détient qu'une place marginale. Par contre, pour certains auteurs, la preuve testimoniale devant la C.I.J est envisagée selon les textes comme un moyen de preuve au même titre que la preuve documentaire. L'administration du témoignage devant la C.I.J et la C.P.I constitue donc, une importante préoccupation et amène à s'interroger sur les règles d'admission et les effets du témoignage devant ces deux juridictions d'où le thème : Le témoignage devant la C.I.J et devant la C.P.I. A l'analyse, il se dégage un constat selon lequel les règles relatives à l'admission du témoignage sont spécifiques et ses effets sont distincts devant ces deux juridictions. L'admission donc du témoignage devant ces juridictions obéit à des règles de recevabilité et d'appréciation de la valeur probante qui leur sont propres et ses effets tant dans l'établissement des faits que dans les décisions de ces différentes Cours sont distincts.

Mots clés : Administration, Admission, Preuve, Recevabilité, Témoignage.

Introduction

Suite aux atrocités commises¹ pendant la seconde guerre mondiale, les peuples des Nations Unies ont promis d'éviter aux générations futures le fléau de la guerre. A cet effet, plusieurs moyens de résolution pacifique des différends internationaux ont été établis par la Charte des Nations Unies². C'est ainsi que, la Cour Internationale de Justice(C.I.J) a été instituée en juin 1945 à San Francisco pour atteindre l'un des buts premier de l'Organisation des Nations Unies à savoir :« Réaliser par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix»³.

De même, après la gravité des exactions perpétrées pendant la première et la seconde guerre mondiale, les vainqueurs de la seconde guerre mondiale ont procédé au jugement des criminels nazis et japonais. C'est dans ce cadre, qu'ils ont créé les tribunaux militaires de Tokyo et de Nuremberg pour poursuivre les crimes odieux comme le génocide, le nettoyage ethnique et l'esclavage sexuel⁴. L'activité judiciaire de ces deux tribunaux ad.hoc a permis l'émergence d'un certain nombre de principes au plan international mais, le principe de la responsabilité pénale individuelle fut l'un des plus importants⁵. Toutefois, la réapparition des massacres et des actes de barbarie exacerbés par des crimes particulièrement graves portant atteinte à la dignité humaine au tournant des années 1990, montrèrent la nécessité pour la communauté internationale de se doter des juridictions ayant une vocation répressive, dissuasive, voire pédagogique⁶. A cet égard, le Conseil de Sécurité des Nations Unies agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies a procédé à la création des tribunaux pénaux de l'ex Yougoslavie et du Rwanda pour réprimer les violations graves du Droit International Humanitaire commis sur ces territoires⁷. Le caractère circonstanciel de ces tribunaux ad.hoc poussa donc les Etats à mettre en exécution l'idée

¹ Exécutions d'otages, viols, pillages, et tueries massives.

² L'article 33 de la Charte des Nations Unies dispose que : « Les parties à tout différent susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales doivent en rechercher, la solution avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organisations internationales ou accords régionaux ou par d'autres moyens de leurs choix ».

³ Voir Publication du Département de l'information des Nations Unies, *La Cour Internationale de Justice, questions et réponses sur l'organe judiciaire principal des Nations Unies*, dixième édition, novembre 2000.

⁴ William BOURDON, *La Cour Pénale Internationale*, Editions du Seuil, mai 2000, pp.13-24.

⁵ *Ibid.*

⁶ Jean Didier BOUKONGOU, *droit de l'homme et action humanitaire*, édition AMA –CENC, Yaoundé, 2006, p.70.

⁷ Sur la création des tribunaux pénaux internationaux ad hoc. Voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} éd, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009, pp.799-802.

de la création d'une juridiction pénale permanente. C'est ainsi que, la Cour Pénale Internationale (C.P.I) a été instituée par le Statut de Rome, pour juger les personnes responsables des crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale⁸ et pour prévenir de nouveaux crimes⁹.

La C.I.J et la C.P.I ont donc été mises en place pour maintenir la paix et la justice dans le monde. Autrement dit, la C.I.J a été créée en vue de résoudre pacifiquement les différends interétatiques¹⁰ et la C.P.I en vue de lutter contre l'impunité des crimes internationaux¹¹. La tâche de résolution des différends interétatiques et de répression des crimes portant atteinte à la dignité humaine qui incombe à chacune de ces juridictions exige pour ce faire, une organisation judiciaire rigoureuse et surtout, des règles juridiques précises adaptées aux causes qui leur seront présentées. De ce fait, l'organisation et les procédures d'administration des preuves devant ces juridictions sont fixées d'avance par leurs différents Statuts et Règlements.

La preuve joue ainsi, un rôle déterminant dans les procédures devant ces deux juridictions internationales. Offrant des instruments de connaissances de la réalité, elle constitue la base essentielle sur laquelle la C.I.J et la C.P.I doivent en fin de compte assoir leurs décisions¹². A plusieurs égards, devant la C.I.J, l'administration de la preuve est un outil indispensable pour garantir aux Etats souverains, un règlement judiciaire juste et solidement motivé du différend qui les oppose¹³. Aussi, elle constitue pour la C.P.I un élément indispensable dans la répression des crimes les plus odieux touchant l'ensemble de la communauté internationale¹⁴. A cet effet, les parties ont un rôle essentiel à jouer dans la recherche des éléments de preuve mais, les juges ne sont jamais totalement passifs puisque, l'enjeu du rituel probatoire de ces juridictions est l'émergence de la vérité¹⁵. Le respect des règles relatives à l'administration des preuves apparaît

⁸ Le crime de génocide, les crimes de guerre, le crime d'agression et les crimes contre l'humanité.

⁹ William BOURDON, *La Cour Pénale Internationale*, Op.cit.

¹⁰ La Cour Internationale de Justice : Manuel, 2004. p.9.

¹¹ William BOURDON, *La Cour Pénale Internationale*, Op.cit.

¹² Brusil Miranda Martine METOU, Le rôle du juge dans le contentieux international, Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II- SOA, 2012, p.211.

¹³ Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale à NEW YORK le 31 octobre 2014. pp. 1-4.

¹⁴ Ludivine HERDEWYN, « Sans témoins, il n'y aurait pas procès », soumis par Olivier Leclerc le 11 Juin 2009, pp.1-4.

¹⁵ Hélène Ruiz FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*, Contentieux international, édition Pedone, Paris 2007, Avant-propos.

donc obligatoire pour les parties si elles veulent que les juges se prononcent en toute connaissance de cause.

En réalité, ces deux juridictions font en générale recours aux moyens traditionnels de preuve : témoins, experts et preuves documentaires font partie de leur arsenal¹⁶. Cependant, la pratique juridictionnelle laisse constater la prédominance de certains moyens de preuve par apport à d'autres. Devant la C.I.J par exemple, les faits qui lui sont soumis et sur lesquels les parties sont souvent d'accord sont en général établis par des documents qui se trouvent pour la plupart dans les pièces de procédure. De ce fait, la preuve documentaire occupe une place considérable dans le système d'administration des preuves en vigueur devant cette juridiction. Le témoignage n'est fourni devant cette juridiction que lors de la procédure orale et enregistré sur des procès-verbaux et autres supports¹⁷. La pratique juridictionnelle de cette Cour n'offre relativement que peu d'exemples de témoignages. Pourtant, la preuve orale c'est-à-dire le témoignage est envisagé selon les textes¹⁸ comme un moyen de preuve au même titre que la preuve documentaire. Les difficultés pratiques¹⁹ liées à la mise en œuvre du témoignage et le fait que la preuve documentaire suffit souvent à éclairer la Cour contribuent ainsi, expliquer une certaine forme de délaissement de celle-ci au profit de la preuve documentaire. Devant la C.P.I par contre, la procédure est essentiellement orale. Les juges se conformant sur ce point à la pratique juridictionnelle donnent une grande liberté aux parties dans la présentation des éléments de preuves qu'elles estiment pertinentes. Toutefois, dans le déroulement du procès devant cette juridiction, le témoignage demeure, le moyen de preuve favori des parties²⁰. Il est alors, récurrent qu'un nombre important de témoins défilent à la barre. La place que ces deux juridictions accordent au témoignage n'est donc pas la même.

Cette thématique n'est pas d'un intérêt anodin. Sa pertinence et son actualité peuvent être illustrées sur un double plan à la fois théorique et pratique. Sur le plan théorique, elle permet au regard des Statuts et des Règlements de ces juridictions, de mieux appréhender les règles relatives à l'admission du témoignage car, les règles relatives à l'admission de la preuve testimoniale devant les juridictions internationales varient en fonction de chaque type de juridictions. Autrement dit, chaque juridiction est dotée d'un système probatoire qui lui est propre. Sur le plan pratique elle

¹⁶ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, P.U.F., Paris, 2003, p. 261.

¹⁷ La Cour Internationale de Justice, *op.cit.*

¹⁸ Cf. Article 43 paragraphe 5 du Statut de la Cour Internationale de Justice.

¹⁹ Les difficultés pratiques liées à la mise en œuvre du témoignage sont entre autre, la distance entre le lieu où se situent la Cour et le lieu de résidence du témoin, les frais de déplacement, etc...).

²⁰ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationale. La procédure et la preuve, op.cit.*, p. 261.

permet de mieux cerner la valeur du témoignage devant la C.I.J et la C.P.I compte tenu du fait que l'administration et le régime du témoignage devant ces deux juridictions sont distincts. Aussi, elle permettra aux adeptes du droit international et aux Etats de mieux appréhender la procédure d'administration de la preuve devant les juridictions internationales et donnera des éclaircissements sur l'importance du témoignage devant ces deux juridictions. Page | 261

La question du témoignage devant la C.I.J et devant la C.P.I pose ainsi, le problème de l'administration du témoignage devant ces deux juridictions. Les règles relatives à l'admission du témoignage devant la C.I.J et devant la C.P.I sont-elles similaires et ses effets sont-ils identiques ? cette question est pertinente en ce sens qu'elle permet de mieux appréhender la valeur probante du témoignage devant ces deux juridictions. Il sera donc question dans cette analyse de montrer la spécificité des règles d'admission du témoignage devant ces deux juridictions (I) avant de s'appesantir sur ses effets (II).

I- DES REGLES SPECIFIQUES D'ADMISSION

L'admission est le fait d'accepter ce qui est prétendu par autrui²¹. Devant les juridictions internationales, l'admission des moyens de preuves fournies par les différentes parties aux procès est en générale régie par des règles qui visent à garantir leur crédibilité²². Ces règles d'admission sont propres à chacune de ces juridictions. De ce fait, le témoignage étant considéré comme un élément probant obéit à des règles spécifiques d'admission selon que l'on se trouve devant la C.I.J ou devant la C.P.I. En effet, la C.I.J et la C.P.I sont deux juridictions dotées chacune de leur propre système probatoire. C'est ce système qui fixe par ailleurs les règles qui permettent de légitimer et d'évaluer les moyens de preuves qui leur sont soumis²³. C'est pour cette raison que les règles régissant l'admission du témoignage devant la C.I.J ne sont pas les mêmes que celles qui régissent l'admission du témoignage devant la C.P.I. Les règles relatives à l'administration du témoignage devant ces juridictions sont par conséquent spécifiques.

Il existe en générale devant ces juridictions plusieurs formes de témoignages. Ces règles relatives à l'admission du témoignage visent donc à garantir la crédibilité de celui-ci car, le témoignage constitue une preuve testimoniale devant ces deux juridictions. En réalité, le

²¹Cf. Jean SALMON (dir), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit., p.43.

²² Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*, Contentieux, Paris, édition. A Pedone, 2007, pp.10.

²³ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, op.cit., p. 253.

témoignage représente un instrument de connaissance de la vérité sur lequel le juge peut fonder sa décision²⁴. De ce fait, la recevabilité du témoignage devant la C.I.J et la C.P.I est subordonnée au respect de certains critères d'admission. Ces deux juridictions disposent chacune en ce qui la concerne des règles spécifiques en matière de recevabilité et de détermination de la valeur probante du témoignage. Par conséquent, le poids qu'elles attribuent au témoignage dans les différends qui leur sont soumis n'est pas similaire.

Ainsi, il est judicieux d'aborder en premier lieu la typologie de témoignages devant la C.I.J et C.P.I (A) avant montrer que la recevabilité et l'appréciation de la valeur probante du témoignage devant la C.I.J et la C.P.I obéit à des règles spécifiques(B).

A- Typologie de témoignages devant la C.I.J et LA C.P.I.

Le témoignage est un élément de preuve susceptible de participer à l'établissement de la vérité devant la C.I.J et la C.P.I. Il peut jouer un rôle important dans l'établissement des faits devant ces deux juridictions. De ce fait, les statuts et règlements de ces deux juridictions autorisent les parties à faire déposer des témoins²⁵. Devant la C.I.J par exemple, les parties ont la latitude de présenter tous les types de preuves qu'elles estiment pertinents. Cette juridiction leur aménage entre autre un droit extensif d'appeler des témoins et des experts et admet largement la recevabilité des affidavits²⁶. Elle permet en outre, dans la pratique aux parties de fournir des Témoignages indirects²⁷ afin d'étayer leurs thèses à l'audience sous réserve, d'un contrôle minutieux de sa part. En fait, devant la C.I.J le principe est celui de la liberté de la preuve. Cette juridiction encadre les efforts des parties dans l'établissement de la vérité²⁸. C'est pour cette raison qu'elle donne une grande liberté aux parties dans le choix des éléments de preuve. En plus, elle ne fait en général aucun tri sur les preuves qui lui sont présentées par les parties car, ce n'est qu'au cours de l'établissement des faits qu'elle détermine les plus pertinents²⁹. Les Etats parties au procès devant cette juridiction peuvent donc présenter tous types de témoignages qu'ils estiment pertinents. De

²⁴ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*, op.cit., pp.10-17.

²⁵ Cf. article 43 de la *Charte des Nations Unies* et articles 57,58 et 63 du règlement de la Cour Internationale de Justice ; article 69 du Statut de Rome et articles 65,67et 68 du règlement de procédure et preuve de la Cour Internationale de Justice.

²⁶ Voir Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*. op.cit., pp.29-30.

²⁷ Cf. *La Cour Internationale de Justice*, Manuel, 2004, p.58.

²⁸ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*. op.cit., pp.29-30.

²⁹ *Ibid.*

même, devant la C.P.I, les parties peuvent soit présenter des témoignages directs qui sont des déclarations faites par des témoins et des experts ou des témoignages indirects³⁰. Cette juridiction donne aussi, une grande latitude aux parties dans le choix des éléments de preuve. Par conséquent, les parties peuvent présenter devant cette juridiction plusieurs formes de témoignages.

Les parties peuvent ainsi devant ces deux juridictions présenter des témoignages direct (1) ou indirect (2).

1- Le témoignage direct

Le témoignage direct est un témoignage fourni directement au cours du procès par des témoins ordinaires ou des témoins techniques. Ces types de témoins comparaissent en personne dans les procès devant les juridictions internationales. C'est pourquoi, les différents témoignages fournis par ces derniers sont qualifiés de témoignage direct. La C.I.J et la C.P.I attachent de ce fait, une grande importance aux témoignages fournis par les témoins ordinaires et les témoins techniques car, les juges peuvent directement au cours de l'audience leur poser des questions pour tester la crédibilité de leurs témoignages.

Les parties au procès devant la C.I.J et la C.P.I peuvent faire appel aux témoins ordinaires pour soutenir leurs thèses et arguments. Les témoins ordinaires contribuent à l'établissement de la vérité devant la C.I.J et la C.P.I à travers leurs témoignages. En effet, les témoins ordinaires sont des personnes appelés à comparaître devant le juge pour relater les faits dont elles ont eu connaissance³¹. Il s'agit précisément, des personnes qui ont été victimes ou témoins d'un fait. Devant la C.P.I, ils sont considérés en général comme des témoins de fait surtout, si leurs témoignages portent sur le comportement de l'accusé. Par conséquent, ils comparaissent en personne devant la Cour car, leurs témoignages sont très pertinents dans la conduite du procès devant cette juridiction. De même, devant la C.I.J le témoignage peut être fourni par des témoins ordinaires³². En fait, au cours de la phase orale, la Cour reçoit des témoignages provenant des témoins ordinaires. Elle accorde en général aux témoignages fournis par des témoins ordinaires une valeur probante élevée par rapport aux témoignages qui lui sont présentés indirectement par

³⁰ Anne-Marie LA ROSA ; *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, op.cit.*, p.261.

³¹ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, op.cit.*, p.261.

³² Le témoignage direct devant la C.I.J est ainsi, fait par des témoins et des experts présentés à l'initiative, soit des parties, soit de la Cour suivant la réglementation formulée aux articles 58 à 65 du Règlement qui font suite à l'article 43 de son Statut.

les parties. Le témoignage devant la C.I.J et la C.P.I peut donc être fourni directement par la victime ou le témoin.

Les témoins techniques quant à eux sont des personnes chargées d'apporter aux juges un éclaircissement sur la situation sur le terrain ou sur un point historique. En général, on considère comme témoins techniques l'enquêteur et le témoin-expert. Ces types de témoins comparaissent afin de donner une opinion sur une question de fait ou de droit. L'enquêteur effectue la recherche des preuves sur place aussi bien pour l'accusation que pour la défense alors que le témoin-expert est spécialisé dans un domaine de connaissance sur lequel on lui demande de faire une déposition. Ainsi, il s'agira de présenter d'abord le témoignage fourni par le témoin expert avant de monter celui de l'enquêteur.

2 : Le témoignage indirect

Le témoignage devant la C.I.J et la C.P.I. peut être fourni indirectement. Le témoignage est dit indirect lorsqu'il déroge au principe de la présence obligatoire du témoin à l'audience. Autrement dit, le témoignage indirect est un témoignage qui est fourni sous forme de déposition ou d'enregistrement lors d'un procès.

Au cours de la phase orale, la C.I.J reçoit des témoignages provenant de plusieurs sources parfois directement ou indirectement lorsque, le témoin n'a pas pu faire le déplacement au lieu des audiences. Le témoignage indirect devant cette juridiction est présenté sous forme de déposition ou d'enregistrement. De même, la C.P.I autorise les parties au procès à présenter des témoignages indirects compte tenu des difficultés considérables relatives aux déplacements des témoins jusqu'au prétoire. Ces deux juridictions autorisent à cet égard, le témoignage par déposition, par vidéoconférence, les déclarations et les résumés de témoignage.

Le témoignage par déposition et par vidéoconférence sont deux formes de témoignage indirect. Ces témoignages comme nous l'avons dit plus haut sont qualifiés d'indirects parce qu'ils dérogent au principe de la présence obligatoire du témoin à l'audience. Le témoignage par déposition est un témoignage écrit qui permet de recueillir le témoignage des personnes qui sont dans l'incapacité de se rendre au prétoire alors que, le témoignage par vidéoconférence est un témoignage fait par liaison vidéo.

Le témoignage par déposition d'un témoin est important si l'on veut sauvegarder le récit d'un témoin qui ne peut se rendre à l'instance pour diverses raisons telles que les menaces, les

intimidations ou la distance entre le lieu où se situe le tribunal et le lieu de résidence du témoin³³. Devant la C.I.J et la C.P.I les parties au procès peuvent présenter des témoignages par déposition.

S'agissant du témoignage par vidéo-conférence c'est une forme de témoignage indirect par laquelle le témoin est en liaison vidéo avec la Cour par le relais d'un écran. Les parties, les juges et le témoin sont alors en mesure de se voir, de s'entendre et la déposition du témoin peut être recueillie. Il permet tout comme le témoignage par déposition de recueillir les témoignages des personnes ne pouvant se rendre au siège des juridictions³⁴. Ainsi, les parties peuvent présenter des témoignages par vidéo-conférence devant la C.I.J et la C.P.I. Cependant, il importe de s'appesantir aussi sur la déclaration assermentée et le résumé de témoignages qui sont tout comme les témoignages par déposition et par vidéo-conférence des témoignages indirects.

La déclaration assermentée ou affidavit est une déclaration écrite faite par une personne qui ne se rendra jamais devant la Cour. De ce fait, les parties aux procès devant la C.I.J et la C.P.I peuvent présenter des déclarations assermentées. Les affidavits sont en effet, des affirmations écrites, faites sous serment, qui attestent la véracité de certains faits ou leur l'authenticité. Leurs contenus constituent des témoignages ce qui, leurs rapproches de la preuve testimoniale dont ils se différencient par le fait que leurs auteurs ne sont pas soumis à un contre-interrogatoire par la partie adverse³⁵. C'est pourquoi, certaines juridictions s'abstiennent de les accueillir.

Le résumé de témoignages quant à lui, est un compte rendu des témoignages recueillis. Il peut être utilisé pour établir la vérité lors d'un procès lorsque la présence du témoin dans le prétoire s'avère impossible compte tenu, des menaces ou des représailles. En effet, lorsque la sécurité d'un témoin peut être mise en danger du fait des preuves qu'il a fournies à la Cour, celle-ci doit s'abstenir de les divulguer et faire des résumés de témoignage. A cet effet, l'article 68 al.5 du Statut de Rome dispose clairement que « *Lorsque la divulgation d'éléments de preuve et de renseignements en vertu du présent Statut risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille, le Procureur peut, dans toute procédure engagée avant l'ouverture du procès, s'abstenir de divulguer ces éléments de preuve ou renseignements et en présenter un résumé* ». Ceci montre l'utilité des résumés de témoignage dans les procès devant la C.P.I. De même, dans l'affaire *Jean Pierre Bemba* par exemple, la dernière journée des déclarations finales a été marquée par un long

³³ Anne-Marie LA ROSA ; *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve. op.cit.*, pp.280-282

³⁴ RPP de la C.P.I, règle 67 et 87 par. 3.

³⁵ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales, op.cit.*, p. 33.

résumé des témoignages étayant les cinq chefs d'accusations qui pesaient contre lui³⁶. C'est ce qui montre à suffisance que ce type de témoignage est admis devant cette juridiction. Cependant, cette procédure étant contraire au procès équitable, la C.P.I prévoit que l'accusation révèle l'identité du témoin quarante-cinq et trente jours avant le témoignage du témoin et la défense est par conséquent, autorisé à consulter les résumés des déclarations du témoin pour mieux préparer son plaidoyer en attendant la divulgation l'identité du témoin protégé³⁷.

La C.I.J quant à elle ne fait pas mention des résumés de témoignage dans ses dispositions. En plus, elle n'a jamais eu recours à des résumés de témoignages dans les affaires portées devant elle. En outre, le fait que la procédure devant cette juridiction soit essentiellement accusatoire ne favorise pas la production par les juges des résumés de témoignages. En fait, devant la C.I.J, il n'existe pas de juge d'instruction comme c'est le cas devant la C.P.I. La charge de la preuve incombe essentiellement aux Etats parties au procès ce qui fait que les juges de la Cour ne peuvent pas se permettre de faire des résumés de témoignage. Les juges de la Cour ont pour mission de trancher les différends qui leur sont soumis sur la base des éléments de preuve qui leur sont présentés par les Etats parties au procès. Les parties doivent par conséquent, convaincre la Cour par des arguments valables et des preuves crédibles car, c'est en fonction des preuves qui lui sont présentés qu'elle rendra son verdict. Les résumés de témoignage n'existe donc pas devant la C.I.J parce que le rôle du juge de la Cour est de trancher les différends et non de faire des résumés de témoignage.

Ainsi, les différentes parties aux procès devant la C.I.J et la .C.P.I peuvent présenter des témoignages indirects pour étayer leurs arguments³⁸tels que les témoignages par déposition, le témoignage par vidéoconférence, la déclaration assermentée ou le résumé de témoignage qui est admissible dans la pratique de la C.P.I.

B-Des règles spécifiques en matière de recevabilité et d'appréciations de la valeur probante du témoignage

³⁶ Le procès Bemba devant la CPI : le dernier mot de la défense – RFI. Consultable sur le site WWW.rfi.fr/afrique/2014/11/13-proces-bemba-devant-la-cpi.

³⁷ CPI, Chambre de première instance II, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Requête aux fins de divulgation différée de l'identité et des déclarations des témoins 0267 et 0353 et aux fins de communication à la défense d'un résumé de leur déclaration dans l'intervalle m, ICC 01 /04-01/07, 16 avril 2009.

³⁸ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*, op.cit. pp. 33-205.

Les différents éléments de preuve une fois obtenu par les parties doivent être présentés devant l'organe juridictionnel compétent. Il se pose alors la question de leur recevabilité. La recevabilité est la qualité que doit présenter une demande, une pièce de procédure ou une preuve pour qu'elle soit exprimée par l'autorité à laquelle elle est soumise³⁹. La recevabilité d'un élément de preuve dépend de son aptitude abstraite à établir les faits qu'elle est censée étayer. Elle se distingue de sa force probante qui relève de son aptitude concrète à convaincre, d'où son caractère préliminaire⁴⁰. En général la recevabilité d'un élément de preuve est régie par des règles qui sont propres à chaque juridiction. De ce fait, les règles relatives à la recevabilité du témoignage devant la C.I.J (1) ne sont pas identiques à celles de la C.P.I (2).

1- La souplesse des règles régissant la recevabilité du témoignage devant la C.I.J.

La recevabilité du témoignage devant la C.I.J est régit par des règles qui visent à garantir sa crédibilité. Comme nous l'avons dit plus haut la règle empirique à la Cour en matière de recevabilité des éléments de preuve est la souplesse⁴¹. C'est ce qu'illustre d'ailleurs le libellé fort succinct de l'article 48 du Statut qui prévoit que la Cour « *prend toutes les mesures que comporte l'administration de la preuve* ». Par conséquent, la Cour dispose d'une liberté dans l'appréciation de la recevabilité et de la force probante du témoignage.

La recevabilité du témoignage devant la C.I.J est régis par le principe de la libre admission des modes de preuve car, cette juridiction encadre les efforts des parties dans la recherche de la vérité. Les parties jouissent de ce fait, d'une liberté de moyens presque illimité ce qui signifie que les parties peuvent présenter devant cette juridiction tous types de témoignages susceptibles d'étayer leurs arguments. En outre, elle leur aménage un droit extensif d'appeler des témoins et des experts⁴². En plus, la C.I.J admet largement la recevabilité des affidavits qui sont des témoignages écrits en forme de déclaration d'honneur⁴³. Les affidavits sont parfois inadmissibles dans certains systèmes juridictionnels compte tenu du fait que par leur nature elles ne présentent par les garanties nécessaires pour être admit devant ces juridictions. Néanmoins, la C.I.J a fait une

³⁹ Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 504.

⁴⁰ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL. (dir), *La preuve devant les juridictions internationales. op.cit.*, p. 29.

⁴¹ Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *op.cit.*, p.3

⁴² Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales, op.cit.*, pp.29-30.

⁴³ *Ibid.*

exception en ce qui concerne l'admissibilité de ce type de témoignage mais, elles ne les accordent pas véritablement une valeur probante. Le Statut et le règlement de cette juridiction ne prévoit pas de restrictions majeure en ce qui concerne la recevabilité du témoignage⁴⁴. Par conséquent, les parties au procès devant cette juridiction peuvent présenter soit des témoignages directs ou des témoignages indirects. En effet, la Cour ne fait aucun tri sur les témoignages qui lui sont présentés par les parties car, ce n'est qu'au cours de l'établissement des faits qu'elle détermine les plus importants. Ainsi, la recevabilité du témoignage devant la C.I.J ne soulève pas de difficultés majeures compte tenu du fait que, cette juridiction admet tous types de témoignages. Toutefois, il existe certaines exceptions à la recevabilité du témoignage devant la C.I.J tels que le contrôle d'admissibilité.

Une fois le témoignage reçu par la Cour, celle-ci doit apprécier sa valeur probante. La valeur probante du témoignage dépend de son aptitude à convaincre le juge. La C.I.J est affranchie de toute contrainte dans l'appréciation du témoignage⁴⁵. Autrement dit, l'appréciation de la force probante du témoignage est soumise à son entière discrétion⁴⁶. De ce fait, pour se laisser convaincre, la Cour apprécie d'abord la portée abstraite de la preuve puis, sa pertinence mais, pour ce qui est du témoignage, elle accorde en générale une valeur probatoire élevée au témoignage direct par rapport au témoignage indirect. En fait, la portée abstraite d'un moyen de preuve dépend d'une triple relation notamment la relation entre le moyen et l'objet qu'il est destiné à prouver, le degré de certitude qu'il apporte et la situation de celui qui l'invoque à son profit⁴⁷. La preuve doit donc, être pertinente pour avoir une valeur probante devant la C.I.J. A cet égard, trois directives sont mises à profit devant la Cour pour mesurer la pertinence d'un moyen de preuve à savoir son auteur, ses qualités intrinsèques notamment sa fiabilité et la confrontation du moyen de preuve à l'ensemble des éléments soumis à la connaissance de la Cour. Ce cumul des exigences résultant de chaque directive vise à conclure à la pertinence d'un moyen de preuve. Dans l'affaire du *Génocide en Bosnie* par exemple, la Cour a fait savoir que la valeur probante des rapports établis

⁴⁴ Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *op.cit.*, p.3

⁴⁵ Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *Op.cit.* p.3.

⁴⁶ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*. *op.cit.*, p.39.

⁴⁷ *Ibid.*, pp.40-41.

par des organes officiels qui rendent compte d'évènement pertinents dépend de la source de la preuve, de la manière dont-elle a été obtenue et de sa nature ou de son caractère. C'est dire que, la détermination de la valeur probante d'une preuve est variable. En fait, certains éléments de preuve peuvent une valeur probante élevée par rapport à d'autres. Ils peuvent être considérés comme ayant a priori une valeur probatoire élevée compte tenu du fait qu'ils trouvent leurs origines dans les dépositions des témoins. Page | 269

Ainsi, il est établi que la recevabilité du témoignage devant la C.I.J ne soulève pas de véritable difficulté puisque, les parties peuvent présenter tous les types de témoignages susceptibles d'étayer leurs arguments. Toutefois, il existe des exceptions à cette recevabilité de principe. De ce fait, elle accorde en générale une valeur probante élevée au témoignage direct par rapport au témoignage indirect.

2- Les règles régissant la recevabilité et l'appréciation de la valeur probante du témoignage devant la C.P.I

La recherche de la vérité en matière pénale impose le principe de la liberté de la preuve car, il s'agit de prouver des faits et non des actes juridiques. La C.P.I admet dès lors, tout élément de preuve pertinent et tient compte de sa valeur probante, en portant une attention particulière à sa fiabilité⁴⁸.

La C.P.I admet tout témoignage pertinent et tient compte de sa valeur probante, en portant une attention particulière à sa fiabilité. Tout témoignage pertinent qui présente une valeur probante est recevable devant la C.P.I⁴⁹. Autrement dit, les parties au procès devant cette juridiction peuvent présenter des témoignages à condition que, ceux-ci soient pertinents et présentent une valeur probante. En fait, devant la C.P.I l'élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable peut être déclaré irrecevable⁵⁰. Par conséquent, le témoignage qui ne présente ni pertinence ni valeur probante peut être exclu. La valeur probante et la pertinence du témoignage relève d'une décision discrétionnaire de l'organe judiciaire car, il est difficile de définir de façon claire et précise ces deux concepts⁵¹. La valeur

⁴⁸ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p. 350-351.

⁴⁹ Cf.art.69 du SDR et règle 63 par.2 du RPP de la C.P.I.

⁵⁰ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p. 350

⁵¹ *Ibid.*, p.352.

probante caractérise un témoignage qui tend à établir le bien-fondé des faits ou de moyen invoqués par une partie. Elle est par conséquent, de nature à influencer sur la décision à prendre. La pertinence est quant à elle implique un certain degré de valeur probante. En fait, un fait est pertinent par rapport à un autre s'il existe un lien qui permet de supposer par interférence que l'un existe si l'autre existe⁵². Ces deux critères de recevabilité du témoignage devant la C.P.I sont ainsi, complémentaires. Dans l'affaire, *le Procureur contre Mathieu NGUDJOLO*⁵³ la recevabilité des témoignages a été soumis au respect des critères de recevabilité que sont la valeur probante et la pertinence. La recevabilité du témoignage devant la C.P.I dépend aussi, de sa fiabilité. En plus, de la valeur probante et de la pertinence, le témoignage doit être fiable. La fiabilité du témoignage devant cette juridiction tient à son caractère volontaire, véridique et digne de foi⁵⁴. Le témoignage pour être recevable devant cette juridiction ne doit pas être obtenu de manière illégale c'est-à-dire par la force, la contrainte ou tout autre moyen visant à faire exercer une certaine pression au témoin. En plus, le témoignage doit relater des faits réels car, le témoin qui donne un faux témoignage devant cette juridiction fait l'objet de sanction. Cependant, pour tester la véracité des témoignages qui lui sont fournis la C.P.I soumet les témoins au contre interrogatoire par la partie adverse. La fiabilité est donc une composante inhérente et implicite de la recevabilité du témoignage devant la C.P.I⁵⁵. Ainsi, si un témoignage n'est pas fiable, il n'aura certainement aucune valeur probante car, en examinant la valeur probante et la pertinence d'un témoignage la Cour porte une attention particulière aux indices de sa fiabilité.

La recevabilité du témoignage devant la C.P.I dépend ainsi, de sa valeur probante, de sa pertinence et de sa fiabilité car, la règle en matière de recevabilité du témoignage est la souplesse. Cependant, certaines exceptions viennent limiter cette souplesse de la règle de recevabilité du témoignage devant cette juridiction. En effet, la souplesse de la règle relative à la recevabilité du témoignage est limitée par certaines exceptions expresses⁵⁶. Elles se rapportent aux témoignages qui ne présentent pas les garanties nécessaires de fiabilité et dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable. Tout témoignage obtenu par des moyens qui

⁵² *Ibid.*

⁵³ Affaire le Procureur c. Mathieu NGUDJOLO, jugement du 18 décembre 2012 ; N° : ICC-01/04-02/12. Disponible en ligne sur le site [WWW.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

⁵⁴ Anne-Marie LA ROSA ; *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p.353.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

entement fortement sa fiabilité est irrecevable devant la C.P.I. De même, tout témoignage susceptible de porter gravement atteinte au bon déroulement de la procédure et à son intégrité est écarté⁵⁷. De ce fait, le témoignage doit avoir été obtenu dans des circonstances qui ne portent pas atteinte à sa nature ou son caractère et qui ne sont pas susceptibles d'enfreindre un droit fondamental d'un suspect ou d'un accusé. Les dépositions involontaires et sous pression ne sont pas aussi recevable. Cependant, la pratique juridictionnelle de la C.P.I a fait preuve d'ouverture en admettant les témoignages par ouï-dire⁵⁸. En fait, les preuves par ouï-dire couvrent les déclarations d'une personne entendue comme témoin lors d'un procès et qui, dans l'objectif de prouver la réalité d'un fait, rapporte, non pas ce qu'elle connaît personnellement, mais ce qu'une autre personne a dit. Dans certains systèmes juridictionnels la preuve par ouï-dire est irrecevable⁵⁹ parce qu'elle est censée de par sa nature être dénuée de toute fiabilité que la personne dont les propos sont rapportés n'est pas soumise au feu des questions de l'accusation ou du tribunal. La recevabilité du témoignage devant cette juridiction obéit donc, à une logique qui lui est propre.

Par ailleurs, La détermination de la valeur probante du témoignage devant la C.P.I est fondée sur le principe de la libre appréciation du témoignage⁶⁰. Autrement dit, c'est le juge qui est censé déterminer la valeur probante des témoignages qui lui sont soumis. La valeur probante du témoignage dépend de ce fait de l'intime conviction du juge. Cependant, il existe certains critères de détermination de la valeur probante du témoignage. En fait, la détermination de la valeur probante du témoignage devant la C.P.I varie en fonction du type de témoignage présenté par les parties devant cette juridiction. La valeur probante du témoignage devant la C.P.I est fixée en fonction de chaque type de témoignages. La pratique juridictionnelle de la C.P.I a attaché une valeur probante plus ou moins grande aux témoignages fournis par les parties. En effet, la C.P.I accorde au témoignage direct une valeur probante élevée par rapport au témoignage indirect. Ainsi bien que la C.P.I admet le témoignage par vidéo-conférence ou par déposition, elle estime que la valeur probante d'un témoin qui est physiquement dans le prétoire est supérieure à celle d'un témoignage par vidéo-conférence⁶¹. Ceci est dû au fait que cette juridiction considère que le témoignage direct détient un poids supérieur par rapport au témoignage par vidéo-conférence ou

⁵⁷ Cf. art 69 par.7 du SDR.

⁵⁸ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p.351.

⁵⁹ *Ibid.*, p.358.

⁶⁰ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p.351

⁶¹ *Ibid.*, p.377.

par déposition. La présence du témoin dans le prétoire permet non seulement à la Cour de tester la crédibilité du témoin mais aussi, à la partie adverse de poser des questions au témoin sur des points restés obscurs. C'est pourquoi, cette juridiction accorde au témoignage direct une valeur probante élevée par rapport au témoignage indirect qui ne requière pas la présence du témoin dans le prétoire.

Pour ce qui est des déclarations assermentées, la C.P.I ne précise pas leur valeur probante. Néanmoins, il existe des témoignages dont la valeur probante est fixée par les textes constitutifs de cette juridiction⁶². Il s'agit des témoignages invoqués à l'appui des crimes sexuels, des témoignages du témoin unique, du témoin-victime et du témoin enfant⁶³.

La C.P.I accorde donc, une valeur probante élevée au témoignage direct par rapport au témoignage indirect qui ne présente pas les garanties nécessaires de fiabilité mais, la valeur probante des témoignages des victimes des crimes sexuels, du témoin enfant et du témoin unique est fixée par son acte constitutif.

II- DES EFFETS DISTINCTS

Le témoignage une fois reçu, devant la C.I.J et la C.P.I produit des effets distincts. Les effets du témoignage sont les conséquences du témoignage dans la résolution des différends. C'est en fait, l'impact du témoignage dans la découverte de la vérité et la résolution du litige par le juge. De ce fait, le témoignage devant ces deux juridictions peut avoir plusieurs effets. Le témoignage peut ainsi, contribuer à l'établissement des faits (A) et il est susceptible d'influencer la décision du juge (B).

A- Des effets distincts au regard de l'établissement des faits

L'établissement des faits est une étape importante dans la résolution des différends devant la C.I.J et la C.P.I. C'est en effet, une reconstitution juridique des faits ayant pour but d'établir la vérité⁶⁴. L'établissement des faits est alors fait avec les différents moyens de preuve présentés par les parties au cours du procès. Devant la C.I.J, l'établissement des faits est fait grâce aux documents fournis par les parties au cours de la procédure écrite et grâce aux procès-verbaux de la phase

⁶² *Ibid.*, p.372.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve. op.cit.*, p.417.

orale⁶⁵. L'établissement des faits est capital pour cette juridiction car, l'arrêt doit comporter nécessairement les circonstances des faits⁶⁶. Par conséquent, cette juridiction accorde un grand intérêt à l'administration des preuves. Le témoignage étant un élément de preuve peut participer à l'établissement des faits devant cette juridiction mais, il faut préciser que devant la C.I.J, c'est la preuve documentaire qui est prédominante (1). Par contre, devant la C.P.I qui est une juridiction répressive, le témoignage constitue l'élément de preuve privilégié des parties au cours des procès. Le témoignage constitue donc, l'élément central d'établissement des faits devant cette juridiction car, l'opinion des juges sur les faits de la cause se forme au fil des témoignages recueillis (2).

1- Une place marginale devant la C.I.J.

Le témoignage devant la C.I.J ne participe pas véritablement à l'établissement des faits. Il détient une place marginale dans l'établissement des faits devant cette juridiction compte tenu du fait que devant cette juridiction, c'est la preuve documentaire qui est prédominante. En fait, l'importance de la preuve documentaire et l'absence parfois de preuve testimoniale au cours des procès devant cette juridiction font en sorte qu'elle n'accorde pas véritablement une place importante au témoignage dans la résolution des différends qui lui sont soumis par les Etats. La Cour s'attache alors plus aux preuves documentaires pour établir les faits litigieux. Le témoignage n'occupe par conséquent, qu'une place secondaire dans l'établissement des faits devant cette juridiction compte tenu de sa fiabilité. En effet, la C.I.J tient compte du défaut majeur du témoignage qui est son caractère subjectif au moment de l'établissement des faits. C'est pour cette raison que les effets du témoignage dans cette phase ne sont pas parfois considérables.

La marginalisation du témoignage dans l'établissement des faits se perçoit donc tant au niveau de la prise en compte du témoignage dans l'établissement des faits qu'au niveau de la détermination sa valeur probante.

Les faits revêtent une importance capitale dans les procès devant les juridictions internationales. Devant la C.I.J. l'arrêt doit contenir nécessairement les circonstances des faits⁶⁷ comme nous l'avons plus haut. C'est ainsi qu'elle dépouille et analyse les différentes preuves qui lui sont présentées par les Etats parties au procès. Elle exerce cette tâche de façon particulièrement

⁶⁵ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international. op.cit.*, p.210.

⁶⁶ Cf. Art.95 du règlement de la C.I.J.

⁶⁷ Cf. Article 95 du règlement de la C.I.J.

méticuleuse eu égard au caractère définitif de ces décisions⁶⁸. C'est pour cette raison qu'elle accorde difficilement du poids aux preuves qui présente un caractère douteux. Le témoignage occupe alors dans cette phase du procès une place marginale car, la Cour considère le témoignage comme un élément de preuve ayant un caractère subjectif⁶⁹. Effet, pour la C.I.J les qualités personnelles du témoin peuvent avoir une influence sur sa perception de l'évènement et c'est pour cette raison qu'il est difficile de donner un poids considérable au témoignage dans cette phase.

Le témoignage détient ainsi, une place marginale dans l'établissement des faits devant la C.I.J parce qu'elle se base d'abord sur les preuves documentaires pour l'établissement des faits litigieux et elle prend difficilement en compte les informations contenues dans les témoignages.

Devant la C.I.J la place accordée au témoignage dans l'établissement des faits est minime. En fait, pour l'établissement des faits litigieux la Cour dépouille et analyse d'abord la masse considérable des documents fournis par les parties au cours de la procédure écrite. Une fois cette étape terminée, elle décortique alors les procès-verbaux de la phase orale⁷⁰. Ceci est dû en réalité au fait que devant cette juridiction la preuve documentaire est prédominante. En fait, le témoignage est susceptible de jouer un rôle important dans l'établissement des faits devant la Cour car, elle peut grâce au témoignage déduire la véracité des faits. Toutefois, cette juridiction est réticente quant au poids à accorder au témoignage dans l'établissement des faits. Aussi, le fait que les faits qui sont soumis devant la Cour et sur lesquels les parties sont souvent d'accord soit établis dans des documents ne permet pas au témoignage d'avoir véritablement des effets dans l'établissement des faits litigieux devant la Cour.

De même, la marginalisation du témoignage dans l'établissement des faits devant la C.I.J se situe aussi au niveau de la prise en compte des informations contenues dans les dépositions des témoins présentés par les parties. En effet, le témoignage comme nous l'avons dit plus haut ne détient véritablement pas une grande importance devant la Cour compte tenu de la prédominance

⁶⁸ Cf. Article 40 du Statut de la C.I.J. Le juge procède ainsi afin d'éviter autant que possible une procédure de révision arrêt suite à la découverte d'un fait décisif qui s'est produit avant ledit arrêt, tel que prévue par l'article 61 de son statut.

⁶⁹ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international. op.cit.*, p.227.

⁷⁰ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international. op.cit.*, p.210.

de la preuve documentaire⁷¹. C'est pour cette raison que, les effets du témoignage sont réduits dans l'établissement des faits litigieux devant la Cour.

Les informations contenues dans les témoignages fournis par les parties devant la Cour n'ont pas de véritable valeur devant l'établissement des faits⁷². Lorsque, plusieurs témoins se présentent devant la Cour, leurs points de vue ne constituent qu'un faisceau de faits qu'elle établira en fonction des concordances avec d'autres éléments. En fait, Le témoignage est envisagé par les textes comme un moyen de preuve au même titre que la preuve écrite. Toutefois, les difficultés pratiques liées à sa mise en œuvre et le fait que la preuve documentaire suffit souvent à éclairer la Cour font en sorte que cet élément de preuve soit souvent délaissé⁷³. En outre, dans la pratique de la Cour les informations contenues dans les dépositions des témoins présentés par les parties sont sous évalués dans la pratique.

Ainsi, les effets du témoignage dans l'établissement des faits devant la C.I.J sont réduits car, le témoignage occupe une place marginale devant cette juridiction. La prise en compte du témoignage devant cette juridiction est de ce fait minorée. La marginalisation du témoignage dans l'établissement des faits se situe aussi, au niveau de la détermination de sa valeur probante. En outre, le témoignage est donc marginalisé au niveau de la détermination de sa valeur et dans les procédures par défaut.

2- Une place centrale devant la C.P.I

Le témoignage constitue l'élément de preuve privilégié des parties devant la C.P.I⁷⁴. C'est la pierre angulaire du procès pénale⁷⁵. De ce fait, les effets du témoignage dans l'établissement des faits litigieux devant cette juridiction s'avèrent considérable. En plus, parmi les différents moyens qui permettent d'approcher la vérité en matière de violation massives des droits de l'Homme, les praticiens de l'établissement des faits attachent une plus grande importance au témoignage⁷⁶. Le

⁷¹ Anne-Marie LA ROSA, *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, op.cit., p.261.

⁷² Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international*. op.cit., p.228.

⁷³ Hélène RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*. op.cit., p.40.

⁷⁴ Anne-Marie LA ROSA ; *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, op.cit., p.261.

⁷⁵ Ghislain M. MABANGA, « le rôle du conseil dans le cadre des témoignages incriminant leur auteur. le cas de la Cour Pénale Internationale », op.cit.,p.1-2.

⁷⁶ Anne-Marie LA ROSA, *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, op.cit., p.262.

témoignage permet par conséquent, à la Cour de reconstituer les faits, de corroborer les preuves documentaires et de déduire la négation ou l'approbation des faits.

La reconstitution des faits litigieux est une étape importante du procès pénal. C'est en fait au cours de cette étape que les opinions des juges sur les faits de la cause se forment. Elle est faite à partir des différents témoignages présentés par les parties. Les juges après avoir auditionné les témoins, déterminent les témoignages les plus pertinents pour la reconstitution des faits. A cet effet, le témoignage joue un rôle important dans la procédure d'établissement des faits devant la C.P.I car, il permet alors à la Cour d'acquérir les informations pertinentes nécessaires pour l'établissement des faits litigieux et il participe ainsi, à la clarification des faits.

Aussi, le témoignage permet à la C.P.I de déduire la véracité des faits et de corroborer les preuves documentaires qui lui sont fournies par les parties. En effet, le témoignage joue un rôle déterminant devant la C.P.I parce qu'il a, pour effet de déduire la véracité des faits. Par le biais du témoignage, la Cour peut déduire la véracité de certains faits compte tenu du fait que des arguments des témoins elle peut tirer soit leur négation ou leur approbation. L'admissibilité des témoignages devant cette juridiction est subordonnée au degré d'informations pertinentes contenues dans les différents témoignages. La fiabilité du témoignage est donc cruciale⁷⁷ car, la Cour tient compte des informations contenues dans les différents témoignages pour établir les faits litigieux. Dans l'affaire *Le Procureur contre Thomas Lubanga Dyilo*⁷⁸ par exemple, la Cour a entendu 67 témoins en 204 jours d'audiences. La Cour s'est appesantie sur les informations contenues dans les différents témoignages et dépositions pour déduire la véracité des faits et ainsi, prendre sa décision. C'est dire que, cette juridiction attache un grand intérêt aux informations contenues dans les témoignages pour déduire la négation ou l'approbation des faits

Par ailleurs, la corroboration des preuves documentaires devant la C.P.I est faite à partir du témoignage ce qui fait que, le témoignage joue un grand rôle dans l'établissement des faits litigieux devant cette juridiction. Le rôle assigné au témoignage devant cette juridiction est dû au fait que le témoignage est l'élément de preuve par excellence devant cette juridiction. Les preuves documentaires doivent donc être confirmées par le témoignage pour permettre à la Cour d'établir les faits. Maître Ludivine HERDEWYN affirme à cet effet dans son article « Sans témoins, il n'y

⁷⁷ *Ibid.*, p. 353.

⁷⁸ Affaire le Procureur c. Thomas LUBANGA DYILO, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, p.15.

aurait pas de procès »⁷⁹ que les preuves documentaires pour avoir force probante, doivent être corroborées par un témoignage. C'est dire que la valeur probante des preuves documentaires devant la C.P.I dépend de leur confirmation par un témoignage.

Les effets du témoignage dans l'établissement des faits litigieux devant la C.P.I sont donc importants puisque, grâce à la corroboration des preuves documentaires par le témoignage la Cour peut prendre en compte ces preuves documentaires pour tenir un fait pour établis. Le témoignage participe par conséquent, à la manifestation de la vérité devant cette juridiction⁸⁰. En fait, la corroboration des preuves documentaire par le témoignage n'est pas la règle compte tenu du fait que la détermination de la valeur probante des preuves documentaires est soumise à l'appréciation du juge⁸¹. Toutefois, le juge peut s'appuyer sur des témoignages pour confirmer des preuves documentaires et ainsi déterminer leur valeur probante.

Le témoignage produit ainsi, des effets considérables dans la découverte de la vérité devant cette juridiction. Il participe à l'établissement des faits litigieux par le fait qu'il permet de corroborer des preuves documentaires susceptibles de présenter des faits importants pour la résolution du différend soumis devant la C.P.I.

B-Des effets divergents au niveau de la décision

La décision est la conséquence juridique des faits établis⁸². C'est la solution aux différends qui sont soumis devant les juridictions. C'est en outre, un document écrit qui contient le résumé de l'affaire, la solution adoptée par la juridiction et les raisons qui ont conduit à son adoption. Devant la C.P.I, les juges après avoir examiné les preuves et en avoir discuté dans le secret du délibéré, reconnaissent aux faits une existence judiciaire s'ils sont convaincus au-delà de tout doute raisonnable. Ils confrontent ensuite ces faits à la règle de droit pénal applicable et en tirent les conséquences juridiques⁸³. Les juges doivent en plus convaincre par une motivation éclairée que leur appréciation est juste. La C.I.J par contre, doit d'abord définir l'objet du litige à travers l'établissement des faits litigieux et l'analyse encadrée des diverses prétentions des parties. Une fois cette étape terminée, elle doit déterminer le droit applicable et les solutions applicables au litige. Cependant, la décision de la Cour doit trancher le différend divisant les parties au litige et

⁷⁹ Ludivine HERDEWYN, « Sans témoins, il n'y aurait pas procès », *op.cit.*

⁸⁰ Anne-Marie LA ROSA : *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p.262.

⁸¹ *Ibid*, pp.350-352.

⁸² Jerzy WROBLEWSKI, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation » in Chaïm PERELMAN, Paul FORIERS, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p.332.

⁸³ Anne-Marie LA ROSA, *juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve, op.cit.*, p. 417.

elle doit prendre en compte les intérêts de la communauté dans son ensemble pour qu'elle puisse garder la confiance de ces justiciables⁸⁴.

Les effets du témoignage dans l'élaboration de la décision devant ces deux juridictions sont alors divergents. Dès lors, il est judicieux de montrer d'abord que les effets du témoignage devant la C.I.J (1). Ensuite, il sera question de montrer les effets du témoignage devant la C.P.I dans l'élaboration de la décision (2).

1- Les effets du témoignage devant la C.I.J dans la prise de décision par le juge

Les effets du témoignage dans l'élaboration de la décision du juge devant la C.I.J sont moindres. Le témoignage ne participe pas véritablement à l'élaboration de la décision compte tenu du fait que la Cour est appelée à trancher des litiges souverains qui imposent des décisions équilibrées et acceptables⁸⁵. La Cour ne doit pas seulement rendre des décisions mais, elle doit s'assurer que ses décisions seront susceptibles d'être exécutées par les parties⁸⁶. En outre, elle doit tenir compte des intérêts de la communauté internationale dans ses décisions ce qui n'est pas chose facile. De ce fait, le juge, dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration de sa décision. Toutefois, le témoignage peut participer à la détermination de l'objet du litige qui est un préalable à la décision

Les effets du témoignage dans l'élaboration de la décision de la Cour sont donc, moindres au niveau de la détermination de l'objet du litige qui est un préalable à la décision et ils n'existent même pas au niveau de la prise de décision compte tenu du pouvoir discrétionnaire de la Cour dans sa prise de décision. En effet, la Cour avant de rendre sa décision doit déterminer l'objet du litige⁸⁷. C'est un préalable à la décision de la Cour. En effet, au cours de la phase d'instruction du litige et notamment lors du délibéré, la Cour cherche à définir l'objet du litige qui divise les parties pour mieux rendre sa décision⁸⁸. Le témoignage a des effets à ce niveau parce qu'il, peut permettre l'établissement des faits litigieux. Les informations contenues dans le témoignage peuvent permettre à la Cour d'établir les faits litigieux sur lesquels elle entend fonder sa décision. Les effets que peut avoir le témoignage sur la détermination de l'objet du litige ne sont pas perceptibles dans

⁸⁴ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international. op.cit.*, p.456.

⁸⁵ *Ibid.*, 454.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international. op.cit.*, p. 209.

⁸⁸ *Ibid.*

toutes les affaires portées devant la Cour compte tenu du fait que la Cour n'a auditionné des témoins que dans de rares affaires. Dans l'affaire relative à *la chasse à la baleine dans l'Antarctique* par exemple, la Cour a recueilli un nombre considérable de preuve testimoniale et ces témoignages ont permis à la Cour d'établir les faits litigieux.⁸⁹ En fait, les effets du témoignage devant cette juridiction dans la détermination de l'objet du litige ont été considérables dans cette affaire. Cependant, la pratique de la Cour laisse constater une certaine marginalisation de la preuve testimoniale dans l'élaboration de la décision de la Cour.

.En outre, le témoignage est un élément de preuve susceptible d'éclairer l'opinion de la Cour sur les faits litigieux. Il peut permettre à la Cour de mieux cerner les faits litigieux par les informations qu'il contient. En effet, la Cour doit avant de rendre sa décision pour la résolution du litige, définir l'objet du litige⁹⁰. C'est un préalable essentiel à la décision car, l'opinion de la Cour sur les faits de la cause se forme au fil des témoignages et documents qu'elle détient⁹¹. Dans certaines affaires qui sont soumis à la Cour et qui demande une certaine l'utilisation de la preuve testimoniale pour l'établissement des faits, le témoignage peut permettre d'établir les faits litigieux et permettre ainsi, au juge de la Cour d'avoir une opinion sur les faits litigieux. C'est le cas, dans l'affaire relative à *la chasse à la baleine dans l'Antarctique*⁹² où le témoignage a occupé une place importante dans l'établissement des faits. C'est ce qui montre que la C.I.J qui se caractérise par la prédominance de la preuve documentaire peut faire appel au témoignage pour l'éclaircissement de certains faits. Le rôle assigné au témoignage dans cette affaire n'est pas négligeable car, grâce aux informations contenues dans les différents témoignages la Cour a pu avoir une opinion éclairée sur les faits litigieux.

Aussi, bien que le témoignage ne participe pas véritablement à la formation de la décision devant la C.I.J, les effets des témoignages dans la formation de l'opinion des juges sur les faits litigieux dans les différends relatifs aux droits de l'Homme ne sont pas négligeables. En fait, pour mieux statuer sur une affaire, la Cour doit avoir sa propre opinion sur les faits litigieux et ceci, n'est possible que par l'établissement des faits. L'établissement des faits se fait alors par l'analyse des différents éléments de preuves obtenus au cours des procédures y compris le témoignage. Le

⁸⁹ Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *Op.cit.* p.2.

⁹⁰ Brusil Miranda Martine METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international.* *op.cit.* p. 209.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *op.cit.* p.2.

témoignage participe donc dans certains cas à l'établissement des faits litigieux devant cette juridiction.

Ainsi, le témoignage peut avoir des effets dans la formation de l'opinion de la Cour sur les faits de la cause. Cependant, le témoignage n'a produit des effets devant la C.I.J que dans des rares cas compte tenu du fait que dans la pratique, elle n'offre que peu d'exemples de témoignage. Le témoignage produit donc des effets moindres dans l'élaboration de l'opinion de la Cour sur les faits litigieux mais, il reste à souligner que le témoignage n'a quasiment pas d'effets dans la décision de la Cour.

2-Les effets du témoignage dans les décisions devant la C.P.I

Le témoignage devant la C.P.I a des effets considérables dans l'élaboration de la décision. En droit pénal, international, la décision est la détermination par l'organe juridictionnel de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé⁹³. Les juges après avoir examiné les preuves et en avoir délibéré secrètement, reconnaissent aux faits une existence judiciaire si, et seulement si ils sont convaincu au-delà de tout doute raisonnable⁹⁴. C'est dire que la décision est la conséquence juridique des faits établis. Les juges après avoir pris la décision doivent montrer par une motivation dépourvue d'arbitraire que leur appréciation est juste et équitable. Ces règles qui s'imposent aux juges vise à garantir un degré de crédibilité à la version judiciaire compte tenu du fait qu'une décision motivée fourni une base essentielle pour convaincre le public de l'utilité de la C.P.I dans le maintien de la paix durable par la répression des crimes internationaux. Ceci dit, le témoignage participe véritablement dans la formation de la décision de la Cour parce qu'il permet l'orientation et la confirmation de l'opinion des juges et il est susceptible d'influencer la décision des juges.

L'orientation de la conviction des juges se forme au fil des témoignages recueillis. Le témoignage à travers les informations qu'il recèle permet aux juges d'avoir leurs propres opinions des choses. En plus, l'établissement des faits permet aux juges de découvrir la vérité et c'est en fonction des faits établis que les juges peuvent déterminer le droit applicable et qualifier les faits litigieux⁹⁵. Les effets du témoignage dans l'élaboration de la décision des juges devant la C.P.I sont donc considérables.

⁹³ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, op.cit., 459.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, op.cit., 457.

Le témoignage permet en outre à la C.P.I de renforcer la conviction des juges. En fait, devant la C.P.I les juges après avoir recueillis et examiner les différents témoignages qui leur sont soumis doivent reconnaître aux faits une existence. Il incombe alors à la C.P.I de découvrir la vérité à la lumière des preuves qui lui sont présentés par les parties⁹⁶. A cet effet, les juges mettent en évidence dans la décision les éléments qu'ils considèrent comme significatifs et ils fondent alors leurs convictions sur ces preuves même si elles ne sont qu'une représentation des événements. Le témoignage joue alors un grand rôle à ce niveau parce qu'en matière de détermination des crimes internationaux tels que le génocide les juges fondent plus leurs convictions sur les témoignages des victimes. Aussi, les juges doivent statuer au-delà de tout doute raisonnable. C'est pour cette raison qu'ils ne doivent retenir que les témoignages qui entraînent une conviction au-delà de tout doute raisonnable⁹⁷.

Ainsi, le témoignage joue un rôle très important dans la découverte de la vérité en matière de violations des droits de l'Homme. Il est considéré comme la pierre angulaire du procès pénale. De ce fait, il a une véritable influence sur la décision des juges devant la C.P.I. En effet, le témoignage peut avoir une influence considérable sur la décision lorsqu'il est suffisamment important pour aider la chambre de la Cour à aboutir à une conclusion sur l'existence ou non d'un fait essentiel et lorsqu'il est suffisamment important pour aider la chambre à apprécier la fiabilité d'autres preuves présentées en l'espèce.

Conclusion

Il a été question dans l'étude portant sur le « *Le témoignage devant la Cour Internationale de Justice et devant la Cour pénale Internationale* », de s'interroger sur l'administration du témoignage devant ces deux juridictions. En d'autres termes les règles d'admission du témoignage sont-elles similaires et les effets du témoignage sont-ils identiques devant les deux juridictions ? Force a été de constater au bout de l'analyse menée que le témoignage devant ces deux juridictions internationales obéit à des règles spécifiques d'admission et produit des effets distincts. L'admission du témoignage est subordonnée ainsi, au respect de certaines règles qui sont propres à chacune de ces juridictions et les effets du témoignage devant ces deux juridictions quant à eux

⁹⁶ *Ibid.* p. 437.

⁹⁷ Cf. Article 66, par.3 du SDR.

sont distincts car, le témoignage occupe une place marginale devant la C.I.J dans l'établissement des faits et dans la décision alors que devant la C.P.I, il occupe une place centrale. Toutefois, bien que dans la plupart des cas les effets du témoignage devant la C.I.J ne sont pas considérables, la C.I.J tend aujourd'hui à accorder une certaine importance au témoignage dans les affaires qui lui sont soumises lorsque cela s'avère nécessaire. C'est le cas l'affaire relative à *l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et dans l'affaire relative à *la chasse à la baleine dans l'Antarctique*.⁹⁸



⁹⁸ Cf. Discours de Son Excellence Peter TOMKA, Président de la Cour Internationale de Justice, devant la sixième commission de l'Assemblée Générale. *op.cit.* p.2.

Prêt rétrocedé, un engagement budgétaire de l'Etat à sécuriser

Par :

GOUNOU Zimé Kora

Assistant de Recherche,

Ministère de l'Economie et des Finances (MEF)

Centre d'Etude et de Recherche en Administration et Finances (CERAF)

Affilié au Centre Béninois de Recherches Scientifiques et de l'Innovation (CBRSI)

Page | 283

Résumé :

Face à l'insuffisance des ressources intérieures pour financer les entreprises, moteurs du développement économique et social, le recours aux ressources extérieures est d'une importance capitale. L'état des lieux sur la gestion des prêts ainsi qualifiés de rétrocedés aux entreprises publiques et autres Organisations non gouvernementales (ONG) a révélé, entre autres dysfonctionnements, par des études antérieures, le faible taux de recouvrement des prêts, l'indisponibilité de certaines informations crédibles relatives aux situations financière et économique des entreprises débiteurs, avant même que les prêts ne leur soient rétrocedés. Comme le constate H. Polackova « nombreux sont les Etats qui ont subi une instabilité budgétaire grave en raison de leur engagements conditionnels, obligations subordonnées à la survenue d'un événement précis (...) »¹. A travers cette étude, l'objectif a été de contribuer à éviter cette situation d'inefficacité budgétaire en proposant des mesures pour renforcer la sécurisation des engagements budgétaires de l'Etat à moyen et long terme.

Mots clés : Finances publiques, Prêt rétrocedé, emprunt, garantie, engagement budgétaire.

¹(H) Polacvak, POLACKOVA (H), *Les engagements conditionnels de l'Etat, risque budgétaire dissimulés*, in Finances et développement, Mars 1999, p.46

Introduction

L'économie béninoise est peu compétitive et surtout extravertie. Les études faites par le Laboratoire d'Analyse de Recherche Economique et Sociale (LARES) l'ont montré en soulignant que « *le commerce de réexportation représente donc l'essentiel des exportations de la zone franc vers le Nigéria. Réciproquement, le Nigéria exporte vers les pays voisins de la zone franc (et même au-delà) une large gamme de produits manufacturés (plus de 10 000 variétés dénombrées sur les étales des marchés de Cotonou).* »² M. Bach (1994)³ a conclu, suite à ces constats, que le commerce de réexportation et d'importation illégale avec le Nigéria favorise l'affaiblissement des finances publiques. La mobilisation des ressources financières est donc fonction de la solidité des structures économiques du pays, et surtout de la transparence dans la conduite des affaires. L'Etat a donc un important rôle d'accompagner l'économie nationale, comme le pense les keynésiens, en se posant la question fondamentale de savoir « quels sont les facteurs qui vont régir à un moment donné la distribution du revenu national entre consommation et investissement ? ». Ainsi que le précise A. Paysant dans son ouvrage des finances publiques : « *Le budget économique n'est pas une prévision technique neutre, il exprime la volonté politique du Gouvernement d'infléchir l'économie du pays dans le sens qu'il souhaite* »⁴. Autrement dit, les budgets économiques n'indiquent pas ce qui va se passer mais ce que le Gouvernement souhaiterait voir se passer. Le Bénin, étant classé au rang des pays les moins avancés ou *en voie de développement* dit-on, la réduction de la pauvreté, fait partie des principaux défis à relever.

Les fonds publics constituent des sources de financement de l'investissement et sont de plus en plus sollicités par les entreprises publiques comme privées. Il faut noter que dans les pays en développement et surtout ceux de l'espace UEMOA, c'est dans le secteur public que se concentrent les grands enjeux de la politique de l'environnement, des Nouvelles Technologies de l'Information, de l'énergie, etc. nécessitant, de volume d'investissement important face à une défaillance du secteur financier fuyant des risques.

² Extrait de l'article « la réexportation : vice ou vertu ? Le commerce du Bénin vers le Nigéria ». L'analyse faite dans l'article s'est appuyée sur une étude du commerce de réexportation réalisée par le LARES fin 1996 sur le financement de la coopération française.

³ Cité dans l'étude « la réexportation : un vice ou vertu ? Le commerce du Bénin vers le Nigéria »

⁴ A. Paysant, *Finances publiques*, 3^{ème} édition, Masson, Paris, 1992, p 135.

Ainsi, à travers la Caisse Autonome d'Amortissement, structure sous tutelle du ministère en charge des finances, l'Etat prend ses responsabilités dans l'accompagnement financier des entreprises. En effet, depuis quelques années les sollicitations croissent mais le respect des engagements par les débiteurs ne suit pas. Les entreprises bénéficiaires des prêts connaissent des difficultés pour honorer, dans les délais contractuels, leurs engagements. Qu'ils ne puissent faire face à leurs obligations garantis par l'État, et que ce dernier soit appelé, conformément aux dispositions de la loi, à rembourser avec les deniers publics, pose problème. Ces engagements conditionnels peuvent entraîner un alourdissement ou de fortes augmentations de la dette publique et impacter de ce fait les finances publiques. Le coût réel budgétaire de ces engagements « demeure invisible jusqu'à ce qu'il se matérialise ». Généralement, l'analyse budgétaire classique tend à se concentrer sur les engagements directs explicites de l'État, à savoir le remboursement de la dette souveraine, les salaires et pensions, etc., renchérie H.Polackova.

L'objectif de cet article est de contribuer à sécuriser davantage les engagements financiers publics qui devraient générer plus de ressources pour l'Etat. C'est pourquoi, cette réflexion porte sur la problématique de « Prêt rétrocédé, un engagement budgétaire à sécuriser ». Ainsi, il sera développé, dans un premier temps, l'impératif soutien de l'Etat (I) et, dans un second temps, les requis à la sécurisation (II).

I- L'IMPERATIF SOUTIEN DE L'ETAT

Après leurs indépendances, les pays d'Afrique principalement ceux au sud du Sahara, s'étaient retrouvés acculés par la nécessité de combler un déficit de ressources pour le financement de leur ambitieux programme d'investissements pour le développement. Cela a toujours nécessité une importante mobilisation de ressources, tant pour les sources publiques que privées. Avec l'élargissement de l'agenda du Système des Nations Unies (SNU) relatif aux Objectifs de Développement Durable (ODD), la question du financement du développement reste plus actuelle. Dégager un espace budgétaire pour soutenir les investissements aussi bien du secteur public que privé est indispensable. Pour y parvenir, il est important de passer en revue les acquis institutionnels (A) et les instruments juridiques (B) existants pour assurer les investissements aussi bien du secteur public que privé.

A- Les acquis institutionnels

Le contexte de crise économique presque récurrente incite les pays à revoir et à renforcer de façon périodique le cadre institutionnel concourant au bon fonctionnement du système de gestion des finances publiques. Cette politique touche essentiellement de nombreuses structures et organisation dont la solidité des textes est indispensable à l'exercice du rôle managérial de l'exécutif (1) d'une part, et au renforcement du pouvoir du parlement (2) d'autre part.

1- Le rôle managérial de l'exécutif

Dans ce paragraphe, il est question de s'interroger sur le rôle central de l'Exécutif et la contribution des principaux partenaires

a- Le rôle central de l'Exécutif

La crise des années 1980 qui a secoué le système financier international n'a pas épargné le système financier public au Bénin marqué par la disparation des banques commerciales et de développement. Ce fut l'avènement des institutions de micro finances (PAPME et PADME) soutenues par les bailleurs de fonds et garanties généralement par l'Etat. Il s'agit d'un partenariat combinant l'approche bonification de taux d'intérêt et la proximité avec les populations bénéficiaires.

Les activités de ces institutions se sont développées pendant quelques années (10 ans environ) dans des contextes marqués par une politisation à outrance de l'administration publique, d'une part, de celle des principaux projets ou organismes conçus pour gérer et accompagner les opérateurs économiques, d'autre part. Elles se sont développées dans un environnement caractérisé par un faible système de contrôle public de régulation, d'insuffisance de professionnalisme de nombreux intervenants sans oublier celui de la circulation de l'information. Du coup, ces systèmes de micro finance ont été ébranlés par les faillites et fermetures en cascade de nombreuses petites et moyennes entreprises clientes.

Pour suivre les différents prêts rétrocédés et garanties publiques, plusieurs mécanismes sont notamment mis en place. Il convient de préciser que la rétrocession naît d'un accord de prêt subsidiaire signé entre l'entreprise publique (bénéficiaire de tout ou partie des fonds du financement d'un accord principal avec les bailleurs) et la République du Bénin représentée par la Caisse Autonome d'Amortissement (CAA).

Selon le contrat, l'entreprise publique bénéficiaire du prêt subsidiaire remboursera le principal dudit prêt au Gouvernement dans un compte ouvert dans les livres de la BCEAO au nom de la Caisse Autonome d'Amortissement sur une période bien définie pouvant faire intervenir ou non de différé. De plus, l'entreprise publique fera virer à ce compte ouvert dans les livres de la BCEAO au nom de la CAA le montant des intérêts à un taux bien précis sur le principal du prêt subsidiaire retiré mais non encore remboursé. Pour amener les structures bénéficiaires de la rétrocession à mieux comprendre l'importance de permettre à la CAA d'assurer le service de la dette, tout remboursement du principal du prêt non effectué à l'échéance sera assujéti à des intérêts moratoires à un taux bien précis.

Entre autres outils de suivi tenu par l'exécutif, il y a le tableau des règlements à effectuer par l'entreprise bénéficiaire de la rétrocession, en capital et en intérêt du prêt subsidiaire. Ce tableau est souvent joint en annexe de l'Accord de financement.

Nonobstant ces dispositions, des études⁵ ont montré un accroissement des engagements extérieurs du Bénin d'une année à l'autre et un faible taux de recouvrement des prêts rétrocédés aux entreprises. Il convient de signaler qu'au titre du deuxième trimestre 2021, le rapport produit par la CAA montre qu'« au 30 juin de l'année 2021, le montant cumulé des recouvrements des prêts rétrocédés, avalisés et bonifiés s'élève à 2,64 milliards de FCFA contre 1,78 milliards de FCFA en 2020. Ce montant correspond à un taux de réalisation de 24,42% des prévisions de l'année 2021. Le faible taux de recouvrement des prêts rétrocédés s'explique par le fait que certains paiements prévus au titre du premier semestre 2021 n'ont pas pu être effectués en raison des opérations de restructuration ou de liquidation en cours, de certaines structures bénéficiaires des prêts rétrocédés ». Si ce rapport de suivi, fait ressortir un montant remboursé plus important entre 2020 et 2021, il constate néanmoins que le taux est faible. Les causes présumées de ce constat ne sont pas à négliger, car une étude en amont, avant la mise en place de ce prêt ou garantie devrait révéler le danger venir. Signalons qu'au titre de la Loi de finances 2021, dans la rubrique ressource de financement, les prêts rétrocédés sont estimés à 10 milliards de francs CFA pour un budget global de 2167 milliards de francs CFA.

Les garanties et avals sont retracés dans les comptes spéciaux du trésor qui par définition constituent « une modalité de présentation de certains crédits budgétaires. Les comptes spéciaux

⁵AHANDE (N), *une gestion performante des prêts rétrocédés aux entreprises par la Caisse autonome d'Amortissement*, (2016) Master II sous la dir. de S. C. Gnansounou. ENA/UAC.

du Trésor se distinguent des opérations de services de l'Etat en raison de leur caractère temporaire, de leur nature industrielle ou commerciale ou de l'affectation de certaines ressources à certaines dépenses ». ⁶

Les comptes spéciaux du Trésor (CST) peuvent être traités comme des programmes⁷.

« Les comptes de garanties et d'avaux retracent les engagements de l'Etat résultant des garanties financières accordées par lui à une personne physique ou morale, notamment les garanties octroyées par l'Etat pour les contrats de partenariats publics-privés visés à l'article 21 de la LOLF⁸. « La dotation portant les crédits destinés à couvrir les défauts de remboursement ou appels en garantie intervenus sur les comptes d'avances, de prêts, d'avaux et de garanties visée à l'article 44 est provisionnée au minimum à hauteur de dix pour cent (10%) des échéances annuelles dues par les bénéficiaires des garanties et les avaux de l'Etat. Le montant maximum des garanties et des avaux susceptibles d'être accordés par l'Etat pendant l'année financière est fixé par la loi de finances (...) »⁹. Et aux deux derniers alinéas de disposer que « Les garanties et les avaux sont donnés par décret pris en Conseil des ministres, sur rapport du ministre en charge des finances. Les conditions d'octroi et les modalités de gestion des garanties et des avaux sont établies par décret pris en Conseil des ministres. Elles sont conformes à la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique de toute union économique dont l'Etat est membre »¹⁰. En effet, cette disposition, rapprochée au développement de la situation de suivi présentée au dernier paragraphe du titre précédent, montre la nécessité de mettre en place, au profit des créanciers financiers, des « sûretés » et ce de façon à permettre une « bancabilité » des opérations de financement des investissements dont l'économie béninoise à besoin.

b- Le rôle contributif des principaux partenaires

⁶ Article 1 de la Loi n°2013-14 du 27 septembre 2013 portant Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF).

⁷ Un programme est un regroupement de crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions représentatif d'une politique publique clairement définie dans une perspective de moyen terme et qui relèvent d'un même ministère. Le programme est l'unité de présentation et de spécification des crédits

⁸Article 21 : Les autorisations d'engagement constituent la limite supérieure des dépenses pouvant être juridiquement engagées au cours de l'exercice pour la réalisation des investissements prévus par la loi de finances. Pour une opération d'investissement directement exécutée par l'Etat, l'autorisation d'engagement couvre une tranche constituant une unité individualisée formant un ensemble cohérent et de nature à être mise en service sans adjonction. Pour les contrats de partenariat public-privé, par lesquels l'Etat confie à un tiers le financement, la réalisation, la maintenance ou l'exploitation d'opérations d'investissements d'intérêt public, les autorisations d'engagement couvrent, dès l'année où les contrats sont conclus, la totalité de l'engagement juridique.

⁹Art. 46 LOLF 2013, LOLF de septembre 2013, 2^e alinéa.

¹⁰Article 46 de la LOLF de septembre 2013, 3^e et 4^e alinéa.

Les partenaires de la CAA sont nombreux et exercent dans des domaines d'activités diversifiés. La plupart d'entre eux sont dotés de statut d'institution financière spécialisée (Exemple : les agences de microfinances, telles que PAPME¹¹, PADME¹²) qui donne un cadre juridique à la mission d'intérêt public. Selon le statut juridique de la CAA et de celle des entreprises bénéficiaires des produits de la Caisse, l'Etat peut apporter des concours financiers sous deux (02) formes ; soit il se porte garant auprès des bailleurs de fonds pour la mise en place d'un emprunt au profit des entreprises en les rassurant du paiement régulier des échéances, soit l'État négocie et mobilise les ressources financières sous formes d'emprunts, de dons ou de subventions auprès des bailleurs de fonds puis les met, à son tour, à la disposition des entreprises qui le sollicitent, sous forme de prêts à des conditions favorables comparativement à celles proposées par les banques commerciales.

En raison de l'importance des sommes engagées qui pèsent indirectement sur le budget de l'Etat, la tutelle juridique, qui est à la fois financière et technique (le ministère en charge des finances), prend le dessus sur tout. Ainsi, au sein du ministère en charge des finances plusieurs directions s'intéressent à la gouvernance financière de la CAA. Il s'agit principalement de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), de la Direction Générale du Budget (DGB), de celle du Trésor et de la Comptabilité Publique (DGTCP), de l'Inspection Générale des Finances (IGF), de la Cellule de Suivi des Programmes Economiques et Financiers (CSPEF), de la Direction Générale des Participations de l'État et de la Dénationalisation (DGEP), etc. Parmi ces nombreuses structures avec lesquelles la CAA entretient des relations d'engagement, de gestion et de suivi, celles sur qui se concentre la présente étude sont les quatre premières citées à cause des questions de sources de financement, de leur remboursement et surtout d'éventuel déficit impactant le budget général de l'Etat. En effet, c'est sur la question du financement et souvent du déficit que les réflexions vont se concentrer.

La BCEAO contribue non seulement à la connaissance de la conjoncture mais également elle participe à l'information des entreprises pour limiter *les casses*. La Banque centrale s'efforce de prévoir l'évolution de la conjoncture économique avec l'appui des directions des ministères sectoriels compétents. L'information des entreprises se fait par une structure chargée de collecter

¹¹ PAPME : Projet d'Appui pour la Promotion des Petites et Moyennes Entreprises (créé au début des années 1990 et devenu Agence au début 2000)

¹² PADME :Projet d'Appui pour le Développement de la Micro entreprise,(créé au début des années 1990 et devenu Agence au début 2000)

les données en rassemblant et exploitant des chiffres extraits des bilans des entreprises (comptes d'exploitations, de profits et pertes, etc.). C'est un instrument d'analyse et surtout de diagnostic financier. Un certain nombre d'indicateurs clés ou ratios appuyés d'un tableau de financement, donnent une vision synthétique du comportement de l'entreprise ce qui permet d'esquisser un diagnostic financier.

La DGTCP, un des partenaires privilégiés de la CAA, le trésor public a un statut d'institution financière spécialisée doté d'un cadre juridique d'exercice de mission d'intérêt public. Cette Direction générale est chargée de deux (02) missions essentielles que sont : la mission « Trésor » et la mission « Comptabilité Publique ». Ainsi, elle participe à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique économique et financière de l'Etat et de celle d'élaboration et de mise en œuvre de la régulation des institutions financières, des entreprises, etc. Elle assure également un rôle important de conseils dans le domaine des finances publiques. Cette direction gère, en collaboration avec la CAA, la dette de l'Etat. De ce fait, elle est chargée de « l'étude et du suivi des problèmes liés à la gestion de la trésorerie de l'Etat en vue de procéder aux arbitrages nécessaires »¹³. On ne saurait passer sous silence, d'une part son rôle de « production des états financiers, des statistiques des flux financiers de l'administration publique, assortis d'analyses et de l'élaboration du Tableau des Opérations financières de l'Etat »¹⁴ en collaboration avec les autres directions du Ministère en charge des Finances. Et, dans le cadre des prêts rétrocédés, le trésor est représenté auprès de la CAA par le Receveur des Finances de la Dette (RFD) comptable assignataire de la Caisse.

La DGB, assure un rôle essentiel dans le domaine budgétaire à savoir, la préparation, l'arbitrage, le suivi de l'exécution et propose le cas échéant, les mesures adaptées à la réalisation des objectifs fixés par l'Etat. Elle participe à l'élaboration des textes législatifs ou réglementaires ayant une incidence sur les finances publiques. Par ce fait, elle mène une étude préalable des projets d'actes législatifs et réglementaires ainsi que des projets de conventions ayant une incidence sur le budget de l'état.

L'IGF, corps de contrôle par excellence, corps d'Inspection aux compétences Générales et aux pouvoirs d'investigation élargis. De par son rattachement, l'IGF a une compétence générale

¹³ Arrêté N°1551/MEF/CAB/SGM/DGTCP/DCP/SP/240SGG20 du 22 Juin 2020 portant Attributions, Organisation et fonctionnement (AOF) de la Direction Générale du Trésor et de la Comptabilité Publique (DGTCP)

¹⁴ Idem

et permanente de contrôle de l'utilisation des fonds publics. Elle peut être associée aux autres corps de contrôle pour conduire des audits, des enquêtes et évaluations des politiques publiques au profit de l'administration publique, des collectivités, des partenaires techniques et financiers. L'IGF effectue des contrôles sur place, sur pièce, et à l'improviste sur, entre autres, les Comptables, les gestionnaires des établissements publics, des organismes bénéficiaires des concours financiers de l'Etat. Cet instrument de contrôle devrait être efficace mais, comme le souligne A. Barilari, le contrôle des Finances publiques « *n'est pas exclusivement technique* », il s'exerce dans un domaine politique dont les maîtres sont des hommes politiques qui en ont la commande¹⁵.

2- Le pouvoir renforcé du parlement

Les emprunts publics constituent une question très complexe qui retient l'attention en raison de l'enjeu relatif à leur montant considérable et à l'incertitude pour les Etats d'honorer leurs engagements. La Loi Organique relative aux lois des finances de septembre 2013 consacre au Parlement le pouvoir d'autorisation et de prise en charge des dettes des tiers, le pouvoir d'autorisation d'octroi de garanties et le pouvoir d'affectation d'une ressource de l'État à une autre personne morale

a- Les pouvoirs d'autorisation de prise en charge des dettes des tiers et d'octroi de garantie

Les reprises de dettes de tiers ont une lourde répercussion sur les charges de trésoreries notamment l'amortissement mais aussi sur les charges budgétaires, en ce qui concerne l'intérêt de la dette. Toutes ses implications justifient cette autorisation qui doit être comme le quitus du Parlement à l'exécutif, pour la prise en charge des dettes de tiers.

Le pouvoir d'autorisation et de prise en charge des dettes des tiers ne saurait être dissocié de celui budgétaire, fondement du parlementarisme. Il est donc partagé entre l'exécutif et le législatif. Cette autorisation parlementaire transparait exclusivement dans la Loi des Finances car il s'agit d'une compétence non négligeable. Cette question a une importance fondamentale car, en cas de pépin, les ressources nécessaires pour faire face aux lourdes charges d'impayés sont à prélever des recettes dont la prévision relève du pouvoir d'autorisation budgétaire du parlement.

¹⁵GOUNOU (Z. K.), « Etude des systèmes de contrôle financiers publics dans l'espace de l'union économique et monétaire ouest africaine : L'exemple de la République du Bénin », thèse de Doctorat, Juillet 2014, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.

Par exemple, pour le Conseil d'État français « Une garantie de l'Etat est pour celui-ci une charge éventuelle mais qui de ce fait peut prendre des proportions considérables. La loi Organique pourrait prévoir que ce type de charge ne peut résulter que d'une loi de finances ». ¹⁶ Le Parlement devient incontournable dans l'octroi de garantie compte tenue des charges qu'il génère pour le garant (l'Etat). C'est donc un domaine qui relève exclusivement de la loi des finances ¹⁷.

Les comptes de garantie, tout comme ceux des prêts, d'avances et d'avals font partie des comptes spéciaux du trésor retracés dans la loi de finances, donc autorisés par le Parlement. Il ne peut en être autrement car, le Budget est un acte de prévision et d'autorisation, et ceci en dépense comme en recette, s'accordent plusieurs auteurs de finances publiques (Bouvier (M) ; Muzellec (R) ; Orsoni (G), etc.). L'élaboration, le vote, le suivi de l'exécution du budget de l'Etat constituent des actes manifestant le pouvoir budgétaire de l'exécutif et du Parlement.

b- Le pouvoir d'autoriser l'affectation spéciale d'une ressource particulière

Tout comme les comptes de garantie, les comptes d'affectation spéciale sont inscrits dans la liste des comptes spéciaux du trésor. Ces « (...) comptes retracent des opérations qui, par suite d'une disposition de la loi de finances prise sur l'initiative du gouvernement, sont financées au moyen de ressources particulières (...) ». Par cette disposition de la LOLF béninoise, on note le monopole de la loi de finances, pour toute ressource publique. Cette exigence a de conséquence sur le suivi. A priori, il faut forcément une autorisation de la loi de finances, avec les exigences d'examen et de vote découlant du pouvoir budgétaire de l'exécutif et du Parlement.

Il convient de noter que la mobilisation des ressources extérieures est assortie de procédures, de règles et de principes spécifiques, d'une part, à chaque bailleur de fonds, et d'autre part, propres à chaque État. L'enjeu pour le pays emprunteur, c'est de combiner les contraintes des bailleurs de fonds avec les règles de procédures nationales d'exécution. De plus, la consommation des fonds affectés est souvent assujettie à la satisfaction de conditions relatives à la réalisation d'une politique publique interne ou externe au pays. Cela pourrait être source d'obstacles.

Par exemple, depuis janvier 2020 le Coronavirus (COVID_19) a été reconnue comme une pandémie par l'OMS, parce que, très vite elle s'est étendue à plusieurs régions du monde. Cette épidémie a donc été reconnue très tôt comme « une urgence de santé publique de portée internationale ». Son apparition a des répercussions très graves sur le plan sanitaire, économique

¹⁶ Avis du 28 décembre 2000

¹⁷ Art. 39 de la Loi Organique relative aux Lois de Finances de septembre 2013.

et social. Ainsi, on note une diminution de la production, des exportations, et un accroissement du chômage suivi de la baisse des revenus qui impacte sans aucun doute le déficit budgétaire. C'est la raison pour laquelle un fonds « COVID » a été mis en place, en urgence, par les principaux bailleurs (FMI, Banque Mondiale, BEI, GIZ, etc.) pour mettre en œuvre le plan de riposte, surtout socioéconomique. Ces fonds viennent en appui budgétaire affecté et non affecté. L'ensemble des Partenaires Techniques et Financiers (PTF) ont abondé le budget de ce fonds selon leurs centres d'intérêt. Ces ressources qui ne figuraient au budget initial font l'objet d'un rectificatif ou justifiées dans la loi de règlement. Le parlement est mis devant le fait accompli, il ne fait que constater. Aussi, cet acte de régularisation permet-il aux partenaires bilatéraux (GIZ et UE par exemple) de pouvoir le justifier auprès de leur parlement ?

B- Les instruments juridiques

La rétrocession des prêts et autres garanties publiques obéissent à un cadre juridique renforcé par le vote de la Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF) du 27 septembre 2013 (1). Ce document législatif contribue à l'appréciation de la nature juridique des emprunts publics (2).

1- Les Prêts rétrocédés à la lumière de la LOLF et autres instruments

Nous avons à ce niveau la loi organique relative aux lois des Finances de septembre 2013, le décret portant politique d'endettement et de gestion de la dette publique au Bénin, l'arrêté portant procédures de garantie et de rétrocession de prêts publics, le document de stratégie d'endettement public à moyen terme 2020-2024. Seuls les deux premiers feront l'objet d'analyse.

a- La LOLF de 2013

La nouvelle loi organique relative aux lois de finances du 27 septembre 2013 au Bénin contient nombre de dispositions concernant les emprunts de l'Etat puisque ces emprunts, même au profit d'entreprises publiques ou privées, constituent un moyen non négligeable pour faire face au déficit budgétaire. C'est ainsi que l'article 6 de cette loi dispose « *qu'aucune recette ne peut être liquidée ou encaissée, aucune dépense publique ne peut être engagée ou payée, si elle n'a été préalablement autorisée par une loi de finance.* » Plus spécifiquement, l'article 30 de la LOLF béninoise considère les remboursements de prêts et avances comme des ressources de trésoreries

à son alinéa 4, d'une part, et à l'alinéa 3 de l'article 31, d'autre part, de disposer que les prêts et avances sont des charges de trésorerie.

Avec les prêts rétrocédés, l'Etat béninois, bien qu'étant un intermédiaire, prend des risques au nom du contribuable béninois, par ce fait, cette mesure normative et ses dispositions dérogatoires¹⁸, ne peuvent que couvrir le domaine de rétrocession des prêts. Avec les produits relatifs à la rétrocession et à l'aval, l'Etat paraît comme celui qui peut supporter le mieux le risque, le maîtriser en canalisant les actions du bénéficiaire du prêt ou de l'aval. Pour y parvenir, il dispose les moyens de sa politique, lesquels sont aussi bien institutionnel, structurel que procédural. Disposant d'une large initiative en la matière, l'Etat se doit de respecter les principes budgétaires, dont il est le garant. C'est ainsi qu'on lit à l'article 17 de la même loi, au quatrième alinéa que « *les crédits destinés à couvrir les défauts de remboursement ou les appels en garantis intervenus sur les comptes d'avances, de prêts, d'aval et de garanties* » font l'objet de dotations autorisées par la loi. C'est pourquoi, il est contraint par la loi ou simplement par les circonstances à financer ces imprévus de non respects des engagements en engageant les deniers publics. Ces engagements conditionnels à l'origine entraînent parfois des augmentations du niveau de la dette publique.

Ces dispositions juridiques au Bénin ne sont pas si distancées de celles prévues dans les pays développés, en l'occurrence la France, qui constitue une référence pour les pays d'expression francophone en matière de légiférations. Comme on le constate dans une étude (mélange) en l'honneur de Loïc PHILIP : *Constitution et Finances Publiques*, un auteur rappelle la cohérence des dispositifs en ce sens que, pour fixer les conditions de l'équilibre financier de l'Etat, le Parlement examine et autorise dans un souci d'équilibre, le solde budgétaire ; le tableau de financement ; il peut fixer le plafond de la variation de la dette et limite ainsi le recours à l'emprunt qui pourrait se révéler abusif. « *Les engagements conditionnels peuvent se concrétiser ou non, selon que certains événements se produisent ou non. La probabilité qu'ils se produisent peut-être indépendante des politiques publiques lorsqu'ils ont trait, par exemple, aux catastrophes naturelles ou leur être liée* »¹⁹ et dans ces cas de figure, la loi a prévu des dispositions d'urgence à prendre.

Pour F. Marty (2016), « Les engagements conditionnels posent plusieurs problèmes en termes de gestion des deniers publics. ». On peut citer entre autres, le problème d'ordre moral, par

¹⁸ Article 6 de la LOLF du 27 septembre 2013 du Bénin, alinéa 2

¹⁹ POLACKOVA (H), *Op.Cit.* p.46

rapport au bénéficiaire de la garantie qui, selon cet auteur, n'est plus autant placé en situation de risque. Le problème d'ordre financier, parce qu'elles peuvent induire un risque budgétaire réel pour la personne publique *si les risques se cristallisent à un moment donné, c'est-à-dire si les garanties sont appelées de façon simultanée.*

On peut comprendre avec H. Polackova et autres, que les engagements « *conditionnels explicites sont des obligations légales pour l'État d'effectuer des paiements si, et seulement si, un événement précis se produit. Comme leur coût budgétaire demeure invisible jusqu'à ce qu'ils se matérialisent, ils représentent une subvention occulte et une ponction sur les finances publiques futures et compliquent l'analyse budgétaire.* » On se pose la question de savoir si le diable n'est pas dans ce qu'on qualifie d'« invisible ». Ce type de garantie est considérée comme un engagement conditionnel parce qu'on ne peut pas, a priori, déterminer d'une part, le moment de sa survenance, la probabilité de son apparition et le montant qui pourrait être appelé. De tels engagements sont potentiellement des risques budgétaires.

Il faut reconnaître avec Marc Lacoursière et Frédéric Levesque que « *les règles de droit applicables sont éparpillées à plusieurs endroits (...) et leur portée n'est pas claire.* »²⁰. Dans une perspective de sécuriser les ressources publiques pour les uns et de défendre les intérêts corporatistes pour les autres, nombre d'auteurs attaquent, dans un premier temps, les lacunes de l'encadrement juridique existant et proposent, dans un second temps, des pistes de réflexion et de solution dans une perspective de réforme.

b- Autres instruments

Le décret n° 2015-581 du 18 novembre 2015 portant politique d'endettement et de gestion de la dette publique au Bénin en son titre IV aborde le processus et des procédures d'emprunt, de garantie publique et de rétrocession de prêt public. L'article 14 dispose que « *la saisine de la Commission Nationale de l'Endettement pour avis est obligatoire pour tout projet d'emprunt intérieur et extérieur, de demande de garantie et de rétrocession publiques. L'avis motivé ci-dessus prend notamment en compte les éléments suivants :*

- *l'intérêt de l'emprunt pour l'Etat ;*

²⁰« *Le remboursement par anticipation d'un prêt hypothécaire par un consommateur : enjeux et perspectives de réforme* » Les Cahiers de droit Volume 57, Issue 4, Décembre 2016, p. 583–633

- la compatibilité avec la stratégie de dette à moyen terme ;
- l'impact du nouvel endettement sur la viabilité de la dette publique et la soutenabilité des finances publiques. ».

Il convient donc de préciser que le quitus pour toute rétrocession de prêt par l'Etat est donné par la Commission nationale d'Endettement. Cette commission est notamment chargée d'étudier toutes les requêtes et offres de financement intéressant l'Etat, ses démembrements et les entreprises publiques, ainsi que les emprunts publics extérieurs et intérieurs et les emprunts pour lesquels la garantie de l'Etat est sollicitée.²¹ Ceci suppose donc qu'en amont, les demandes font objet d'une méticuleuse étude de faisabilité. Cela voudrait donc dire qu'en principe, un prêt n'est pas rétrocédé à vue. Mais dans le fond cela pose un problème de la technicité de l'étude de faisabilité.

Dans un premier temps, pour toute garantie de l'Etat ou rétrocession, il faudrait qu'elle présente une réelle opportunité pour l'Etat. Autrement dit qu'elle soit opportune car pour Eugénie Goudmand (2016-2017)²² l'emprunt constitue, pour l'Etat, un enjeu financier très important, parce qu'il a beaucoup à gagner mais aussi beaucoup à perdre. Dans un deuxième temps, la prise en compte de la comptabilité avec la stratégie d'endettement à moyen terme est aussi primordiale à plus d'une raison, car à chaque loi de finances est annexée une stratégie d'endettement au titre de l'année. Troisièmement, une rétrocession de prêt n'est possible que lorsqu'un nouvel endettement de l'Etat ne creusera pas davantage le déficit budgétaire, ou n'affectera pas la soutenabilité des finances publiques.²³

Les personnes morales qui peuvent bénéficier d'une rétrocession de prêts de la part de l'Etat sont:

- les collectivités territoriales ;

²¹DECRET N° 2008.720 DU 22 DECEMBRE 2008 Modifiant et complétant le décret n° 2003-260 du 31 juillet 2003 portant attributions, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale de l'Endettement (CNE).

²² GOUDMAND (E), « *Emprunt : source exclusive des finances publiques* », Mémoire de Master recherche, Droit public, Lille, (2016-2017)

²³Définition traditionnelle de la soutenabilité à long terme des finances publiques dans la littérature macroéconomique : « *Les finances publiques sont considérées soutenables lorsque les administrations publiques sont capables d'assurer le financement de leur dette publique ainsi que l'ensemble de leurs dépenses futures – y comprises les dépenses futures liées au vieillissement de la population – avec leurs recettes futures à un horizon à long terme et à politique constante.* »

- les établissements publics de l'Etat ;
- les personnes morales interétatiques de droit public dont l'Etat est membre ou actionnaire;
- les sociétés à capitaux publics.

Par ailleurs, « les personnes morales de droit privé béninois reconnues d'utilité publique ou investies d'une mission de service public peuvent également bénéficier de financements rétrocédés »²⁴. De plus, le bénéficiaire a pour obligation de fournir des garanties très suffisantes pour la couverture du risque de crédit. A titre illustratif, nous avons la garantie émise par une banque commerciale ou d'autres personnes morales juges acceptables par l'Etat. L'article 19 du même décret précise que « dans tous les cas, l'Etat évaluera la garantie offerte pour s'assurer qu'elle est suffisante pour couvrir le risque encouru ».

« Le Ministre chargé des Finances et l'organisme public bénéficiaire de la rétrocession définiront de commun accord le mécanisme approprié permettant d'assurer le recouvrement des fonds à bonne date.²⁵ Les textes réglementaires qui encadrent le partenariat public privé serviront de guide en complément du présent décret pour toute décision de rétrocession ou de garantie de l'Etat dans le cadre de la mise en œuvre de ce partenariat. La liste des pièces et la procédure de rétrocession de prêt sont précisées par le Ministre des finances par l'entremise d'un arrêté »

Ces conditions sont bien belles, mais de toutes ces mesures ou dispositions préventives, on note, l'absence des recommandations pertinentes reconnues par les institutions internationales au sujet des engagements conditionnels. Il s'agit par exemple d'insister dans les documents officiels (décret, arrêté, etc.) sur *l'obligation de rendre compte des estimations dans les comptes publics et d'évaluer, et si besoin, de faire évoluer les provisions pour risques nécessaires année par année* (Corbacho et schwartz 2008).

²⁴ Article 19 du décret n° 2015-581 du 18 novembre 2015 portant politique d'endettement et de gestion de la dette publique au Bénin

²⁵ Article 18 du décret n° 2015-581 du 18 novembre 2015 portant politique d'endettement et de gestion de la dette publique au Bénin

2- La nature juridique des emprunts publics

Les prêts rétrocédés sont caractérisés en amont comme en aval par la volonté public et privé de trouver les moyens juridiques qui, généralement, respectent les règles ou techniques contractuelles classiques lesquelles s'adaptent parfois à l'éclosion de nouvelles formules. C'est donc pourquoi, par rapport à la nature juridique des emprunts publics, il est intéressant d'examiner la position de la doctrine, d'une part, celle de la jurisprudence, d'autre part. Et face à ces deux, quels constats fait-on quant à la diversité des formes contractuelles.

a- La doctrine et autres formes contractuelles

Pendant longtemps, la question de la nature juridique des emprunts publics a divisé les auteurs. Est-ce que ces derniers (emprunts publics) peuvent être qualifiés d'actes de gouvernement, de contrats administratifs ou encore de contrats administratifs unilatéraux ? L'identification de la nature juridique des contrats a connu une identification progressive. D'abord, la détermination de la nature juridique des emprunts publics a été objet de vives controverses en doctrine. A ce niveau, les emprunts publics ont été perçus comme des actes émanant directement du souverain. Le Professeur Paul Leroy Beaulieu faisait partie des auteurs qui s'inscrivent dans ce courant de pensée. Pour lui « *les dettes d'un Etat sont des dettes sacrées, mais un peu de la nature des dettes de jeu, pour le paiement desquelles, il n'y a aucun moyen de coercition* »²⁶. L. Drago reprend en partie cette position mais opère une distinction significative « *entre les emprunts qui sont des contrats ordinaires de l'Etat conclus avec des particuliers étrangers et les emprunts souverains, acte de l'Etat souverain qui échapperaient aux réclamations, parce qu'acte de gouvernement* »²⁷. Les emprunts publics étaient perçus comme étant des actes de gouvernement, les créanciers se trouvaient ainsi fragilisés en ce sens où les recours pour excès de pouvoir formés à l'encontre de l'Etat étaient jugés irrecevables et la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée par les créanciers devant les tribunaux.

Ensuite, les emprunts publics ont été qualifiés de contrats administratifs unilatéraux²⁸. L'Etat contraignait d'une manière ou d'une autre les particuliers à lui prêter une somme d'argent. Cette manière de faire de l'Etat conditionnait la volonté des souscripteurs à celle de l'Etat. Les souscripteurs sont donc ainsi soumis à un cadre juridique similaire à celui des actes administratifs

²⁶ Extrait de, *Revue Française de Finances Publiques* n° 123 – Septembre 2013, p. 55

²⁷ *Revue Française de Finances Publiques* n° 123, p. 55

²⁸ *Revue Française de Finances Publiques* n° 123, p. 56

unilatéraux. Par définition, « l'acte administratif unilatéral (AAU) est un acte par lequel l'administration modifie l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire fixe de nouvelles règles juridiques créant des droits et obligations ou modifie des normes existantes »²⁹.

Enfin, la doctrine a décrit l'emprunt comme étant un contrat. C'est E. Cossé qui en 1884 Page | 299 va consacrer cette analyse des emprunts publics. Selon lui, « l'emprunt constitue un acte juridique par laquelle une personne physique ou morale convient plus ou moins librement avec l'Etat de lui prêter une somme d'argent qu'elle récupèrera, majorée d'intérêts, à une échéance fixée d'un commun accord »³⁰. Dans la même logique, F. NITI soutient que, à l'aune de l'évolution grandissante des charges de l'Etat, les emprunts publics sont passés d'un acte politique à un acte juridique. La doctrine retiendra que « l'emprunt public revêt la forme juridique d'un contrat entre l'Etat et chacun des souscripteurs »³¹. La jurisprudence a repris cette position de la doctrine.

b- L'influence de la jurisprudence

La jurisprudence est l'ensemble des arrêts et des jugements qu'ont rendu les Cours et les Tribunaux pour la solution d'une situation juridique donnée. Concernant la nature juridique des emprunts publics, le juge en droit international a reconnu en 1912 par le biais de la Cour permanente d'arbitrage que « la dette est aussi obligatoire en droit que tout autre dette, mais il n'est pas moins vrai que, contractée dans un intérêt public, elle est soumise, pour son exécution, aux conditions imposées par les nécessités financières et administratives de l'État emprunteur »³².

Dans un second temps, les juridictions nationales s'invitent dans ce jeu d'identification de la nature des emprunts publics. Elles admettent que les emprunts souscrits par les administrations publiques ont une nature contractuelle. Auparavant, les juridictions nationales ont longtemps considéré les emprunts publics comme étant des actes de pures administrations qui ne sont pas susceptibles de recours.³³

Dans cet élan, la Cour de cassation désigne dès 1930, les emprunts publics comme étant des conventions, bien qu'elles soient conclues entre des Etats étrangers. Cinq ans après, c'est-à-dire en 1935, le juge administratif français précisera que les emprunts publics prennent la forme

²⁹ Site www.vie-publique.fr

³⁰ *Revue Française de Finances Publiques*, n° 123 p. 56

³¹ *Revue Française de Finances Publiques*, n° 123

³² CPA, 11 novembre 1912, Affaire franco-russe, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1925, tome 1, p. 175 (note de G. Jèze)

³³ Les juridictions nationales employaient notamment le terme de « rente » pour qualifier les emprunts publics

de « contrat d'émission ». Il convient de préciser que la nature juridique des emprunts publics a été construite par la jurisprudence, qui a précisé la variété des formes contractuelles des emprunts publics afin d'affiner son approche.

Il existe donc une diversité des formes contractuelles des emprunts publics.

Page | 300

Après que le juge ait précisé que les emprunts publics étaient des contrats, des questions ont rapidement émergé dans la sphère des érudits de finances publiques mais aussi de droit. Est-ce que ces conventions (emprunts publics) ont une nature internationale, administrative ou encore privée. Cette interrogation vise à conditionner le régime juridique des contrats d'emprunts publics et surtout des juridictions compétentes pour trancher les contentieux qui interviennent dans ce cadre.

P. Leroy Beaulieu a opéré une distinction entre la dette publique et la dette privée. Il reconnaît néanmoins que les deux types de dettes ont le même objet qui est de mettre à la disposition (momentanément ou définitivement) un capital étranger librement détenu par du propriétaire³⁴. Gaston Jèze sera plus radical que son prédécesseur. Pour ce célèbre français, les emprunts de l'Etat constituent systématiquement des contrats administratifs afin que l'équilibre des pouvoirs et l'organisation de la société soient effectivement de mise. Le doyen Hariou va plutôt distinguer les dettes contractées par l'Etat de celles des départements et des communes.

Le juge, dans le courant du XXe siècle, a précisé en droit administratif qu'un contrat à une nature publique dès lors que la loi n'en dispose pas outre mesure, qu'une personne publique soit contractante et qu'il puisse comporter une clause exorbitante du droit commun ou qu'il a pour objet l'exécution d'un service public. A défaut, le contrat est considéré comme une convention de droit privé. Les juridictions judiciaires sont dans ce cas d'espèce, compétentes pour trancher des litiges.

Dans les années 1920, le juge a établi que le contrat d'emprunt revêt une nature internationale et deux conditions sous-tendent cet état de chose : si l'emprunt est souscrit entre des Etats étrangers ou entre un Etat et une organisation internationale d'une part, et s'il organise le prêt d'une somme d'argent d'autre part. Ce type de contrat sera soumis aux règles du droit national d'un des deux Etats parties au contrat si la convention en fait référence. Si, les parties n'ont pas

³⁴Op.Cit. RFFP n° 123 – Septembre 2013, p.59

précisé dans le contrat le régime auquel elles seront soumises, le juge interprètera la volonté des contractants dans le but de déterminer la législation à laquelle sera soumis le contrat.

II- LES REQUIS A LA SECURISATION

Page | 301

L'enjeu est de taille, car, en cas de difficulté de remboursement la garantie de l'Etat est appelée. Cela justifie l'inquiétude de certains auteurs qui estiment que les États vivent dans une constante incertitude du fait du passage de leur rôle régalien à celui de caution ou garant financier pour les entreprises et projets publics. Une situation qui engage son budget et engendre en cas d'insolvabilité des bénéficiaires, des manques à gagner, et surtout, met en péril progressivement, l'avenir des générations futures. Il est donc important d'examiner premièrement, les aspects lacunaires du système (A) et deuxièmement, le cadre mélioratif (B).

A- Les aspects lacunaires du système

Pour l'examen des insuffisances, il est nécessaire de distinguer les limites qui relèvent du cadre juridique et réglementaire (1) d'une part, de celles d'ordre technique, économique et financier (2), d'autre part.

1- Les limites d'ordre juridique

Les limites ne sont pas énumérées de façon exhaustive. Car il est examiné deux aspects juridiques à savoir : la limitation des dépôts dans le compte séquestre d'une part, et la mise en berne des règles budgétaires au cas où l'entreprise publique, bénéficiaire du prêt ou de la garantie est totalement en cessation de paiement ou en faillite.

a- La limitation des dépôts dans le compte séquestre

L'article 16 du décret n° 2015-581 du 18 novembre 2015 portant politique d'endettement et de gestion de la dette publique au Benin dispose que « Les personnes morales de droit privé béninois reconnues d'utilité publique ou investies d'une mission de service public peuvent également bénéficier de la garantie de l'Etat. Le bénéficiaire versera à l'Etat une commission de dossier représentant 1% du montant garanti. Les remboursements du prêt seront sécurisés par l'ouverture d'un compte séquestre. Ce compte sera alimenté par une partie de leurs revenus qui sera utilisée pour assurer le service de la dette, en cas de défaut. Le solde disponible sur ce compte ne peut être inférieur à deux (2) échéances de la dette (...)».

La limitation des dépôts dans le compte séquestre à deux échéances du prêt signifie-t-il pas donc, plus de deux échéances d'impayés, que l'Etat fait supporterait les impayés qui vont au-delà de deux échéances ? Aucune autre mesure juridique ne fait cas d'autres stratégies de dissuasion. Car, il faut le signaler, les entreprises publiques ont à leur tête, un Directeur général dont le niveau de « culture entrepreneurial » émousse peu leur conscience d'échec dans la mise en œuvre des politiques publiques. L'esprit qui a guidé le législateur, à prévoir cette disposition, est qu'il voudrait que la garantie de l'Etat ne soit pas appelée. Mais, elle est insuffisante et ne sécurise pas réellement les finances publiques.

b- Des règles budgétaires remises en cause

Certaines règles fondamentales de finances publiques peuvent paraître en sursis dans le cas de non-paiement des échéances dues, qui conduirait progressivement vers une situation de cessation de paiement pour en arriver, plus tard, à une liquidation de ladite entreprise.

C'est donc le cas de la règle de non affectation bien qu'étant en présence d'un prêt rétrocédé ou d'une garantie et aval, tous inscrits dans les comptes spéciaux du trésor.

Dans de pareille situation, le non remboursement des prêts rétrocédés conduirait au non-respect de la règle de l'universalité du budget « qui constitue aujourd'hui un des principes fondamentaux du droit budgétaire » et qui interdit à un service de bénéficier de l'affectation spéciale d'une ou de plusieurs recettes de nature à lui permettre de couvrir tout ou partie de ses dépenses »³⁵. Cette règle, dont la portée est bien d'interdire l'affectation d'une recette particulière à une dépense précise, pourrait être considérée comme un obstacle lors de la réalisation (ou cession) des actifs de l'entreprise en vue de rembourser les différents créanciers, y compris l'Etat lui-même (trésor).

2- Les limites d'ordre technique économique et financier

Des insuffisances sont également d'ordre technique, économique et financier qu'il est nécessaire de diagnostiquer de façon professionnelle. Car « la clé de toute gestion est la connaissance »³⁶ des données de l'environnement aussi bien interne qu'externe de l'entreprise. En

³⁵ GAUDEMER (P-M) et MOLINIER (J), *Finances publiques* (budget, trésor), tome 1^{er}, 7^e éd., MONTCHRESTIEN, 1996, p.338. Sur le même principe, voir plusieurs autres auteurs, BOUVIER (M), ESCLASSAN (MC) et LASSALE, *Finances publiques*, 13^{ème} éd., LGDJ, 2014; R. MUZELLEC, *Finances publiques*, 14^{ème} éd. Dalloz, Paris 2006

³⁶ LOUISOT (JP) et GAULTIER-GAILLARD (S), *diagnostic des risques*, 2^e éd., Afnor 2007

un mot, le constat est que les études de faisabilité sont faites au rabais et les cellules de surveillance et de veille généralement peu fonctionnelles.

a- Une étude de faisabilité au rabais

Les études de faisabilité ou d'évaluation d'une entreprise est une opération qui s'exécute dans un contexte donné que le commanditaire et le commandité ne doivent pas perdre de vue. Il est toujours nécessaire de procéder à une étude de faisabilité, ou à l'évaluation d'une entreprise avant de prendre des décisions importantes comme, apport de garantie, d'avals et autres. La plupart des prêts rétrocédés concernent des décisions d'investissement, parfois sur de longue durée. Les études de faisabilité, ou encore d'évaluation de l'entreprise, se préparent avec une équipe pluridisciplinaire et non avec un cabinet réduit, dans la réalité des faits, à un seul individu. Des recherches et autres travaux technique, environnemental, économique et financier sont conduits avec rigueur. Et les données issues de ces recherches sont examinées, retraitées de façon approfondie.

De manière générale, le problème de fiabilité des données se pose toujours. Pour certains auteurs, « des informations erronées ne sont pas forcément dues à la mauvaise foi des interlocuteurs appartenant à la société »³⁷. L'Etat a intérêt à mettre l'expertise nécessaire pour mieux identifier d'éventuelles pressions budgétaires à venir, et analyser les risques budgétaires conditionnels par ordre d'importance, sur la base de l'encours des programmes et engagements publics. Les arriérés et autres obligations des institutions et autres entreprises garanties par l'État peuvent coûter des ressources publiques à court, moyen long terme. L'étude de faisabilité des dossiers de prêts et demande de garanti ou d'aval devrait être une analyse budgétaire intégrer prenant en compte plusieurs paramètres dont principalement le coût des subventions implicites que représentent les engagements conditionnels.

b- Un organe de surveillance et de veille peu fonctionnel

Le bon fonctionnement des organes de surveillance et de veille, se repose sur un ensemble d'indicateurs dont les deux principaux retenus dans cette étude sont la communication et la qualité des états financiers.

- Faible communication

³⁷Tournier (JC) et Tournier (JP), *l'évaluation d'entreprise : que vaut une entreprise ?*, 1^è et 2^è éd., d'organisation 1998, 2001 (p.283)

Une entreprise, en elle-même, est un système déjà complexe. L. Van Bertalanfly (1993) définit le système comme « un complexe d'éléments en interaction, des concepts caractéristiques des « tous » organisés (...) »³⁸. C'est donc *un ensemble d'éléments organisés en interaction pour atteindre un ou plusieurs objectifs*, rajoute l'auteur. Le système de contrôle interne est un sous ensemble d'éléments qui pourrait jouer un rôle important dans la communication des informations utiles à l'entreprise. Une information suffisante sur ce qu'il faut savoir, comprendre pour une meilleure prise de décision relative à la dette peut contribuer à accroître la responsabilité des entreprises publiques que privées, bénéficiaires des prêts rétrocédés d'une part, et à renforcer la crédibilité du cadre budgétaire de l'Etat d'autre part. Une des questions problématiques relatives aux faiblesses constatées dans la communication a trait à la régularité des enregistrements d'informations comptables. On sait que les tableaux de bord comptables représentent une fonction générique du contrôle de gestion. C'est un outil de transmission de l'information et *d'intelligence des situations*. C'est un élément important du système de pilotage qui permet *de corriger, d'interpréter et de réduire la complexité ambiante*. Selon Méléze, cité par W. Azanet *al.*, la complexité est « l'incapacité que l'on a de décrire tout le système et de déduire son comportement à partir de la connaissance des comportements de ses parties »³⁹. il en déduit que le système n'est pas forcément égal à la somme de ces parties et que malgré les données disponibles sur le comportement de ces parties, il est difficile d'en conclure le comportement général qu'aura le système.

On comprend avec cet auteur que l'imprévisibilité d'événements comptables n'est donc qu'une conséquence de l'incapacité de modéliser le comportement qu'aura le système de gestion financière. L'imprévisibilité paraît comme une conséquence de la complexité du système. Et selon Morin, cité par W. Azanet *al.*, « le problème de la complexité apparaît (...) parce que nous sommes dans un monde où il n'y a pas des déterminations, des stabilités, des répétitions, des cycles, mais aussi des perturbations, des tamponnements, des surgissements, du nouveau. Dans toute complexité, il y a présence d'incertitude »⁴⁰. Apporter une solution à ces problèmes de faiblesse de la communication revient à approfondir la réflexion de Morin agir sur ces éléments identifiés.

- **Ambiguïté des états financiers**

³⁸ AZAN (W) et al. *Système de pilotage et performance*, 1^è éd., 2007, Eska, p.29

³⁹ AZAN (W) et al., *Op. Cit.* p.145

⁴⁰ *Op.cit.* *Système de pilotage et performance*, 1^è éd. 2007, Eska, p.146

L'ambiguïté des états financiers est une situation qui découle de la problématique développée dans le paragraphe précédent. La santé d'une organisation, en général, et celle d'une entreprise, en particulier, dépend de la recherche de la performance. Les indicateurs relatifs à cette performance sont ceux concernant les états financiers. Ils renseignent sur les objectifs et donne une vue synthétique des résultats atteints. Il est donc nécessaire de les identifier de façon claire, fidèle et sincère afin de mieux orienter les différents acteurs de l'environnement interne et externe de l'entreprise. Aussi, dit-on généralement que les entreprises produisent trois types d'états financiers, un premier pour les actionnaires, un deuxième pour les banquiers et un troisième pour l'administration des impôts. Cette volonté de ségrégation du droit d'information dénote d'une volonté de désinformation en produisant des états financiers ambigus. Comme le surligne W. Azanet *al.*, *l'information connaît en parallèle une complexité humaine et technique.*

Notons avec cet auteur, l'ambiguïté des états financiers pourrait être requalifiée en ; état financier complexe à lire et à comprendre. Cette complexité de l'information comptable est à la fois, *computationnelle* d'une part, *humaine* et *technique* d'autre part, selon W. Azan et al.

Selon Simon et Larkin (1986) cités par W. Azan dans son ouvrage, la complexité de l'information financière est qualifiée de computationnelle, parce que d'une part, l'individu n'a pas les capacités cognitives suffisantes pour concevoir l'évolution des systèmes conceptuellement simple. L'information financière est complexe, voir ambiguë parce qu' « elle est abondante et dense. De ce fait, l'individu a du mal à résoudre un problème » même si de nos jours, surligne l'auteur, le développement des outils modernes de traitement de l'information tend à réduire l'impact de cette source de complexité. Et d'autre part, cette complexité résulte de la conception que se fait la personne d'un problème. On a souvent de difficultés à poser le problème en terme mathématique simple, du coup, on a du mal à appréhender les informations susceptibles de l'affecter. L'auteur renchérit en faisant observer qu'il « subsiste, de toute façon, une grande difficulté à mesurer l'impact de ces informations sur le problème »⁴¹

Pour ce qui est de la source complexité technique et humaine, il faut noter avec le même auteur, que l'information est complexe techniquement, parce qu'elle est abondante. *Les critères à prendre en compte, pour une prise de décision, sont toujours de plus en plus nombreux.* W. Azan reconnaît que *la rationalité développée par Simon (1992) devient de plus en plus difficile à appliquer puisque toutes les solutions et toutes les conséquences possibles de ces solutions*

⁴¹ Op.cit. *Système de pilotage et performance*, 1^è éd. 2007, Eska, p.147

s'avèrent impossibles à concevoir. Il propose comme solution palliative, l'agrégation des informations dans un tableau de bord afin d'avoir une vision plus globale de la situation de l'entreprise. L'auteur fait cas d'une complexité humaine parce qu'avec les organisations du XXI^{ème} siècle, la prise de décision individuelle, laisse place à une prise de décision collective. Cette dernière explique la naissance des conflits de rationalité. L'auteur fait remarquer qu'en effet, « même si les agents privilégient l'intérêt de l'entreprise au leur, il se peut qu'ils diffèrent sur la perception que chacun a de cet intérêt ».

Au Bénin, la représentativité des organisations publiques ou semi-publiques au sein du conseil d'administration d'une entreprise se fait selon un mode de désignation. Il est basé, généralement, sur le niveau de responsabilité des *administrateurs* dans leur structure d'appartenance ou de provenance, et non selon leur niveau de formation, d'expérience ou encore de connaissance dans le domaine comptable et financière.

B- Le cadre mélioratif

Porter une attention particulière au cadre mélioratif résulte du fait qu'il est nécessaire d'enrayer les causes réelles liées aux problèmes tels que l'ont présenté les paragraphes supra. Toutes les sources de risques budgétaires doivent être prises en compte afin d'éviter une instabilité du budget. « le fait qu'un Etat équilibre son budget et maîtrise la dette publique depuis des années ne prouve en soi qu'il est prudent sur le plan budgétaire, ni que sa stabilité budgétaire est assurée pour l'avenir (...) »⁴². Ainsi, pour éviter à moyen long terme, d'éventuels risques budgétaires, il urge d'identifier le rôle de l'Etat et autres créanciers en amont (1) d'une part, et le rôle des entreprises bénéficiaires des prêts et autres garanties (2)

1- Le rôle de l'Etat et des autres créanciers en amont

S'il est vrai que la pérennisation d'une entreprise passe nécessairement par la recherche de financements pour le développement de ses activités, il n'est pas moins vrai que les organisations auprès de qui ces financements sont mobilisés doivent se soucier de leur propre santé financière à travers une sécurisation des prêts et autres garanties mis en place.

a- Quelques approches de solutions au niveau des créanciers pour réduire l'imprévisibilité du faible têt de recouvrement des prêts rétrocedés

⁴² POLACKOVA (H), Op.cit., p.49

Pour résoudre ce problème lié à l'imprévisibilité du faible taux de recouvrement des prêts rétrocédés il faut :

- Renforcer le dispositif de l'Etat qui veille sur le remboursement des prêts rétrocédés et autres garanties conditionnelles, car cela nécessite un suivi actif de leur mise en œuvre. Il faut donc renforcer les procédures de contrôle et de suivi interne ;
- Revoir la qualité de la représentativité des structures au sein du conseil d'administration des entreprises publiques ou semi publiques bénéficiaires des prêts rétrocédés ;
- Revoir les modalités de désignation des cabinets ou experts chargés d'analyser, et d'apprécier les dossiers techniques fournis par les entreprises sollicitant les prêts et autres garanties de l'Etat ;
- Outiller les cadres techniques des ministères en général et ceux des directions chargées du suivi des portefeuilles et autres participations de l'Etat ;
- Faire une spéciale appréciation de l'environnement interne et externe de l'entreprise par des experts du domaine dans lequel opèrent ces entreprises

b- Quelques approches de solutions pour réduire les risques financiers au niveau des entreprises bénéficiaires des prêts

Au niveau des entreprises bénéficiaires des prêts, il faut, entre autres :

- l'évaluation effective et en temps réel de la capacité financière des entreprises bénéficiaires à rembourser les prêts avant toute rétrocession ;
- l'encadrement de l'affectation des prêts rétrocédés en les orientant non seulement vers des projets rentables, mais surtout au suivi régulier (trimestriel au moins) du fonctionnement du mode de gestion ;
- la prise en compte des nouvelles méthodes d'évaluation des risques pour les projets candidats aux financements par la rétrocession des prêts mis en place par les bailleurs de fonds ;
- prévoir mettre en place un service de gestion des risques aux côtés de celui du contrôle de gestion. Les responsables de ces structures connaissant les conséquences possibles de tous les types de risques, peuvent aider la direction générale ou le conseil d'administration à éviter les risques qui sont susceptibles de créer des problèmes à court et moyens termes.

2- Le rôle des entreprises bénéficiaires des prêts

Les entreprises bénéficiaires de prêts doivent dans un premier temps produire un dossier répondant aux exigences juridiques et doivent surtout se conformer à la procédure de rétrocession. Les entreprises doivent également inspirer confiance à travers les états financiers bien établis et obéissant à l'orthodoxie comptable et surtout la certification de leurs comptes. Il faut que leurs comptes reflètent une image fidèle du patrimoine.

Les entreprises bénéficiaires doivent honorer avec bonne foi, leurs obligations induites par le prêt subsidiaire entre le Gouvernement et elle. Pour y parvenir, les entreprises doivent se doter d'un système de suivi de la gestion (Tableau de bord) qui doit prendre en compte des informations financières et opérationnelles, internes comme externes, sans oublier la nature particulière de certaines informations. L'aide au pilotage nécessite des outils et des méthodologies que les responsables du suivi peuvent concevoir en tenant compte de l'importance des données à gérer.

Conclusion

La coopération entre le Bénin et les partenaires extérieurs permet l'obtention d'importantes ressources pour faire face au financement du développement. Une partie de ces ressources non moins importantes est mise à la disposition des entreprises publiques à travers des accords de rétrocession pour la mise en œuvre des projets et programmes de développement. L'idée n'est pas mauvaise. Cependant, la gestion de ces fonds se trouve heurtée à d'énormes obstacles. Comme le souligne Marty, *les garanties que peut apporter une personne publique peuvent effectivement apparaître sous un jour très négatif, dès lors que leur activation semble probable*. Le montage des programmes d'appui publics ne tient parfois pas compte de l'incidence des appuis sur l'exposition globale du budget de l'État au risque.

En choisissant d'aborder le thème « Prêt rétrocédé, un engagement budgétaire à sécuriser », la réflexion vise à se pencher sur les facteurs explicatifs d'un certain nombre de problèmes relatifs à la gestion des prêts rétrocédés, et de proposer quelques suggestions qui pourraient contribuer à l'amélioration du processus de rétrocession des ressources extérieures au Bénin.

Il n'est pas question dans cette réflexion de prétendre avoir examiné de façon exhaustive toute la problématique de la gestion des prêts rétrocédés au Bénin. Aussi, n'est-il pas utile de rappeler que l'efficacité dans l'action publique réside dans la capacité des acteurs intervenant à

chaque niveau de la chaîne de gestion et de décisions, à s'approprier les exigences liées à leurs rôles et responsabilités ainsi que les réflexes à acquérir pour l'objectivité et la célérité dans la mise en œuvre des actions ?

Ainsi, il convient de rappeler que le fait qu'un État équilibre son budget et maîtrise la dette publique ne certifie pas qu'il est prudent sur le plan budgétaire, ni que sa stabilité budgétaire est assurée pour l'avenir. Il convient de sécuriser absolument l'engagement budgétaire de l'Etat dans le cadre des prêts rétrocedés et autres garanties conditionnelles, car c'est l'avenir de toute une génération qui est engagée (respect du principe de l'équité générationnelle).



Les obstacles à la restitution internationale des avoirs financiers spoliés des Etats

Par :

Page | 310

BANKOUE GERALDIN Kiki

Docteur/Ph.D en Droit Public

Université de Yaoundé II-Soa (Cameroun)

Résumé :

L'espoir suscité à l'entrée en vigueur de la convention des Nations Unies contre la corruption risque de se dissiper sous le poids des obstacles au recouvrement des avoirs publics financiers spoliés et logés à l'étranger. Le chapitre V de cette convention offre un mécanisme universel de restitution des fonds publics spoliés. Mais, la mise en œuvre de ce mécanisme souffre encore de plusieurs obstacles. Ces derniers peuvent être de nature juridique ou extra-juridique. Les obstacles de nature juridique renvoient aux entraves liées à la technique juridique processuelle, la complexité du droit procédural de l'Etat requis, les entraves liées au droit interne : à l'instar de l'inexistence d'une politique de restitution des avoirs spoliés, la défectuosité du mécanisme de coopération judiciaire et la barrière des immunités des Chefs d'Etat. Il peut également s'agir des entraves extra-juridiques : telles que le dysfonctionnement institutionnel de certains Etats requérants, la décrédibilisation du régime politique gangrené par la corruption et le détournement des fonds publics, les difficultés liées à l'identification de la situation géographique des fonds spoliés, le développement des centres ou places offshores et l'ultra protection du secret bancaire.

Mots clés : obstacles, restitution, avoirs publics financiers spoliés, Etat requérant, Etat requis, entraide judiciaire, coopération judiciaire.

Introduction

L'entrée en vigueur de la convention des Nations Unies contre la corruption a suscité beaucoup d'espoir chez les Etats victimes de la spoliation financière. Avant la ratification de cette convention, il est quasi-impossible pour les Etats spoliés par leurs dirigeants politiques corrompus d'envisager des actions efficaces de restitutions des avoirs spoliés et logés à l'étranger. La plupart des pays receveurs de ces fonds illicites n'avaient aucune base fermement constituée pour les restituer aux Etats victimes. Dès lors, la spoliation de l'Etat représente un obstacle de plus en plus significatif au développement économique des pays émergents¹. Face à cette impasse, le chapitre V de la convention de Merida s'est positionné comme l'ultime phase de la répression des attentes aux fonds publics. Ce chapitre offre un embryon d'harmonisation du mécanisme de restitution des avoirs spoliés². Mais, ce mécanisme souffre des obstacles qui entravent son efficacité. Ces obstacles sont nombreux et relèvent soit du droit international, soit du droit interne de l'Etat ou alors peut revêtir une nature à la fois politique technique et opérationnelle³. Ils remettent en cause tout l'espoir suscité par la CNUCC. Or les infractions d'atteinte à la fortune publique sapent la démocratie et l'Etat de droit, déstabilisent l'économie et anéantissent toute prétention au développement national et privent l'Etat d'une bonne partie de ces moyens.

Le quantum des entraves à la restitution des avoirs spoliés permet de distinguer les obstacles juridiques (I) des obstacles extra juridiques (II).

I- LES OBSTACLES JURIDIQUES A LA RESTITUTION DES AVOIRS SPOLIES

Une panoplie des obstacles juridiques enraye le mécanisme de recouvrement des avoirs spoliés. Ces entraves concernent pour l'essentiel la technique juridique processuelle (A) et les entraves liées au droit interne des Etats (B).

¹ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), (Dir), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis : analyse et recommandations pour l'action*, Stolen Asset Recovery Initiative. The world Bank-UNODC, 2014, in <https://openknowledge-worldbank.org/handle/10906/2320> Licence : CCBY3.OIGO., p.2.

² Bankoué (G.K.), *La protection internationale des avoirs publics financiers : le cas des comptes et de la monnaie de l'Etat*, Thèse de doctorat en droit public, université de Yaoundé II-Soa, 2021, p.252.

³ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis ; analyse et recommandations pour l'action*, op.cit., p.91.

A- Les entraves liées à la technique juridique processuelle

La coopération judiciaire constitue le pivot du « *droit de la récupération des fonds spoliés* ». Un mécanisme pouvant être également un obstacle au recouvrement lorsque l'Etat requérant ignore la formulation de la demande d'entraide judiciaire (1) et la complexité procédurale de l'Etat requis (2).

1- L'ignorance de la formulation de la demande d'entraide

L'absence d'un dossier juridique complet comprenant les décisions judiciaires de l'Etat requérant condamnant les auteurs ou les bénéficiaires des fruits de la corruption, constitue le premier obstacle technique. Associé à la préparation insuffisante du dossier juridique et judiciaire de la demande de coopération⁴. En réalité, la plupart des Etats requérants ignorent qu'ils doivent initier les procédures judiciaires à l'encontre des auteurs de corruption et des infractions assimilées ; ensuite, mener ces procédures à leur terme et obtenir la condamnation définitive des accusés avant de solliciter l'entraide judiciaire⁵. L'absence des procédures internes est à l'origine de la plupart des lenteurs ou de l'échec dans la récupération des avoirs financiers spoliés. Une bonne demande d'entraide judiciaire doit contenir : Une présentation cohérente des faits de la cause ainsi qu'une appréciation de ces faits à la lumière de la législation de l'Etat requérant et souvent une double incrimination est exigée. Selon l'article 46 de la CNUCC, une entraide judiciaire est accordée aux fins énumérés à l'alinéa 3 (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j) et (k) de la CNUCC. L'alinéa 15 de ladite convention expose les renseignements devant contenir une demande d'entraide. En effet, il s'agit : (a) de la désignation de l'autorité dont émane la demande ; (b) l'objet et la nature de l'enquête des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée ; (c) un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires ; (d) une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'Etat partie requérante souhaite voir appliquer ; (e) si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée ; (f) le but dans lequel les témoignages et les informations sont demandés, l'absence d'une description suffisante des avoirs spoliés peut faire échec à une demande d'entraide judiciaire. Dans le cadre de l'affaire MUBOTO, « *des mesures visant d'autres biens ne peuvent être prises car*

⁴Ibid, p.30.

⁵ Kamto (M.), *Droit international de la gouvernance*, Paris, Apedone, 2013, p.279.

la demande ne contenait pas une description suffisante des avoirs à geler et présenter un caractère trop général pour qu'il puisse y être donné suite ». Mais dans l'attente d'une demande remplissant les exigences requises en matière d'entraide, le conseil fédéral edicta, le 17 mai 1997, une ordonnance fondée directement sur l'article 102ch. 8a cst n cst afin de sauvegarder les avoirs appartenant à la RDC en suisse pour une durée d'un an. A l'analyse, l'ignorance des conditions d'une entraide peut faire échec au processus de rapatriement des fonds spoliés.

La maîtrise de la formulation de la demande d'entraide judiciaire n'exclut pas le défaut de maîtrise de la complexité du droit procédural de l'Etat requis. Certains Etats requérant se buttent à cette complexité.

2- La complexité du droit procédural de l'Etat requis

Cette complexité de droit procédural s'explique par le renvoi à l'autorité des législations nationales et à l'admission de l'idée de prévalence des principes fondamentaux du droit interne sur les dispositions de la convention. En effet, les instruments juridiques internationaux contre la corruption renvoient aux législations nationales pour l'incrimination et la répression des comportements qu'ils combattent⁶. Cette marge de manœuvre ouverte aux Etats de choisir la manière dont ils insèrent les dispositions conventionnelles dans leur système juridique donne la possibilité à n'importe quel Etat de disposer de la procédure de répression interne, selon son bon vouloir⁷. Ce qui est de nature à créer une disparité de procédure de répression⁸ et par là complexifie le droit procédural de l'Etat requis.

L'exécution des mesures requises pour la coopération internationale est tributaire de la législation de chaque Etat. Elle se fait selon les formes et procédures de l'Etat requis⁹. La complexité d'une procédure constitue un obstacle à la restitution des avoirs financiers spoliés car certains Etats requérants sont soit ignorants du droit de l'Etat requis en la matière, soit la lenteur de la procédure décourage et remet en cause tout enthousiasme de récupération. (Affaire Duvalier

⁶ Radi (Y.), « Du dilemme du prisonnier au « jeu d'intégration » l'internationalisation de l'incrimination pénale de corruption active transnationale », in Dormoy (D.), *La corruption et le droit international*, Bruxelles, Etablissements Emile, Bruylant, 2010, p.184 et ss.

⁷ Kamto (M.), op.cit., p.261 et ss.

⁸ Lowe (G.P.J.), « La responsabilité en droit international pour corruption dans la gestion des ressources naturelles en Afrique centrale », in Dormoy (D.), *La corruption et le droit international*, Bruxelles, Etablissements Emile, Bruylant, 2010, p.160.

⁹ Kamto (M.), op.cit., pp.261, 282 et ss.

et Affaire Marcos)¹⁰. Pour Maurice Kamto, « *le recouvrement d'avoirs occupe de nos jours une place de choix dans la lutte contre la corruption à l'échelle internationale. Il s'agit d'une procédure dont la complexité juridique peut mener à des incompréhensions entre l'Etat requérant et l'Etat requis et entrainer le découragement du premier, parfois des tensions diplomatiques* ». L'auteur poursuit, faute d'une maîtrise suffisante de la complexité processuelle de la restitution des avoirs en cause et sans doute focalisé sur le résultat final espéré¹¹. En règle générale, le recouvrement comporte quatre principales étapes à savoir : l'enquête (nationale et internationale) permettant de réunir des éléments de preuves substantiels. Ensuite, la demande de la saisie et du gel des avoirs spoliés sur la base des éléments de preuves fournis par l'enquête¹². La suite est la demande de confiscation des avoirs spoliés et le quatrième est la restitution proprement dite des avoirs spoliés. Mais dans la pratique, on constate la persistance procédurale d'avant l'avènement de la convention des Nations Unies contre la corruption (précisément le chapitre 5 instituant un régime international de recouvrement) qui pour certains Etats enfermés dans l'ancien réflexe d'avant la convention. Ne voyant pas en cet instrument une panacée.

L'une des manifestations de la complexité du droit procédural de l'Etat requis réside souvent dans la coopération judiciaire internationale. La dimension internationale de la délinquance économique et financière rend nécessaire la coopération entre les autorités judiciaires, qui peuvent s'adresser mutuellement des demandes de transfert de poursuites justifiées par la mobilité des délinquants et la complexité des infractions commises sur leurs territoires¹³. En l'absence de certains mécanismes de coopération dans le droit pénal de l'Etat requis, il est très souvent difficile pour l'Etat requérant d'obtenir une entraide ou une extradition de l'Etat requis. Ces mécanismes constitutifs d'obstacles à la coopération sont : la prescription de l'action publique au sein de l'Etat requis, l'exigence de la règle de la double incrimination, des législations trop

¹⁰C'est ce que la législation Suisse appelle « *blocage* ».

¹¹ Kamto (M.), op.cit., p.282.

¹² Bah (S.), « *La restitution des avoirs issus de la corruption dans les conventions anti-corruption internationales, une avancée conceptuelle et normative à la portée pratique limitée* », op.cit., p.12. « *Les philippines ont tenté de recouvrer les millions de dollars transférés à l'étranger par son ex-président Ferdinand Marcos pendant 17 ans sans succès à une époque où la restitution des avoirs spoliés relevait du bon vouloir des Etats requis* ».

¹³ Modou Diakhaté (S.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, état des lieux et perspectives*, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, 2017, p.229.

protectrices du secret bancaire, l'absence de mécanisme de gel rapide, des règles de preuve, de mécanisme de confiscation.

Pour ce qui concerne la prescription de l'action publique au sein de l'Etat requis, l'autorité judiciaire compétente à qui l'on demande un transfert de poursuite peut se voir contrainte de ne pas pouvoir donner suite favorable, notamment lorsqu'à la date de la réception de la demande, l'action publique est prescrite selon la loi de l'Etat requis, ou à déjà abouti à une décision définitive revêtue de l'autorité de la chose jugée¹⁴.

L'exigence de la double incrimination au moment de la coopération judiciaire précisément l'extradition est très souvent invoquée pour motiver le refus de coopération. Cette double incrimination est un principe qui veut que l'Etat requis ne prête son concours à la poursuite d'une personne pour un fait dont il n'aurait pas qualité de crime ou délit dont il n'aurait pas prévu de poursuite pénale. Pour vérifier la réalisation de cette condition, il est généralement admis que l'Etat requis non seulement s'assure de l'existence dans sa propre législation de l'incrimination invoquée et de la sanction prévue dans la demande par l'Etat requérant, mais également dans la législation de ce dernier¹⁵. L'article 43 al 2 de la convention des Nations Unies contre la corruption consacre ce principe en ces termes : « *En matière de coopération internationale, chaque fois que la double incrimination est considérée comme une condition, celle-ci est réputée remplie, que la législation de l'Etat partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux parties* ». Cette disposition conventionnelle appelle deux observations : la première, les Etats parties ne sont pas tenus d'extrader des personnes recherchées pour des actes qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis à l'étranger, si ces actes ne sont pas incriminés sur leur propre territoire. La deuxième quant-à-elle relève le fait que : « les Etats parties considèrent cette exigence comme remplie si l'acte constituant l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux Etats parties¹⁶.

Le secret bancaire peut constituer un autre obstacle à la répression de la spoliation des fonds publics. Certains Etats requis disposent parfois d'une législation trop protectrice du secret

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Ibid.* p.231

¹⁶ UNODC, *Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption*, deuxième édition révisée, New York, Nations Unies, 2012, p.156 et 157.

bancaire. Dans la plupart des pays, les banques et autres institutions financières ne sont pas autorisées à divulguer les informations personnelles et bancaires de leurs clients, sauf dans les situations imposées par la loi ou les réglementations. Certains pays gèrent le problème du secret bancaire en donnant aux magistrats du parquet la possibilité de connaître l'existence d'un compte, mais en exigeant que ceux-ci rendent une ordonnance judiciaire pour obtenir d'autres renseignements, comme le contenu et les transactions du compte. D'autres interdisent à une banque de donner des informations sur un client à un tiers, qu'il s'agisse du gouvernement du pays, ou d'un gouvernement étranger, peut même constituer une infraction grave. Si les conditions très précises ne sont pas remplies¹⁷.

B- Les obstacles liés au droit interne des Etats

Plusieurs obstacles observés dans l'ordre juridique de l'Etat ne favorisent pas la restitution des avoirs spoliés. L'inexistence de certains mécanismes en droit interne freine le recouvrement (1) tout comme les mécanismes de coopération judiciaire peuvent être défectueux au sein de l'Etat (2).

1- L'inexistence de certains mécanismes de recouvrement des avoirs spoliés

Un ensemble de mécanismes indispensables au recouvrement des avoirs spoliés sont quasiment inexistant dans certains Etats. Et parfois ceux existants sont défectueux et ne concourent pas à un recouvrement efficace des avoirs spoliés.

Certaines législations nationales ne disposent pas d'un mécanisme de recouvrement des avoirs spoliés tels que exigé par la Convention de Merida sur la corruption¹⁸. Dans certains Etats le cadre législatif de confiscation des avoirs spoliés n'existe pas ou alors quand il existe, ce cadre ne s'étend pas à toutes les infractions attachées à la corruption¹⁹ prévues dans l'UNCAC et l'UNTOC.

¹⁷ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), op.cit., p.65.

¹⁸ Latimier (C.), *Le recouvrement des avoirs illicites de la corruption internationale « Evolutions récentes en droit français et recommandations à la lumière de la Convention des Nations-Unies contre la corruption »*, Thèse de doctorat en droit, université Côte d'Azur, p.381 et 386

¹⁹ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), (Dir), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis : analyse et recommandations pour l'action*, op.cit., p.60

D'autres lacunes liées au droit interne telles que l'absence de dispositions relatives au gel rapide²⁰, ou tout simplement au gel et à la confiscation de valeur équivalente²¹ ; l'absence d'un mécanisme de confiscation en l'absence de condamnation pénale²² ; l'inexistence dans certains Etats des procédures de plaider coupable²³ ; l'obstacle du secret bancaire²⁴, or le secret bancaire ne devrait pas constitué un obstacle au recouvrement des avoirs spoliés²⁵.

Un autre obstacle majeur au recouvrement des avoirs spoliés est l'immunité juridictionnelle et d'exécution reconnue aux Chefs d'Etat en exercice. Selon la théorie classique du droit international, un Etat ne peut juger pénalement un chef d'Etat étranger en exercice et encore moins le contraindre pénalement sauf vouloir juger l'Etat étranger lui-même représenté par son souverain²⁶. Soumettre à la justice un souverain, ce serait évidemment violer une souveraineté étrangère et blesser en cette partie le droit des gens. En effet, conformément au principe de droit international, les souverains et chefs d'Etat participent de l'indépendance de l'Etat dont ils sont les représentants ; que placés en quelque sorte au-dessus des lois de tout Etat étranger, ils ne peuvent être soumis à aucune juridiction autre que celle de leur propre nation²⁷. Les immunités internationales reconnues aux dirigeants politiques d'un Etat à l'étranger doivent les protéger contre tout acte d'autorité, afin d'assurer qu'ils puissent exercer librement leurs fonctions pour le compte de l'Etat souverain qu'ils représentent²⁸. De ce fait, il est interdit aux autorités pénales du corps de mettre en œuvre l'action pénale contre le dirigeant politique étranger se trouvant sur son territoire. En plus, les biens sur lesquels porterait une enquête peuvent être mis à l'abri de toute tentative de perquisition, de saisie ou de confiscation lorsqu'ils sont protégés par une exemption à l'égard des mesures de contrainte, qu'elle prenne la forme d'une inviolabilité ou d'une immunité

²⁰ Ibid., p.61

²¹ Ibid., p.74

²² Ibid., p.75

²³ Ibid., p.78.

²⁴ Ibid., p.65

²⁵ Art. 40 de la CNUCC

²⁶ Daillier (P.), Pellet (A.), *Droit international public*, 6^e éd., Paris, 1999, n°289, Hanzelin (M.), « L'immunité pénale des Chefs d'Etat en matière financière, vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », *RSDDIE*, n°2, 2002, p.179

²⁷ Cour d'appel d'Alger, 22 janvier 1914, Ben Aïad C bey de Tunis, *JDI*, 1914, p.1290. Voire Decaux (E.), « Le statut du Chef d'Etat déchu », *Annuaire français de droit international*, vol.26, 1980, p.101

²⁸ Grandaubert (V.), « La saisie « des biens mal acquis » à épreuve du droit des immunités internationales : quelques observations à propos du différend opposant, la Guinée équatoriale à la France », *Revue de droit international d'Assas*, *Assas international Law Review*, Numéro 1, 2018, p.47

d'exécution²⁹. A ce propos, la convention de New York sur les missions spéciales de 1969 exige de l'Etat du for une protection absolue en matière pénale aux locaux de la mission, aux logements privés occupés par les représentants de l'Etat étranger et à leurs biens mobiliers³⁰.

La CIJ dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 fait observer qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le Chef de l'Etat, le Chef de Gouvernement ou le Ministère des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. L'article 21 paragraphe 2 de la convention de New York du 8 décembre 1969³¹ sur les missions spéciales rappelle que « le Chef de Gouvernement, le Ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'Etat d'envoi, jouissent dans l'Etat de réception ou dans un Etat tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international », la convention de Vienne sur les relations diplomatiques précise dans son préambule que le but des privilèges et immunités diplomatiques est d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions de la mission diplomatique en tant que représentant de l'Etat. L'immunité permet donc la libre action du représentant de l'Etat³². Selon Alvaro Borghi, l'immunité du Chef d'Etat se justifie par le caractère sacré de la fonction présidentielle, la théorie de l'extraterritorialité, la théorie du caractère représentatif, la théorie de l'intérêt de la fonction³³. Selon cette dernière théorie, l'immunité recouvre deux aspects. Le premier est une immunité matérielle (ou fonctionnelle), *ratione materiae*, le second aspect est une immunité personnelle, *ratione personae*.

2- La défectuosité du mécanisme de coopération judiciaire au sein de l'Etat

La coopération judiciaire est un moyen privilégié de lutte contre la spoliation financière de l'Etat précisément de la répression des atteintes au fonds publics et le rapatriement des fonds

²⁹ Ibid., p.49 et ss.

³⁰ Art. 25 et 30 de la Convention sur les missions spéciales adoptées par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 08 décembre 1969. Entrée en vigueur le 21 juin 1985.

³¹ Paragraphe 51 de l'arrêt

³² Metille (S.), *L'immunité des Chefs d'Etat au XXIe siècle, les conséquences de l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Mémoire de Licence, Université de Neuchâtel, 2003, p.11. Alvaro Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle Helbing et Lichtenhahn Bruylant, LGDJ, série II, vol. 2 ; 2003, p.50

³³ Ibidem

spoliés. Mais ce mécanisme est défectueux, il rend inefficace cette lutte. La défectuosité du mécanisme peut provenir de l'Etat requérant ou de l'Etat requis ou même de la stratégie internationale déployée à cet effet.

Pour ce qui est de la défectuosité de l'Etat requérant, le premier obstacle est l'impréparation technique ou la préparation insuffisante du dossier juridique et judiciaire de demande de coopération.

II- LES OBSTACLES EXTRA JURIDIQUES A LA RESTITUTION DES AVOIRS SPOLIES

Il est constaté que la plupart des Etats dans le monde ne dispose pas d'une politique générale de recouvrement des avoirs spoliés. Cet obstacle s'inscrit dans les entraves politiques au recouvrement des avoirs spoliés (A), tout comme les obstacles opérationnels (B).

A- Les obstacles politiques de recouvrement des avoirs spoliés

Il existe un nombre important d'obstacles non juridiques au recouvrement des avoirs spoliés. Mais pour des besoins de rationalité, on compte trois types à savoir : l'inexistence (1), obstacles de politique interne aux Etats (2).

1- L'inexistence d'une politique globale de recouvrement

Avant l'entrée en vigueur de la convention de Merida sur la corruption, il était encore tolérable pour les Etats de ne pas disposer d'une politique globale de restitution des avoirs spoliés. Mais, aujourd'hui, des années après l'entrée en vigueur, nombreux sont les Etats qui ne disposent pas d'une politique claire de recouvrement des deniers publics volés. Aucune excuse ne justifie ce manquement. Pourtant le chapitre V de la convention de Merida offre un cadre matériel auquel les Etats parties devraient se conformer dans la transposition législative de dispositions conventionnelles de recouvrement des avoirs spoliés. Les études antérieures à la convention de Mérida³⁴ suggéraient déjà la mise sur pied d'une politique de recouvrement des avoirs spoliés. Un vœu exalté par l'ancien Secrétaire général des Nations unies M. Kofi A. Annan³⁵. Un vœu resté

³⁴ Muxart (A.), *La restitution internationale des biens publics détournés par d'anciens chefs d'Etats*, Thèse de doctorat en droit public, Paris 1, 2002, p.225

³⁵ Annan (K.), *Avant-propos sur la convention des Nations Unies contre la corruption*, office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Nations Unies, New York, 2004, p.2.

lettre morte pour un nombre considérable d'Etats parties à la convention de Mérida. Or, la volonté politique manifestée par une politique nationale relative au rapatriement c'est-à-dire une volonté clairement affichée de l'Etat de combattre la corruption et de récupérer et rapatrier les avoirs spoliés, c'est une condition préalable déterminante à la réussite et à l'efficacité d'une coopération dans les dossiers de recouvrement des avoirs. Pour l'initiative star, tout pays doit notamment fonder sa stratégie de recouvrement des avoirs sur de nouvelles lois destinées à lever, les éventuels obstacles. C'est pourquoi le ou les objectifs du rapatriement de biens confisqués à l'étranger devraient être précisés dans une future loi ou dans de futures dispositions sur la restitution en particulier si celles-ci prévoient la confiscation administrative en cas d'échec de la coopération internationale³⁶. Aussi cette politique pourrait offrir la possibilité pour les autorités de l'Etat d'apporter une assistance technique aux Etats qui souhaitent recouvrer des avoirs, notamment quand ces Etats sont en développement.

Cette politique définira les modalités de restitution des avoirs illicites confisqués. La convention de Merida ne prévoit pas de règles relatives aux modalités de restitution des biens confisqués. Mais, elle autorise les Etats parties à conclure, au cas par cas, des accords ou des arrangements mutuellement acceptables pour la disposition définitive des biens confisqués.

2- Les obstacles de politique interne

Les obstacles politiques peuvent avoir des origines internes aux Etats requérants (a) ou alors interne aux Etats requis (b).

a- Les obstacles de politique interne aux Etats requérants

Les obstacles de politique interne aux Etats requérants renvoient au dysfonctionnement institutionnels des états requérants et la décrédibilisation du régime politique gangrené par la corruption et les détournements des fonds publics.

Les crises politiques, institutionnelles et militaires observées dans un Etat spolié ne sont pas de nature à favoriser la restitution des avoirs publics spoliés car pour les Etats requis, un tel trouble n'est pas de nature à favoriser la bonne utilisation de ces fonds. Dans ce cadre, on entend par crise institutionnelle, la prépondérance de l'exécutif sur les autres pouvoirs plus précisément

³⁶ Latimier (C.), op.cit., p.406.

sur la justice. Une telle imbrication plombe les procédures ouvertes contre les potentats ou contre les proches détenteurs de fonds spoliés. En cela, il est difficile d'engager une procédure d'entraide judiciaire si déjà à l'interne il n'existe pas une condamnation du potentat. C'est sans doute l'une des raisons qui a empêché le blocage complet des fonds Mobutu en Suisse. En effet, le plus jeune fils de Mobutu Sese Seko, Nzanga Mobutu, « occupaient encore une position importante dans le système politique congolais, entant que Vice-président de la République ». Cette position politique lui permettait d'influencer la procédure judiciaire de la sorte à ce qu'aucune décision judiciaire véritable ne puisse être prononcée.

La crise politique en Haïti influait sur le fonctionnement des institutions de façon à ce que même la justice n'était pas fonctionnelle³⁷. D'après Monfrini et Yves Klein, en raison des coups d'Etats successifs à Haïti, les autorités de ce pays n'avaient pas été à mesure de donner à la Suisse des garanties de procédure suffisantes. L'Etat d'origine n'est pas à mesure de répondre aux exigences de la procédure d'entraide du fait de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son appareil judiciaire. C'est 22 ans après la chute du dictateur Haïtien qu'une demande d'entraide judiciaire basée sur des procédures pénales ouvertes a abouti³⁸. Suite au départ forcé de Duvalier en 1986 ; le gouvernement haïtien demanda au CF l'entraide judiciaire relative aux avoirs ayant disparu sous sa présidence. Après avoir identifié plusieurs comptes bancaires de la famille Duvalier dans les cantons de VAUD, Zurich et Genève ; le conseil fédéral transmit l'affaire aux cantons respectifs qui donnèrent l'ordre aux banques de bloquer les fonds. Un montant d'environ 7,5 million de Franc fut aussi bloqué à titre provisoire en vertu de l'article 18EIMP. Durant plus d'une décennie ; l'affaire n'avança pas ; notamment du fait du des graves dysfonctionnements internes que connut Haïti dans les années 90. Alors que l'échec de la procédure d'entraide judiciaire se profilait ; le conseil fédéral décida en 2002 de bloquer les avoirs en suisse de Duvalier sur la base de la compétence que lui confère l'article 184al 3 est « blocage politique » en matière de sauvegarde des intérêts du pays.

³⁷ Monfrini et Yves (K.), « L'Etat requérant lésé par l'organisation criminelle : l'exemple des cas Abacha et Duvalier », in *Etat de droit et confiscation internationale*, Edis, 2010, pp. 19-38 ; Moreillon (L.) ; Giroud (S.), « Restitution spontanée de fonds bloqués a des Etats défaillants : les cas Duvalier et Muboto », *AJP. PJP3*, 2009, p.278, « L'instabilité politique ; ainsi que les difficultés institutionnelles ; économique et logistiques, propres à ces pays ; compliquent les relations qu'ils ont avec d'autres Etats ; notamment en matière d'entraide pénale internationale »

³⁸ Giroud (s.) ; Moreillon (R.), « Restitution spontanée des fonds bloqués à des Etats défaillants, les cas Duvalier et Mobutu », *AJP/PJA*, 3/2009, p.276.

En Suisse, l'une des conditions préalable à la restitution des avoirs spoliés par des personnes politiquement exposées est la crédibilité du régime politique en place. Cette crédibilité tient au respect de l'Etat de droit, au respect des règles de gouvernance publique et à la lutte contre la corruption, les détournements des fonds publics. Pour l'Etat requis, il est question d'éviter un mauvais usage des fonds restitués ou même un ré«détournement» des fonds restitués. Pour cet Etat, il faut donc que les fonds bénéficient à la population victime de la spoliation. Selon l'article 9 de la loi sur la restitution des avoirs illégaux Suisse, « *les modalités pour la restitution peuvent faire l'objet d'un accord entre la Suisse et l'Etat d'origine, un tel accord peut porter sur le type de programme d'intérêt publics visé par les valeurs patrimoniales restituées* ». A défaut d'accord avec l'état d'origine, le conseil fédéral fixe les modalités de la restitution. Il peut le faire par l'entremise des organismes internationaux ou nationaux et prévoir la supervision par le DFAE³⁹ pour éviter que les fonds restitués soient gaspillés ou détournés à nouveau⁴⁰, lorsqu'un régime politique ne donne pas les garanties d'une bonne gouvernance et sur tout de la bonne utilisation des fonds restitués.

La Suisse va jusqu'à commettre un organe de supervision, en ayant toujours à l'esprit la hantise d'un autre détournement. C'est d'ailleurs pour quoi un accord entre la Suisse et l'Etat spolié est signé en vue d'affecter les fonds restitués à un programme de développement social. Ce suivi de la gestion des fonds par un organisme étranger est un signe de suspicion du régime politique requérant.

b- Les obstacles de politique interne aux Etats requis

Loin du discours vertueux des Etats requis sur la restitution des avoirs spoliés, on constate plutôt une complaisance des hommes politiques des Etats requis en faveur des potentats (anciens et actuels potentats) des Etats requérants. Le pillage des richesses des pays du Sud s'est opéré avec la complicité ou à l'initiative des gouvernements et des entreprises du Nord⁴¹. Soucieux de leurs intérêts géopolitiques et économiques, plusieurs Etats occidentaux ont soutenu les régimes les plus despotiques et corrompus en Afrique (Abacha, Mobutu, Houphouët Boigny), en Asie (sur Suharto, Marcos), en Amérique Latine (Duvalier, Pinochet). En 1997-1998, la France et la compagnie Elf

³⁹ Article 9 alinéa 5 de la section IV de la Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite des personnes politiquement exposées.

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Ibid, p.2.

ont financé la reprise du pouvoir au Congo Brazzaville par Denis Sassou Nguesso. Moins regardant sur les conditions d'exploitation du pétrole de son pays. Dès lors, on comprend le peu d'empressement des gouvernements du Nord à restituer les avoirs et biens mal acquis des dictateurs en question. Sanctionner leurs allier d'hier ou d'aujourd'hui les exposerait à des révélations dont ils préfèrent se passer.

Il arrive souvent que l'immunité des dirigeants⁴² soit invoquée pour se soustraire de l'obligation internationale de poursuites judiciaires des potentats et de restitution des avoirs spoliés⁴³. Au niveau interne, l'immunité constitutionnelle est un obstacle procédural à la mise en œuvre de la responsabilité des gouvernants⁴⁴ et à des poursuites judiciaires. En Suisse, les dirigeants en exercice d'un Etat étranger tels que les chefs d'Etat, le Premiers responsables de parti unique, les Premier Ministres ainsi que, dans une certaine mesure les Ministres les plus importants dont certainement le Ministre des Affaires Etrangères bénéficie d'une immunité *ratione personae*. Dans un *obiter dictum*, le tribunal fédéral Suisse l'a confirmé dans le cadre de l'affaire Marcos⁴⁵. Mais on assiste depuis un certain temps à des revirements jurisprudentiels, l'illustration est faite par l'affaire Bongo⁴⁶ et celle de la République du Kazakhstan⁴⁷.

Dès lors, comme l'a relevé le Tribunal fédéral dans l'affaire Marcos, l'immunité prend fin avec la fonction officielle ; elle ne constitue pas un obstacle à l'exécution d'une demande d'entraide qui émane de l'Etat concerné, et elle peut être levée par celui-ci au profit de pays tiers. L'immunité ne peut pas, non plus, être invoquée par d'anciens ministres dans le cadre de la coopération en matière pénale accordée pour une enquête menée par une commission parlementaire qui pourrait aboutir à une décision de levée d'immunité et de renvoi devant les tribunaux pénaux compétents. Le Tribunal fédéral a, par ailleurs, réduit la portée de l'immunité, y compris en matière d'entraide pénale, en jugeant qu'elle ne profitait à l'Etat que pour son activité *de imperii*.

⁴² Beaud (O.), «L'immunité du Chef de l'Etat en droit constitutionnel et en droit comparé» in, Verhoeven (J.) (Dir), *Le droit international des immunités : Contestation ou consolidation ?*, Paris, LGDJ, Larhrer, pp.149-188.

⁴³ Makoulma (M. V.), *L'évolution du droit des immunités pénales reconnues aux Chefs d'Etat en droit international*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Limoges, Université Felix Houphouët-Boigny, 2017, p.522 et ss.

⁴⁴ Assemblée Générale des Nations Unies, *Mondialisation et interdépendance : action préventive et lutte contre la corruption et le transfert d'avoirs d'origine illicite*, Rapport du secrétaire général, Assemblée générale, soixante et unième session, New York, 2006, p.235

⁴⁵ *Ibid.*, p.238

⁴⁶ *Ibid.*, p.239.

⁴⁷ Henzelin (M.), « *L'immunité pénale des Chefs d'Etats en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage, de ressources et de corruption ?* », *RSDIE*, vol. 2, 2002, p.198 et ss.

Les politiques nationales de réglementation des transactions financières et des établissements financiers⁴⁸ mettent souvent très peu d'accent sur la réglementation des centres off-shore, en vue de la coopération en matière de restitution des avoirs spoliés. L'abri qu'offrent ces Etats au centre off-shore⁴⁹ s'assimile à la complicité pour ne pas restituer les avoirs spoliés aux Etats requérants.

Le secret bancaire constitue un autre obstacle majeur à la récupération des avoirs spoliés⁵⁰. Les établissements financiers opposent très souvent ce parapluie de secret bancaire afin de se soustraire des enquêtes et pourtant la Convention des Nations-Unies contre la corruption souligne que les Etats parties ne peuvent invoquer, notamment, le secret bancaire, pour refuser l'entraide judiciaire. Cet élément rentre dans la politique de règlement des activités bancaires et qui relève du droit interne. C'est d'ailleurs pour cela que la convention de Mérida en son article 40 dispose que « *chaque état partie veille en cas d'enquête judiciaire nationale sur des infractions établies conformément à la présente convention, à ce qu'il y ait dans son système juridique interne des mécanismes appropriés pour surmonter les obstacles qui peuvent résulter de l'application des lois sur le secret bancaire* ». Mais, curieusement certains Etats en développement engagés dans la lutte contre la corruption même sur le plan interne se plaignent de nombreuses commissions rogatoires restées sans suite, du refus des banques et autres institutions financières de lever le secret bancaire au nom de la protection des intérêts de leurs clients, de l'inertie de leurs Etats au nom de la protection de leur industrie financière⁵¹. Ce qui n'est pas surprenant, car à ce jour très peu de pays en développement ont pu obtenir le gel, la saisie, la confiscation, et le rapatriement des sommes colossales, produits de la corruption et des infractions assimilées perpétrées chez eux et gardées dans les Etats receleurs réputés surs.

Les centres ou places offshores ont des lois qui protègent le secret bancaire de sorte que celui-ci constitue un obstacle au recouvrement des avoirs publics financiers spoliés. Or le secret

⁴⁸ Ursula (C.), « La confiscation de l'argent des "potentats" : à qui incombe la preuve ? », *La Semaine judiciaire*, n°8, vol. II, *Doctrines*, 2009, pp.229-256.

⁴⁹ Les centres offshores sont les sanctuaires du blanchiment d'argent et de la criminalité économique et financière. Ils sont des obstacles à la restitution des avoirs financiers de l'Etat. La Suisse est parmi les premières places financières mondiales. L'article 184 alinéa 3 (102 ch 8z est) permet au conseil fédéral d'ordonner le blocage des biens situés en suisse lorsque leur remise pourrait être contraire aux intérêts de la Suisse : « *afin notamment de préserver la sécurité et l'intégrité de la place financière helvétique* ».

⁵⁰ Article 46(8) de la CNUCC indique que « *chaque Etat partie ne peut invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire* ».

⁵¹ Kamto (M.), *Droit international de la gouvernance*, op.cit., p.271.

bancaire ne devrait pas empêcher le déroulement des enquêtes sur les agissements considérés comme criminels aussi bien par l'Etat requérant que par l'Etat requis. En effet, la loi sur le secret bancaire peut empêcher les services de détection et de répression des atteintes aux fonds publics de transmettre des informations et documents bancaires à leurs homologues étrangers, même si ces derniers peuvent être désireux d'apporter leur aide. Il arrive que des Etats requis ne fournissent pas des documents protégés par la législation sur le secret bancaire lorsque certaines activités sont considérées comme criminelles dans l'Etat requérant et non dans l'Etat requis⁵².

Aux obstacles juridiques viennent s'ajouter des obstacles factuels et institutionnels, dont le plus évident est la réticence à coopérer. Les États requis, en particulier lorsqu'il s'agit de centres financiers, ont souvent un régime d'entraide judiciaire inefficace et peu coopératif et des procédures réputées ardues, qui découragent des pays de présenter des demandes d'entraide. Ils donnent la priorité aux affaires nationales plutôt qu'aux requêtes étrangères, et ils agissent rarement de façon volontariste même s'ils disposent du savoir-faire, des capacités ou des ressources voulues pour une meilleure entraide. Selon certains, ce comportement institutionnel serait renforcé par le sentiment que certaines demandes émanant de pays en développement ne seraient qu'un simple «écran de fumée» et n'obéiraient qu'à des considérations de politique intérieure ou internationale, sans qu'il puisse jamais être sérieusement envisagé des poursuites, et que les pays en développement ne réagissaient pas toujours de façon positive quand des pays développés les informaient de la découverte d'avoirs apparemment d'origine illicite. Si dans certains cas ce sentiment est peut-être justifié, parfois aussi il n'est pas fait de distinction suffisante entre les autorités de l'État et la société qui souffre des conséquences de la corruption.

B- Les obstacles opérationnels au recouvrement

Trois types d'obstacles opérationnels empêchent la restitution des avoirs financiers spoliés. Il s'agit des obstacles liés aux difficultés d'identification de la situation géographique des fonds spoliés (1), aux difficultés relatives à l'amorce d'une entraide judiciaire et celles relatives au coût juridique de la procédure (2).

1- Les difficultés d'identification de la situation géographique des fonds spoliés

⁵² Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis : analyse et recommandations pour l'action*, op.cit., p.65 et p.66.

L'identification et la localisation avec exactitude des avoirs spoliés sont une tâche primordiale mais pas aisée. L'un des obstacles majeurs du recouvrement des avoirs publics financiers spoliés réside dans l'identification de la situation géographique des fonds publics spoliés. Certains pays exigent des informations trop précises pour mettre en œuvre des demandes de saisie ou de confiscation des avoirs ou de comptes bancaires⁵³. L'identification d'un compte où se trouve l'une des principales difficultés rencontrées dès le début d'une procédure d'entraide judiciaire. A ce propos, les praticiens révèlent que « *des registres bancaires centralisés constitueraient de précieux outils dans les dossiers de recouvrement des avoirs car ils permettraient aux autorités chargées de faire respecter la loi d'effectuer des recherches électroniques à partir du nom d'une personne* ». Or, en face du manque d'informations précises, une demande d'informations précises, une demande d'entraide peut être refusée⁵⁴.

L'avènement de la mondialisation économique et financière a ouvert de nouveaux horizons au crime organisé et à la délinquance économique et financière en particulier. Le décloisonnement et l'internationalisation du système financier a offert une plus grande prospérité au blanchiment d'argent dans certains pays ou places financières où il est possible d'y déposer des sommes sans avoir de compte à rendre sur son identité : ce sont les paradis fiscaux et centres ou places offshore. Ces derniers sont les pays qui ne prélèvent pas ou peu d'impôts et servent aux non-résidents pour échapper à l'impôt dans leur pays de résidence. Un paradis fiscal est doté de dispositions législatives ou de pratiques administratives empêchant un échange de renseignements avec d'autres pays sur les contribuables. Ils jouent un rôle accru dans les opérations de blanchiment de capitaux⁵⁵. Ces paradis fiscaux et centres ou places offshore constituent un obstacle à l'identification des avoirs publics financiers spoliés⁵⁶. A ce propos Patrick Juvet Lowe écrit « *les paradis fiscaux et judiciaires et autres centres offshore constituent un obstacle majeur au recouvrement des avoirs d'origine illicite. Ces paradis fiscaux rendent difficile la localisation des avoirs volés et l'identification de leurs propriétaires, favorisent le blanchiment de l'argent volé*

⁵³ L'article 55 de l'UNCAC exige des Etats requérants : de donner une description des biens à confisquer, notamment le lieu où ils se trouvent et leur valeur estimative, ainsi qu'un exposé des faits sur lesquels est fondée la demande. Certains pays, requièrent des descriptions excessivement spécifiques des propriétés désignées, ce qui complique la tâche des requérants.

⁵⁴ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis : analyse et recommandations pour l'action*, op.cit., p.107.

⁵⁵ Modou Diakhaté (S.), op.cit., p.268 et 269

⁵⁶ Gayraud (J.-F.), *Le nouveau capitalisme criminel, crises financières, trading de fréquence*, Paris, édition Odile Jacob, 2014. Chapitre 3 le trading de haute fréquence : les financiers de Wall Street ont-ils inventé le crime parfait ?

ainsi que son recyclage dans l'économie légale. Ils permettent de transférer trop rapidement les capitaux traqués (ou susceptibles de l'être) dans des lieux où on pourra difficilement venir les chercher. Les paradis fiscaux sont une véritable plaie pour la transparence recherchée dans la lutte contre la corruption, en tout cas un phénomène complexe qui pourrait servir d'indice pour mesurer la volonté de la société internationale dans la dynamique de cette lutte »⁵⁷.

2- Les difficultés relatives à l'amorce d'une entraide judiciaire et du coût de la procédure

Il arrive très souvent que les Etats requérant ne sachent pas vers quelles autorités publiques de l'Etat requis s'adresser car parfois, il n'existe ni autorités ou organe central destiné(e) à recevoir les requêtes aux fins d'extraire. Le fait que l'Etat n'ait aucune information sur l'interlocuteur, ou point de contact pour solliciter formellement une entraide judiciaire, ou toute autre forme d'entraide, peut l'empêcher de présenter sa demande dans les meilleures conditions⁵⁸. De plus en plus, les traités exigent des Etats de nommer une autorité centrale habilitée à recevoir les demandes et d'offrir ainsi une alternative aux voies diplomatiques. Il arrive très souvent que certains Etats disposent de plusieurs autorités centrales et points de contact pour les demandes d'entraide. Le fait de ne pas savoir à qui s'adresser dès le début de la procédure peut mettre à mal la coopération entre pays, et retarder une potentielle assistance informelle⁵⁹. La désignation d'une autorité centrale dans les Etats requérants et requis est indispensable pour encourager la coopération. Les autorités judiciaires de l'Etat requérant sont alors en mesure de communiquer directement avec l'autorité centrale dans l'Etat requis. Les pays devraient donner des renseignements sur les points de contact informés, susceptibles de se trouver en dehors de l'autorité centrale. Parmi ces interlocuteurs peuvent figurer celles du renseignement financier, des agences d'investigation, des régulateurs et des superviseurs, ainsi que, d'autres autorités compétentes impliquées dans le recouvrement des avoirs détournés⁶⁰. Leur rôle étant d'aider leurs homologues à satisfaire les exigences nécessaires pour obtenir l'entraide judiciaire formelle.

⁵⁷ Lowe (P. J. G.), « La responsabilité en droit international pour corruption dans la gestion des ressources naturelles en Afrique centrale », in Daniel Dormoy (Dir), *La corruption et le droit international*, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 2010, p.161.

⁵⁸ Stephenson (K.), Gray (L.), Power (R.), Brun (J.-P.), Dunker (G.), Panjer (M.), *Les obstacles au recouvrement des biens mal acquis : analyse et recommandations pour l'action*, op.cit., p.91.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Ibid., p.92.

L'autre obstacle opérationnel au recouvrement des avoirs spoliés est le coût élevé de la procédure judiciaire. Les pays en développement ne disposent pas toujours de ressources économiques et des compétences techniques suffisantes pour engager des procédures lourdes et coûteuses aux fins de recouvrement d'avoir. Les difficultés de recherche des preuves et parfois le montant dérisoire des sommes à recouvrer au final sont de nature à dissuader de l'engagement de telles procédures⁶¹.

Conclusion

La restitution des avoirs publics financiers spoliés est un principe fondamental de droit international. Elle est inscrite dans le chapitre V de la CNUCC. Elle définit la procédure de recouvrement des avoirs financiers spoliés des Etats. La conception de ce mécanisme n'a pas tenu compte de certaines réalités du droit international. Sa mise en œuvre regorge de nombreuses entraves. Notamment : les obstacles de nature juridique et ceux de nature non juridique. Les dysfonctionnements de ce mécanisme international constituent un échec de la communauté internationale car il n'a pas atteint les objectifs escomptés. Par conséquent, il nécessite une réforme d'ampleur.

⁶¹ Lowe P.J.G, op.cit., p.161.

La protection de la liberté de manifestation publique au Tchad : leurre ou réalité ?

Par :

BAB KUSMUAN Silvère
Doctorant en Droit Public
Université de Dschang (Cameroun)

Page | 329

Résumé :

La liberté de manifestation permet aux citoyens d'exprimer sur la voie publique leurs revendications. Son plein exercice est l'expression de la démocratie. La liberté de manifestation est indissociable de la liberté de réunion, d'expression et d'association. Via cette liberté, les citoyens participent à la direction des affaires de l'Etat. Cette liberté est garantie tant par les normes juridiques nationales qu'internationales. Ainsi, nombre des organes étatiques et non-étatiques sont mis en place pour veiller au respect de son exercice par les citoyens. Nonobstant, en dépit de sa consécration normative, la liberté de manifestation vacille dans sa pratique. L'on peut souligner la quasi-absence de l'admission des autorisations et encadrements des manifestations publiques. Il faut, bien plus, noter le biaisement de son exercice inhérent à l'excessivité de sa répression par les forces de l'ordre. Celles-ci se livrent à l'emploi des moyens de force disproportionnés de répression et à des arrestations illégales des manifestants en violation des législations en vigueur.

Mots clés : protection, liberté de manifestation, manifestation publique.

Introduction

Depuis les mouvements de démocratisation des années 1990 amorcés dans plusieurs pays d'Afrique noire francophone¹, le Tchad s'est engagé à bâtir un Etat de droit fondé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme. Ainsi, toutes les constitutions tchadiennes qui se sont succédées, de 1996 à nos jours, ont consacré les principes républicains et les mécanismes juridiques garants des droits de l'homme². Elles ont toujours rappelé le vœu ardent du peuple exprimé lors de la tenue de la conférence nationale souveraine³ : le devoir du peuple tchadien de défendre les valeurs chères à la nation par des désobéissances, des résistances et des oppositions⁴. L'un des moyens loyaux pour défendre ces valeurs est la liberté de manifestation. En effet, la liberté de manifestation est un moyen « *de contrôle citoyen de l'action des institutions publiques et du respect de la constitution* »⁵. Elle est un droit fondamental et inaliénable des citoyens dans un État démocratique. La liberté de manifestation permet aux citoyens d'exprimer sur la voie publique leurs idées et d'émettre des propositions sur les réalités sociales. Cette liberté se rattache au « *droit d'expression collective des idées et des opinions* »⁶. Cette liberté revêt une signification politique particulière parce qu'elle est inhérente à l'exercice démocratique des citoyens.

Partant, l'idée de protection de la liberté de manifestation implique la réalisation de toutes activités visant à garantir le respect plein et entier de cette liberté. L'institutionnalisation de la protection de ladite liberté au Tchad, s'opère par la médiation de la règle de droit qui en assure

¹ Lire à ce propos, MORIN (J.Y), *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des Etats ayant le français en partage*, Bruxelles, Bruylant/A.U.F, 1999, p.11 ; BABACAR (G), « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 5-26 ; VIRCOULON (Th), « De la transition à la transformation : comprendre l'Afrique du Sud démocratique », *Journal des africanistes*, 2006, pp. 155-165 ; THIRIOT (C), « Après les transitions en Afrique, la démocratie ? De l'impasse de quelques adjectifs et les pistes ouvertes par Jean-François Médard », *Le comparatisme à la croisée des chemins*, 2010, pp. 175-198. Voir aussi : LIYINDA (B.B), *La loi n°001/2017 du 3 aout 2017 relative aux réunions et manifestations publiques en République gabonaise dans une approche comparée : les libertés de réunion et de manifestation au Gabon*, Mémoire en vue de l'obtention du Master en Administration et Finances Publiques, Université de Strasbourg, juin 2018, p. 10.

² GUIMDO DONGMO (B-R), « La protection des droits de l'homme en matière administrative en général et à travers les procédures d'urgence – le sursis à exécution et le référé – en particulier », in « *Justice, procédures juridictionnelles et protection des droits de l'homme en Afrique* », Actes d'audience solennelle de rentrée et journée scientifique de la Cour Suprême du Cameroun du 24 février 2010, p. 127.

³ Tenue à N'Djaména du 15 janvier au 7 avril 1993, cette Conférence Nationale Souveraine a regroupé toutes les forces vives de la nation : partis politiques, associations de la société civile, corps de l'Etat, autorités traditionnelles et religieuses, représentant du monde rural et les personnalités ressources.

⁴ Lire le préambule de la Constitution du 4 mai 2018 révisée.

⁵ MILOLO NSENDA (M), « La protection judiciaire de la liberté de manifestation en république démocratique du Congo », *Librairie Africaine d'Etudes Juridiques*, 2018, p. 578.

⁶ Cf. Décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1995, n°94-352 DC ; Décision de la Cour constitutionnelle de Hongrie, 75/2008 (V. 29), ABK 2008, p. 715, 721.

l'organisation⁷ et induit, en outre, de par l'énoncé de la règle de droit, la mise en place des organes en charge. A ce titre, la liberté de manifestation est garantie par l'article 28 de la Constitution de 2018⁸, remplacée par la Charte de transition d'avril 2021 qui n'a pas perdu de vue la protection de cette liberté. Cependant, la détermination des conditions de l'exercice de ladite liberté est laissée à la portée du législateur⁹. Force est de noter que c'est le décret n°193/INT/SUR du 6 novembre 1962 qui régleme la liberté de manifestation au Tchad. Ce texte, édicté au lendemain des indépendances, s'avère être en contradiction avec les réalités juridiques actuelles. Il est par nature restrictif et ne garantit pas l'exercice effectif de la liberté de manifestation. C'est ainsi que, la plupart des manifestations pacifiques tendant à dénoncer la mauvaise gouvernance sont systématiquement interdites et sévèrement réprimées¹⁰.

En réalité, depuis la fin de l'année 2014, des vagues de protestation populaire ont émergé et se sont, peu à peu, multipliées vers le début de l'année 2016. Les mécontentements des citoyens vont grandissant et les manifestations se multiplient de jour en jour pour réclamer la justice sociale, l'amélioration des conditions de traitement des fonctionnaires, l'amélioration de la gestion des affaires publiques, l'alternance au pouvoir par des élections libres, transparentes et justes. Ajoutée à ces problèmes, la prise du pouvoir par une junte militaire en violation de l'ordre constitutionnel après la mort subite du Président Idriss Déby, annoncée le 20 avril 2021. Pour revendiquer leurs droits politiques, sociaux, économiques et refuser la continuité du régime antérieur et exiger le retour à l'ordre constitutionnel, les populations ont choisi la rue pour exprimer leurs mécontentements. Mais, malgré les demandes de manifestations pacifiques régulièrement adressées aux autorités publiques, plusieurs manifestations sont systématiquement interdites.

⁷ KEUDJEU DE KEUDJEU (J.R), « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », *Revue CAMES/SJP*, n°001, 2017, p. 104.

⁸ Promulguée le 4 mai 2018 et révisée par la loi Constitutionnelle n° 017/PR/2020 du 14 décembre 2020.

⁹ La protection de la liberté de manifestation introduit un étroit rapport entre la Constitution et la loi. Le Doyen FAVOREU définit ce rapport par le couple « *mise en cause - mise en œuvre* ». C'est-à-dire, la Constitution définit les principes protecteurs des droits fondamentaux et la loi s'en charge de leur mise en œuvre. Sur ce, lire FAVOREU (L), « La protection des droits et libertés fondamentaux », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, 1987, p. 185.

¹⁰ Lors des arrestations des manifestants de janvier 2018, le Ministre de la justice avait considéré que ces derniers ont organisé un rassemblement illégal en arguant que : « *la Constitution leur donne le droit de manifester, mais nous avons des lois de 1961 qui ne sont pas encore abrogées. Selon la Constitution le droit de manifester s'exerce selon les conditions définies par la loi. Et pour le moment, la loi de 1961, conditionne une autorisation préalable du ministère de l'intérieur* ». Lire à ce propos, Ligue Tchadienne des Droits de l'Homme, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Tchad*, 2018, p.24.

Certaines sont violemment réprimées par les forces de l'ordre causant parfois des blessés et des morts.

De toutes ces considérations, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si la protection de la liberté de manifestation au Tchad est-elle effective. La réponse à cette interrogation est somme toute équivoque, d'autant plus que la protection de la liberté de manifestation au Tchad est théoriquement affirmée, au regard de sa formalisation (I), mais pratiquement, elle reste mitigée (II).

I- UNE PROTECTION THEORIQUEMENT AFFIRMEE DE LA LIBERTE DE MANIFESTATION PUBLIQUE

La reconnaissance de la liberté de manifestation est fondamentale pour un pays qui se réclame être un Etat de droit. La fundamentalité de cette liberté est reconnue par diverses normes juridiques qui garantissent sa protection et en déterminent les modalités de son exercice (A). Cependant, la norme « *est immatérielle et lointaine, on ne peut la concevoir et l'imaginer qu'à travers des mots, des formules* »¹¹. Encore faut-il des institutions chargées de faire appliquer les prescriptions normatives (B).

A- La protection normative de la liberté de manifestation publique

Les normes relatives à la protection de la liberté de manifestation découlent, d'une part, des textes juridiques nationaux (1) et, d'autre part, des instruments juridiques internationaux ratifiés (2).

1- La garantie de la liberté de manifestation par l'ordre juridique national

L'entrée du Tchad dans l'ère démocratique¹² a permis à cet Etat de se doter d'une nouvelle constitution datée du 31 mars 1996¹³ qui prend, désormais, en compte les aspirations du peuple. Après deux décennies d'expériences issues de la constitution de 1996, le Tchad a décidé de consolider davantage la démocratie et l'Etat de droit en procédant à une réforme générale, à la

¹¹ DRAN (M), *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1968, p.25.

¹² La liberté de manifestation ne date pas d'hier. Elle figurait déjà dans la constitution tchadienne du 31 mars 1959. Cette liberté apparaissait, à cette époque, de manière embryonnaire. Il a fallu attendre les années 1990 pour voir la liberté de manifestation consacrée de manière claire et suffisamment garantie par la constitution.

¹³ Cette constitution a fait l'objet de révision en 2005 et 2013.

suite d'un Forum national inclusif, qui a abouti à l'adoption d'une IV^{ème} République avec une nouvelle constitution promulguée le 4 mai 2018¹⁴. En 2020, un deuxième Forum national est organisé pour évaluer et apporter de correction aux résolutions retenues lors du premier forum. Cette seconde assise a donné lieu à la révision de la constitution de 2018. Au cœur de ces réformes étaient placées la recherche des institutions fortes, le renforcement de la bonne gouvernance, de la paix, de l'Etat de droit, de la démocratie et de la protection des droits de l'homme.

Le préambule de la constitution de 2018 révisée en 2020 déclare la volonté du peuple « *de bâtir un Etat de droit et une nation unie fondée sur les libertés publiques et les droits fondamentaux de l'homme* ». Ce préambule reconnaît le droit et le devoir du peuple de résister et de désobéir à tout individu ou un groupe d'individu qui prendrait ou exercerait le pouvoir en violation des règles y relatives édictées par la constitution. En outre, de s'y opposer à tout régime dont la politique se fonderait sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, la concussion, le népotisme, le clanisme, le tribalisme, le confessionnalisme et la confiscation du pouvoir. Le peuple est le gardien des valeurs républicaines énoncées dans la constitution. Cette veillance du peuple peut se matérialiser par plusieurs moyens parmi lesquels figure en bonne place la manifestation publique. La liberté de manifester pacifiquement est, conformément à l'article 28 de la constitution, garantie à tous sans exception.

En outre, la Charte de transition qui a vu le jour en avril 2021 a consacré la liberté de manifestation. En son article 6, cette Charte prévoit, de manière générale, que « *les libertés et droits fondamentaux sont reconnus et leur exercice garanti aux citoyens dans les conditions et les formes prévues par la loi* ». De manière spécifique, la Charte énonce en son article 22 que, « *les libertés d'opinion, d'expression, de conscience et de culte sont garanties [...]* », en détournant de l'expression "liberté de manifestation". L'absence de cette expression dans la Charte ne doit laisser subsister aucune perplexité relative à la reconnaissance et à la garantie du droit à la liberté de manifestation. La liberté de manifestation est consécutive à la liberté d'opinion et d'expression.

¹⁴ V. BUCUMI (G), « Quelques paradoxes contemporains de la laïcité de l'État au Tchad », *Revue du droit des religions*, 2019, pp. 156-157. Selon cet auteur, la proposition d'une nouvelle République est apparue comme une réponse aux crises sociales qui se sont accrues ces dernières années. Dans un contexte sociopolitique morose et sous la pression d'un soulèvement populaire lié aux revendications sociales, le régime en place a proposé la tenue d'assises nationales, sur le modèle de la conférence nationale souveraine de 1993, afin de débattre sur tous les maux qui minent la société tchadienne. Ce forum sur la réforme des institutions s'est tenu le 19 mars 2018 et a rassemblé plus de 800 personnes, représentant toutes les couches sociales du pays. La mission assignée à ces représentants était, principalement, d'examiner des propositions en vue d'ériger un « Tchad nouveau », doté de nouvelles institutions et de nouveaux mandats pour les hautes autorités du pays.

Les jalons de la liberté de manifestation étant posés par la loi fondamentale, le légiste a reçu de celle-ci une noble tâche de veiller à l'effectivité de cette liberté par la définition des modalités de son exercice et son encadrement par les institutions en charge.

Ainsi, le décret n°193/INT/SUR du 6 novembre 1962 portant réglementation des manifestations sur la voie publique, toujours en vigueur, concrétise la volonté du constituant. Ce décret soumet en son article 1^{er} toutes manifestations sur la voie publique à l'obligation d'une déclaration préalable¹⁵. Les déclarations doivent contenir les informations sur les identités des organisateurs de la manifestation. Elles doivent comporter les noms, prénoms et domicile des organisateurs et être signées par l'un au moins d'entre eux¹⁶. Les déclarations doivent indiquer le but de la manifestation, le lieu, la date et l'heure du rassemblement ainsi que l'itinéraire projeté¹⁷. Partant, la loi exige que les organisateurs soient domiciliés dans la localité où la manifestation projetée aura lieu¹⁸. Les déclarations introduites au niveau des circonscriptions administratives sont transmises au Ministre de l'intérieur qui va juger si la manifestation projetée peut être autorisée ou non¹⁹. En outre, tenant compte de l'évolution du droit et des réalités actuelles, le Ministre de la sécurité publique a édicté un communiqué en date du 7 mai 2021²⁰ réajustant les conditions à remplir pour les manifestations publiques. Selon les termes de ce communiqué, les organisateurs sont tenus d'annexer à leur demande une autorisation de fonctionner et de signer un engagement auprès du ministère en charge de la sécurité.

Pour ce qui est de la date de dépôt de la déclaration, l'article 2 alinéa 1^{er} du décret n°193/INT/SUR précité dispose que, « *la déclaration doit être faite cinq jours francs au moins et quinze jours francs au plus avant la date de la manifestation, au chef-lieu des circonscriptions administratives dans le ressort desquelles la manifestation doit avoir lieu et à la délégation générale du gouvernement en ce qui concerne la ville de Fort-Lamy (N'Djaména)* ». Manifestement, cette liberté n'a pas de véritable autonomie conceptuelle, elle entretient des

¹⁵ Cet article énonce que : « *sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable et à l'obtention d'une autorisation, tous cortèges, défilés, sorties et d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique* ».

¹⁶ Cf. article 2 alinéa 2 du décret n°193/INT.-SUR du 6 novembre 1962, portant réglementation des manifestations sur la voie publique.

¹⁷ Cf. article 2 alinéa 3 du décret n°193/INT/SUR du 6 novembre 1962 précité.

¹⁸ Cf. article 2 alinéa 2 du décret n°193/INT/SUR.

¹⁹ Cf. article 3 du décret n°193/INT/SUR.

²⁰ Il s'agit du Communiqué n°041/PCMT/PM/DGM/2021 du 07 mai 2021, autorisant les marches et manifestations pacifiques.

rappports étroits avec d'autres libertés²¹. C'est ce qui lui a valu la qualification d'une « *liberté-carrefour* ». Son exercice entraîne la jouissance des autres libertés²². Ainsi puisque la liberté de manifester est l'une des dimensions significatives de la liberté d'opinion, d'association, de réunion et d'expression²³. Il faut donc ajouter à ce texte spécifique (décret n°193/INT/SUR), l'ordonnance n°45 du 27 octobre 1962 relative aux réunions publiques, la loi n°45/PR du 14 décembre 1994 portant charte des partis politiques et l'ordonnance n°023/PR/2018 portant régime des associations. Ces normes s'inspirent en général de celles qui consacrent la liberté de manifestation à l'échelle internationale.

2- La garantie de la liberté de manifestation par des instruments juridiques internationaux

Le Tchad a mis un point d'honneur à la transposition des instruments juridiques internationaux de protection des droits humains. Ces instruments trouvent place au niveau national de l'Etat dès leur ratification²⁴ et sont élevés à la dignité constitutionnelle. Ainsi, ayant reçu et incorporé les instruments juridiques internationaux dans la constitution, le constituant tchadien a, du même coup, intégré les principes qu'ils posent²⁵.

L'adhésion du Tchad aux conventions et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, traduit sa volonté d'appliquer ses règles fondamentales. Ainsi, sur le plan universel, le droit à la liberté de manifestation est reconnu et protégé par la Déclaration universelle des droits de l'homme et son Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'article 19 de cette

²¹ DUFFY-MEUNIER (A), PERROUD (Th), « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *Jus Politicum*, 2017, p. 350.

²² Lire Réseau Euro-méditerranéen des droits de l'Homme (REMDH), *Rapport de l'Etude régionale sur la Liberté de réunion dans la région euro-méditerranéenne*, novembre 2013.

²³ La liberté de manifestation est l'un des moyens privilégiés par les citoyens pour affirmer leurs croyances, pour défendre leurs intérêts, voire pour renverser un régime politique. Cette liberté est, selon NOBERTO Bobbio, aux côtés de la liberté personnelle, de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, l'une des conditions de la démocratie. Ce philosophe italien classe la liberté de manifestation parmi les « quatre grandes libertés modernes ». Lire BOBBIO (N), *Pourquoi la démocratie ?* Paris, Éditions Michel Houdiard, 2008, p. 16. Cité par DUFFY-MEUNIER (A), PERROUD (Th), « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *op.cit.*, 2017, p.342. V. aussi : TERCINET (M-R), « La liberté de manifestation en France », *RDP*, 1979, p. 1009 ; BOUCOBZA (I), « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », *op.cit.*, p. 379 ; GWENAËLE (C), « La manifestation, cœur battant de la démocratie », *Jus Politicum*, 2017, p. 584.

²⁴ Aux termes de l'article 236 de la constitution de 2018 révisée en 2020, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois nationales, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie* ».

²⁵ KEUDJEU DE KEUDJEU (J.R), « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », *op.cit.*, p. 102.

Déclaration énonce que : « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». A cet effet, la liberté de manifester implique une gouvernance participative²⁶. Elle permet aux citoyens d'exprimer leur opinion à travers des revendications ou propositions d'amélioration de la gestion des affaires publiques en général ou se rapportant à un secteur précis. A la lecture de l'article 20 de la Déclaration universelle, la liberté de manifestation est indissociable de la liberté de réunion et d'association pacifique.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a repris *mutatis mutandis* en son article 19 les dispositions de l'article 19 de la Déclaration universelle. Le Pacte reconnaît et confère en son article 21 à la liberté de manifestation une protection en limitant son exercice qu'aux seules restrictions imposées par la loi. Toute restriction n'émanant pas de la loi ou contraire à la loi n'est pas conforme à l'esprit du Pacte. De même, une restriction qui serait uniquement instituée pour protéger un régime ou un intérêt égoïste ne pourrait être admise. La loi qui entend restreindre l'exercice de cette liberté ne peut le faire que si cela s'avère nécessaire et dans l'intérêt collectif ou pour la protection des droits d'autrui.

A la vérité, la liberté de manifestation publique est élevée au rang des droits les plus précieux de l'homme. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 stipule en son article 10 que, « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». La libre émission des opinions est une manifestation éclatante des exigences démocratiques. Car, dans un Etat démocratique, le peuple ne se limite pas seulement à choisir ses dirigeants. Il doit aussi contrôler la direction des affaires confiée à ces derniers et ceux-ci doivent, en retour, rendre compte de leur gestion au peuple. Le peuple ne doit pas se constituer en un observateur des scènes politiques, il ne doit non plus jouir seulement des droits que lui assure un régime. Il doit être en mesure de contribuer à la bonne gouvernance de la Cité. Dans cette logique, l'article 2 de la Déclaration des droits de

²⁶ V. CISSOKO (K), RAMATOU (T), « Participation des acteurs sociaux et gouvernance d'État. Le cas du Cadre stratégique de lutte contre la pauvreté au Mali », *Politique africaine*, n° 99, 2005, p. 143 ; EBERHARD (C), « Droit, gouvernance et développement durable. Quelques réflexions préliminaires », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n° 53, 2004, pp. 12-17 ; HOCHET (P), « La « bonne gouvernance » à l'épreuve des contextes locaux. Un projet de gestion participative des ressources pastorales au Mali », *Autrepart*, 2006, pp. 111-127.

l'homme et du citoyen fait de la résistance à l'oppression, un devoir pour chaque citoyen²⁷. La manifestation est ce devoir par lequel, les citoyens se mobilisent pour contrecarrer l'installation d'un pouvoir arbitraire.

Par ailleurs, dans le cadre de l'Union africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples s'inscrit en droite ligne des autres instruments juridiques internationaux dans la protection de la liberté de manifestation. La Charte africaine reconnaît et garantit aux personnes le droit d'exprimer et de diffuser leurs opinions²⁸, de se réunir²⁹ et de constituer des associations³⁰. Ce droit s'exerce librement, sauf sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements. Ces lois et règlements ne peuvent instituer que des limites qui garantissent la démocratie, la sécurité, l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Au regard de la consécration de cette liberté de manifestation par les différentes normes juridiques, à l'échelle national et international, force est d'affirmer que la protection de cette liberté appelle immédiatement la mise en place des mécanismes ou institutions ayant en charge la mission de veiller au respect de ces normes.

B- La protection institutionnelle de la liberté de manifestation publique

La protection de la liberté de manifestation au Tchad est assurée par un ensemble d'institutions tant non-juridictionnelles (1) que juridictionnelles (2).

1- Les institutions non-juridictionnelles de protection de la liberté de manifestation

Il s'est développé au Tchad la création des autorités administratives indépendantes ne dépendant d'aucun des (trois) pouvoirs de l'Etat et dotées d'un pouvoir de réglementation

²⁷ La résistance à l'oppression est un droit naturel et imprescriptible garanti par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Aujourd'hui, il est solennellement consacré comme un droit positif par la constitution. La résistance à l'oppression est présentée comme une réaction de défense des administrés contre les abus des gouvernants à travers les actions syndicales et de lutte des classes comme une réaction de défense des individus contre des groupes qui les oppriment, ou comme la présomption de légitimité de toute action violente de défense d'un individu ou d'un groupe contre un asservissement et une violation des droits fondamentaux. Sur le sujet, lire DUGUY (M), « Le droit de résistance à l'oppression en droit international public : le cas de la résistance à un régime tyrannique », *Civitas Europa*, n° 32, 2014, pp. 139-163 ; FRAGKOU (R), « Le droit de résistance à l'oppression en droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2013, pp. 831-957.

²⁸ Cf. article 9 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 26 juin 1981.

²⁹ Cf. article 11 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

³⁰ Cf. article 10 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

autonome³¹. Dans le cadre de la protection de la liberté de manifestation, la Commission nationale des droits de l'homme bénéficie, conformément aux principes de Paris, d'un vaste champ de compétence en la matière. Selon l'article 183 de la Constitution du 4 mai 2018, « *il est institué une Commission Nationale des Droits de l'Homme. La Commission Nationale des Droits de l'Homme est une autorité administrative indépendante* ». En effet, créée par la loi n°031/PR/94 du 9 septembre 1994, la Commission a pour mission, la formulation des avis au gouvernement sur les questions relatives aux droits de l'homme, l'assistance du gouvernement et des autres institutions nationales et internationales pour toutes les questions relatives aux droits de l'homme au Tchad. En outre, elle participe à la révision de la législation en vigueur, à l'élaboration de nouvelles normes relatives aux droits de l'homme et elle procède à des enquêtes, des études et publications relatives aux droits de l'homme. Elle peut aviser le gouvernement sur la ratification des instruments juridiques internationaux relatifs à la torture, au traitement inhumain et dégradant³².

Grosso modo, la Commission nationale des droits de l'homme participe à plusieurs niveaux dans la protection des droits de l'homme en général et la liberté de manifestation en particulier. Sa mission principale consiste à impulser la mise en place des normes relatives aux droits de l'homme et leur applicabilité. Grâce à l'étendue de sa mission, la Commission contribue à faire en sorte que la jouissance du droit à la liberté de manifestation ne soit compromise par les autorités publiques. Dans cette perspective, la Commission nationale des droits de l'homme reçoit toutes dénonciations portant sur les cas de violation des droits et libertés. Elle diligente toutes enquêtes et procède à toutes investigations nécessaires sur les cas de violation de la liberté de manifestation et saisit toutes autorités à cet effet. Mis à part le droit d'initiative qui lui est reconnu, toute personne qui se considère victime d'une violation des droits peut saisir la Commission³³.

La Commission nationale est dotée d'un large pouvoir de promotion et de protection des droits et libertés fondamentaux. En vertu de ses prérogatives, la Commission a estimé que, « *donner des avis ne servait à rien ; le gouvernement se repliait sur lui-même et s'enfonçait dans*

³¹ Les autorités administratives indépendantes sont des commissions qui ont de pouvoir de réglementation autonome dans les domaines selon lesquels elles ont vocation pour agir. Les domaines d'intervention sont les suivants : la bourse, la consommation, l'administration, le marché, l'information et la communication audiovisuelle, les droits de l'homme et les élections, etc.

³² Cf. articles 184 et 185 de la Constitution, articles 3, 4, 5 et 6 de la loi n°031/PR/94 du 9 septembre 1994 portant création de la Commission Nationale des Droits de l'Homme.

³³ MOMO (C), « L'administration électorale en Afrique noire », *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, tome 10, 2006, p. 131.

son mutisme. Il valait mieux travailler par contacts directs (...) »³⁴. Dès lors, la Commission nationale des droits de l'homme s'est montrée active et explicite en appelant le gouvernement à mettre un terme à l'impunité de ses forces de sécurité pour les violations aux droits humains et à respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit international.

Par ailleurs, dans la mouvance de l'ouverture démocratique, de nombreuses organisations de la société civile³⁵ se sont constituées. Ces organisations concourent, à travers leurs actions, à l'émergence ou à l'affirmation d'une identité sociale collective, à la défense des droits de la personne humaine ainsi que des droits spécifiques attachés à la citoyenneté³⁶. Dans le cadre de la protection de la liberté de manifestation, la société civile veille à la mise en application des normes juridiques y relatives par le biais de leur vulgarisation³⁷. Ses actions visent à faire à ce que les citoyens de tous bords s'approprient l'esprit des droits de l'homme, les intègrent dans les pratiques quotidiennes, afin de mieux lutter contre leurs violations³⁸. C'est dans ce sens qu'en cas des dérives, les organisations de la société civile n'hésitent pas à interpeller les gouvernants sur les violations commises par les agents publics³⁹. Leurs actions dans ce sens s'exercent par le canal des revues ou bulletins et des rapports périodiques ou alternatifs qu'elles publient. Parlant des rapports périodiques ou alternatifs, il s'agit des rapports à travers lesquels les organisations intergouvernementales contrôlent l'application des instruments juridiques internationaux relatifs

³⁴ Entretien de Human Rights Watch avec Domaye Nodjigoto, président de la CNDH à N'Djamena/Tchad, le 2 juillet 1999.

³⁵ BAD, FAD, PNUD, *Rapport sur le profil de gouvernance du pays*, Tchad, septembre 2004, p. 19. La Société civile est un rassemblement volontaire des citoyens conscients, véritables forces patriotiques méthodiquement organisées en groupe de pression. Ceux-ci, agissant comme porte-voix des sans voix, se détermineront à contenir les dérapages politico-administratifs, à contrer les excentricités idéologiques et dogmatiques, à combattre les exactions militaires, à s'opposer enfin à toutes sortes d'excès insensés, susceptibles de menacer l'ordre, la paix et la cohésion sociales, ou bien de freiner le développement harmonieux de la nation, voir l'épanouissement individuel de chaque citoyen. Les individus et les groupes font partie de la société civile dans la mesure où ils cherchent à définir, fournir un soutien ou assurer la promotion des changements des règles fondamentales du jeu par lesquelles les valeurs sociales sont autoritairement allouées. Lire ELIAS (J-B), « Démocratie, Société Civile et Gouvernance en Afrique », *Expérience de la République du Bénin*, Bénin, 1998, pp. 3-4.

³⁶ KAMTO (M), « Les rapports État-société civile en Afrique », *Afrique 2000*, 1994, p. 47.

³⁷ KOKODOKO (A.Y), KOSSI (S.D), SEWAVI (K.F) et TEBIE (P), « Le rôle de la société civile dans l'éducation à la citoyenneté au Togo », *Programme des subventions ROCARE pour la recherche en éducation*, Edition 2008, Togo, 2008, pp. 17-21.

³⁸ APALA MOIFFO (S), *L'émergence d'une culture des droits de l'homme au Cameroun*, Mémoire, 2005-2006, disponible sur le site : https://www.memoireonline.com/01/09/1901/m_Lemergence-dune-culture-des-droits-de-lhomme-au-cameroun0.html.

³⁹ POMADE (A), « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 64, 2010, pp. 87-122.

aux droits de l'homme dans le cadre d'un système d'examen périodique⁴⁰. Les actions des organisations de la société civile dans ce système font ressortir des indicateurs permettant d'entrevoir les avancées dans le domaine de l'imprégnation des autorités tchadiennes à la culture des droits de l'homme.

De même, il faut souligner le rôle de certaines Organisations non-gouvernementales internationales qui constituent des leviers importants dans le domaine de la protection de la liberté de manifestation au Tchad. C'est le cas en particulier de Human Rights Watch et Amnesty international. Pour l'accomplissement de leurs missions, ces ONG internationales s'évertuent dans les enquêtes à la suite desquelles, elles publient des rapports ou communiqués, alertent les médias et l'opinion publique sur la situation du droit à la liberté de manifestation au Tchad et, par conséquent, elles formulent les recommandations aux autorités publiques. Dans son communiqué du 5 avril 2016, par exemple, sur la situation des droits de l'homme au Tchad de 2015 à 2016⁴¹, l'Amnesty international a dénoncé le recours excessif à la force pour la répression des manifestations en violation des droits à la liberté d'expression et d'association. De même, dans sa réaction suite à la violente répression des manifestations du 27 avril 2021, l'Amnesty international a demandé aux autorités publiques tchadiennes de diligenter une enquête indépendante et impartiale sur les circonstances ayant entraîné la mort des manifestants et de traduire en justice les auteurs de ces actes⁴².

⁴⁰ Ces rapports font objet d'un examen périodique universel (EPU). Celui-ci est un mécanisme central du Conseil des droits de l'homme. Il consiste à faire examiner tous les quatre (4) ans les réalisations de chacun des Etats membres de l'ONU dans les domaines des droits de l'homme. Cependant, la société civile produit elle aussi son rapport d'examen périodique, complémentaire au rapport établi par l'Etat, présenté au Conseil des droits de l'homme. En outre, en tant qu'organe de conseil et de surveillance, le Comité des droits de l'homme examine les rapports périodiques présentés par l'Etat tchadien. Parallèlement, la société civile produit également ses rapports dits alternatifs ou complémentaires, lesquels permettent au Comité de les confronter avec ceux présentés par l'Etat afin d'établir une véracité. Le rapport alternatif permet à la société civile de dénoncer les manquements de l'Etat à ses obligations liées à l'application des normes internationales garantissant la liberté de manifestation et de faire des recommandations. Sur le plan continental, les États sont tenus, en vertu de l'article 62 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de soumettre des rapports à la Commission tous les deux ans, en vue de l'informer des mesures législatives ou autres qu'ils ont adoptées pour donner effet aux droits et libertés reconnus par ladite Charte. A ce titre, la société civile soumet également à la Commission africaine un rapport alternatif. Lequel représente une plateforme de choix pour la communication d'information additionnelle dans le cadre du mécanisme d'examen des rapports périodiques de l'État. Sur le sujet, lire BAB KUSMUAN (S), *La contribution de la société civile dans la consolidation juridique de la bonne gouvernance au Tchad*, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master, FSJP, Université de Dschang, pp. 119-129.

⁴¹ Disponible sur le site suivant : <https://www.amnesty.org/fr/countries/africa/chad/report-chad/>, consulté le 29/09/2021.

⁴² Disponible sur le site : <https://reliefweb.in/report/chad/tchad-les-morts-caus-es-par-la-violente-r-pression-des-manifestations-doivent-faire-l>, consulté le 30/09/2021.

En définitive, nous pouvons retenir que dans le cadre de la protection de la liberté de manifestation, il existe une pléthore d'organes non-judicieux qui s'impliquent dans la promotion et la veille du respect des normes garantissant cette liberté. Cependant, ces organes sont dépourvus des pouvoirs contraignants. Car ce pouvoir revient exclusivement aux institutions judiciaires.

2- Les institutions judiciaires de protection de la liberté de manifestation

Les juridictions compétentes pour censurer la violation du droit à la liberté de manifestation sont la juridiction administrative et judiciaire. A la lecture de l'article 6 de la Loi n°012/PR/2013 du 17 juin 2013 portant organisation et fonctionnement des juridictions statuant en matière de contentieux administratif, le juge administratif est compétent pour connaître les violations du droit à la liberté de manifestation relevant des actes juridiques illégaux de l'administration⁴³. La compétence du juge judiciaire est déduite toutes les fois que le préjudice trouve son origine dans un acte, autre qu'un acte administratif, sans considération de la faute personnelle ou de la faute de service.

Ainsi, lorsque la décision d'interdiction de manifestation s'avère illégale, elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives. Comme le déclarait Gaston Jèze, « *le recours pour excès de pouvoir est l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés* »⁴⁴. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle de légalité sur les décisions de l'administration et sanctionne systématiquement les décisions attentatoires à la liberté de manifestation. Comme l'affirme le Professeur HOLO Théodore, « *par le contrôle de la légalité, le juge administratif apparaît aussi comme le censeur de l'action de l'administration et par extension un protecteur dérivé des libertés publiques* »⁴⁵. Le contrôle de la légalité des actes administratifs constitue un des procédés les plus

⁴³ Cet article dispose que « *Les chambres administratives des juridictions peuvent être saisies, par toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, d'un recours tendant à l'annulation d'un acte administratif, dénommé recours en annulation, ou d'un recours tendant à la condamnation d'une personne publique au paiement d'une somme d'argent, dénommé recours indemnitaire* ».

⁴⁴ JEZE (G), « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p.180.

⁴⁵ HOLO (Th), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », Cité par MYNDAT ROMARIC (B.P), « L'étendue de la compétence actuelle du juge administratif gabonais en matière d'annulation des actes administratifs », *Commentaire du jugement*, Répertoire n°017/2009/2010, Affaire NSA EBANG Claudine et le collectif des occupants d'AVORBAME contre Etat Gabonais.

efficaces pour mettre fin à la violation de la liberté de manifestation. Par ailleurs, « *il joue un certain rôle préventif en menaçant l'administration de nouvelles sanctions en cas de renouvellement [...]* » de ladite violation⁴⁶.

Il convient de préciser que le droit administratif processuel tchadien a connu une mutation ces dernières années avec la consécration des nouvelles procédures des référés destinées à protéger efficacement les libertés fondamentales. Il s'agit notamment du référé-suspension et du référé-liberté. Contrairement au premier⁴⁷, le second est « *une procédure originale et entièrement nouvelle de protection des libertés fondamentales* »⁴⁸. Aux termes de l'article 8 de la loi n°012/PR/2013 du 17 juin 2013 précitée, « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés de la chambre administrative peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité publique aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». Le juge des référés dispose, au regard de ce texte, la possibilité de prendre n'importe quelle mesure, pourvu qu'elle soit convenable et efficace, destinée à faire cesser le trouble à la liberté de manifestation. A ce titre, il peut soit prononcer les mesures de suspension des décisions administratives illégales, soit prononcer des injonctions à l'endroit de l'administration. Malgré que cette dernière mesure demeure indéfinie devant le juge administratif tchadien, force est de retenir que le référé-liberté est la voie de droit la plus redoutable pour protéger la liberté de manifestation. Cette procédure astreint le juge administratif de l'urgence à agir dans de bref délai⁴⁹.

Les organisateurs des manifestations ne sont pas exempts de sanctions. Celles-ci sont définies par le décret n°193/INT/SUR réglementant les manifestations sur la voie publique. A la lecture des dispositions de ce texte, sont passibles de peine d'emprisonnement de quinze (15) jours à six (6) mois : a) ceux qui auront fait une fausse déclaration, de nature à tromper sur les conditions de la manifestation projetée, ou qui, soit avant le dépôt de la déclaration, soit après l'interdiction, auront pris des dispositions pour l'organisation de la manifestation ; b) ceux qui auront participé à

⁴⁶ AUBY (J-M), DRAGO (R), *Traité de contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1984, p. 16.

⁴⁷ Le référé suspension est le substitut de l'ancien "sursis à exécution". Pour plus de détaille, lire MASSOT (J), « Du sursis à exécution au référé en urgence », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, 2016, pp.683-694.

⁴⁸ LE BOT (O), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse de Doctorat, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 2006, p. 223.

⁴⁹ Conformément à l'article 43 de la Loi n°012/PR/2013 du 17 juin 2013 portant organisation et fonctionnement des Juridictions statuant en matière de contentieux administratif, « *par dérogation aux dispositions de l'article 17 de la présente loi, le juge des référés doit rendre sa décision dans un délai maximal d'un mois à compter de l'enregistrement de la requête* ». Le point de départ du délai imparti au juge, qui est de trente (30) jours, pour statuer est la date de la réception du dossier de la requête.

l'organisation d'une manifestation non déclarée ou qui a été interdite ; c) ceux qui auront pris part, en connaissance de cause mais sans en être les organisateurs, à une manifestation ayant reçu un commencement d'exécution⁵⁰. De plus, la peine d'emprisonnement est de six (6) mois à deux (2) ans, ceux qui auront organisé malgré l'interdiction faite, une manifestation qui a effectivement reçu un commencement d'exécution⁵¹.

Par ailleurs, tous les dommages inhérents aux bavures policières lors des manifestations sont susceptibles de recours devant le juge répressif. Ainsi, selon le nouveau code pénal, lorsqu'un fonctionnaire ou un officier public, un commandant en chef ou en sous-ordre de la force publique fait usage de violences envers les personnes, sans motif légitime, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il encourt une peine d'emprisonnement de six (6) mois à cinq (5) ans⁵². Outre ces peines, il sera condamné au paiement de 50.000 à 5.000.000 FCFA d'amende s'il a posé un acte arbitraire et attentatoire à la liberté constitutionnelle⁵³. Pour les cas d'atteintes volontaires à l'intégrité corporelle, le code pénal punit d'un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 FCFA tout individu qui aura volontairement porté des coups, fait des blessures, commis toute autre violence ou voie de fait sur la personne d'autrui et occasionné sa mort, sans intention de la donner⁵⁴. Lorsque l'infraction est commise avec préméditation, la peine sera de dix (10) à vingt (20) ans d'emprisonnement. Par ailleurs, la peine sera de quatre (4) à huit (8) ans d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 à 500.000 FCFA, si l'infraction commise à occasionné la mutilation, l'amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou autre infirmité⁵⁵. Cette peine monte de dix (10) à quinze (15) ans d'emprisonnement si l'acte a été prémédité. Lorsque l'infraction a été commise de manière involontaire, l'auteur sera puni d'un emprisonnement de trois (3) mois à deux (2) ans et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA lorsqu'il s'agit d'un homicide⁵⁶. Par contre, l'homicide est qualifié de meurtre lorsqu'il est commis volontairement. A ce titre, le coupable est puni d'un emprisonnement de quinze (15) à trente (30) ans⁵⁷. Cependant, tout meurtre commis

⁵⁰ Cf. article 4 al.1 du décret n°193/INT/SUR.

⁵¹ Cf. article 4 al.2 du décret n°193/INT/SUR.

⁵² Cf. article 176 du Code pénal (nouveau).

⁵³ Cf. article 170 du Code pénal.

⁵⁴ Cf. article 307 du Code pénal.

⁵⁵ Cf. article 308 du Code pénal.

⁵⁶ Cf. article 316 du Code pénal.

⁵⁷ Cf. article 302 du Code pénal.

avec préméditation est un assassinat. L'auteur d'assassinat est puni de la peine d'emprisonnement à vie⁵⁸.

Cela étant, de manière unanime, la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'infraction pénale de l'agent public traduit *ipso facto* l'existence de la faute personnelle. De par sa nature, l'infraction pénale met en œuvre la responsabilité personnelle de l'agent, puisqu'elle comporte en son sein l'élément psychologique⁵⁹. Toutefois, cette règle peut connaître de tempérament sous quelques conditions. La loi pénale pose que, le supérieur hiérarchique (militaire ou civil) endosse la responsabilité des infractions commises par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectif lorsqu' : 1) il aura, lui-même, ordonné la commission de ces infractions⁶⁰ ; 2) il savait ou aurait dû, en raison des circonstances, savoir que ces subordonnés allaient commettre ces infractions ; 2) il n'a pas pris des mesures nécessaires, qu'il était censé prendre, pour en empêcher la commission ; 3) il n'a pas pris les sanctions justifiées par les actes commis ; 4) il n'en a pas référé aux autorités compétentes aux fins d'enquêtes⁶¹.

Le juge en sa qualité de protecteur par excellence de la liberté de manifestation a reçu une noble tâche, certes, mais lourde, de veiller à ce que cette liberté soit respectée. Ainsi, tout agent coupable d'une infraction pénale commise lors des manifestations, doit faire l'objet de poursuite judiciaire.

L'adhésion du Tchad aux principes des démocraties libérales, de l'Etat de droit et la consécration de catalogue des droits et libertés reconnaissant la liberté de manifestation dans la loi fondamentale, ont formellement rendues cette liberté effective. Cependant, sa pratique n'est pas à la hauteur des attentes.

II- Une protection pratiquement mitigée de la liberté de manifestation publique

La mise en œuvre des normes relatives à la liberté de manifestation au Tchad demeure mitigée sous deux angles. *Primo*, les conditions censées garantir l'exercice de cette liberté sont

⁵⁸ Cf. article 303 du Code pénal.

⁵⁹ Voir TC. 28 Juillet 1921, R. p. 772 Bodson. Dans cette espèce, le Tribunal des conflits a déclaré que « *Ces faits qui comportaient la qualification d'homicide par imprudence constituerait, s'ils étaient établis, une faute personnelle se détachant du fonctionnement du service [...]* ».

⁶⁰ Cf. article 170 du Code pénal.

⁶¹ Cf. articles 290, 293 et 297 du Code pénal.

précaires (A). Ce qui fait dire que la garantie du droit à la liberté de manifestation est instable, insuffisante. *Secundo*, cette liberté est, au Tchad, excessivement réprimée (B).

A- L'instabilité des conditions garantissant l'exercice de la liberté de manifestation

Page | 345

La liberté de manifestation n'est pas protégée comme il se doit. L'autorisation administrative de son exercice n'est pas constante (1) et son encadrement est aléatoire (2).

1- L'inconstance des autorisations administratives de manifestations publiques

Subordonner la manifestation par une autorisation préalable est « *par nature contraire à l'idée même de liberté, puisqu'on est libre seulement si on est autorisé à l'être* »⁶². Deux acceptions méritent d'être retenues à ce sujet. Premièrement, toutes les manifestations publiques n'ont pas nécessairement besoin d'autorisation pour être exercées. Cette acception appelle deux idées qu'il convient de relever. D'une part, l'on doit retenir les circonstances dans lesquelles la manifestation a ou aura lieu. C'est le cas à l'instar de la résistance à l'oppression ou d'une manifestation spontanée due à un événement immédiat. D'autre part, il faut souligner les manifestations dispensées d'autorisation par la loi elle-même⁶³. Pour la seconde acception, l'autorisation est nécessaire pour les manifestations publiques en ce sens qu'elle met les autorités publiques en mesure de contenir lesdites manifestations et d'assurer leur sécurité.

Il faut retenir que, contrairement aux autres libertés, la liberté de manifestation est une liberté sensible. Elle peut à tout moment dégénérer et engendrer de troubles à l'exercice d'autres droits particuliers. Ainsi, l'Etat qui a pour obligation de veiller à la protection de l'intérêt public et du bien-être de sa population doit être mis au courant de la manifestation projetée afin de prendre tous les dispositifs sécuritaires nécessaires permettant de garantir l'exercice de cette manifestation en vue. Lorsqu'une demande de manifestation est introduite, l'autorité administrative en charge de la délivrance de l'autorisation peut juger les conditions dans lesquelles cette manifestation aura lieu. Elle peut à cet effet décider soit de l'autorisation, soit de l'interdiction de la manifestation à venir. L'interdiction n'est qu'une exception. Elle doit être justifiée par les conditions draconiennes

⁶² ALCARAZ (H), LECUCQ (O), « La liberté de manifestation dans l'espace public en Espagne », in DUFFY-MEUNER (A) et PERROUD (Th) (s/dir), *La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé*, Publications extraites de colloque, Aix Marseille, 2016, p.10.

⁶³ Cf. article 1^{er} du décret n°193/INT.-SUR du 6 novembre 1962 portant réglementation des manifestations sur la voie publique. Cet article parle des sorties sur la voie publique conforme aux usages locaux.

mettant l'autorité de police devant les faits accomplis. Elle ne doit se rapporter ni au bon vouloir de l'autorité ni à protéger les intérêts égoïstes de celle-ci ou du régime.

L'exercice du droit à la liberté de manifestation ne doit pas être compromis. Toutefois, eu égard à certaines circonstances, l'autorité publique peut décider, de manière unanime avec les organisateurs, de modifier certains éléments de la demande de manifestation, sans toucher à son objet. Ainsi, elle peut demander le report de la date ou la modification de l'itinéraire prévu pour la manifestation. C'est le cas, à titre illustratif, du report par un communiqué du Ministre de la sécurité publique⁶⁴ des manifestations prévues pour les 4 et 5 septembre 2021 à une date ultérieure pour des motifs que : « *les forces de l'ordre seront mobilisées pour l'organisation de la 2^{ème} session du baccalauréat* ». Il en est de même, de la modification de l'itinéraire des manifestations par un arrêté du 20 août 2021 qui dispose en son article 2 que « *l'itinéraire initialement demandé est modifié ainsi qu'il suit : Rond-point Hamama – Palais de 15 janvier (...)* »⁶⁵.

Bien que quelques autorisations soient perçues, il faut souligner, pour le déplorer, que l'admission des autorisations de manifestations est auréolée des contraintes qui confinent l'exercice de la liberté de manifestation. Tantôt ces autorisations sont discriminatoires ou systématiquement refusées tantôt le contenu des idées de revendications est objet de contrôle politique et d'opportunité. C'est ainsi que, lorsque la manifestation vise une marche de soutien au régime, par exemple, et surtout si elle ne consiste pas à réclamer les droits essentiels, son exercice ne connaît aucune difficulté. Par contre, si les manifestations visent la revendication des droits sociaux et économiques, de l'amélioration de la gouvernance et de la justice distributive, leur admission est sélective. La liberté de manifestation au Tchad est altérée par l'apogée de sa restriction. Les pratiques le révèlent. A titre estimatif, de 2014 à 2021, 99,3% des manifestations n'ont pas reçu d'autorisation. Faut-il le dire, une manifestation autorisée mais non encadrée ou réprimée par la suite équivaut à l'absence d'autorisation administrative de manifester. Comme pouvait le confirmer l'Amnesty international qui, pour le compte de l'année 2016, a recensé au moins 13 décisions ministérielles interdisant les manifestations publiques et plus de 65 associations qui ont été interdites d'organiser les manifestations entre 2014 et 2016⁶⁶.

⁶⁴ Lire Communiqué n°104/PCMT/PMT/MSPI/SG/2021 du 1^{er} septembre 2021 du Ministère de la Sécurité Publique et de l'Immigration.

⁶⁵ V. arrêté n°98/PCMT/PMT/MSPI/SG/2021 du 20 août 2021 portant autorisation d'une marche ou manifestation publique.

⁶⁶ Disponible sur le site suivant : <https://www.amnesty.be/infos/actualites/tchad-repression>, mis en ligne le 14 septembre 2017, consulté le 29 septembre 2021.

Pourtant, « *il semble qu'il ne soit pas possible de déclarer illégale d'avance une manifestation qui n'est qu'à l'étape du projet* »⁶⁷. Toutefois, les raisons de refus sont à chercher ailleurs. Le plus souvent, sont évoqués pour faire obstacle à la manifestation les motifs liés aux exigences du maintien de l'ordre et de la sécurité et celles liées à la pandémie du Covid-19⁶⁸. Nombre des arrêtés font surtout référence à l'ordre public pour limiter les manifestations pacifiques⁶⁹. Certes, la liberté de manifester n'est pas une liberté absolue. Mais, il existe des limites légales qui lui sont applicables. La constitution et les lois ont identifié les manifestations qui sont par principe interdites parce qu'elles sont jugées illicites. L'autorité administrative responsable de l'ordre et de la sécurité publique peut interdire une manifestation publique, s'il existe une menace réelle de nature à troubler l'ordre public, à porter une atteinte à une relation internationale, à causer de risques importants de trouble à une propriété privée. Les limitations apportées à la liberté de manifester au nom de la protection de l'ordre public doivent être *nécessaires, adaptées et proportionnées*. La simple référence à la notion de l'ordre public pour restreindre cette liberté ne suffit pas. La décision d'interdiction doit être suffisamment motivée et les raisons doivent être perceptibles. Dans cette logique, une jurisprudence constitutionnelle espagnole a jugé, de manière très orthodoxe, qu'il est impérieux qu'une autorité publique dispose de « *données objectives suffisantes, tirées des circonstances de fait propres à chaque espèce, à partir desquelles toute personne dans une situation normale pourrait rationnellement arriver à la conclusion que le rassemblement produira certainement un désordre public* »⁷⁰. Pourtant, ce n'est pas le cas dans la plupart des décisions limitant le droit à la liberté de manifestation. L'on constate en effet que « *les limites à ce droit établies par les autorités sont toujours l'objet de débats. Des critères d'ordre public sont (souvent) invoqués, soit à cause du contenu des idées exprimées soit sous prétexte de préserver les droits d'autrui, mais en général, ils cachent une certaine volonté de limiter cette*

⁶⁷ JODOUIN (A), « La liberté de manifester », *Revue générale de droit*, volume 1, numéro 1, 1970, p. 16.

⁶⁸ CANIN (P), « Le droit de manifester à l'heure de la Covid-19 », *Hommes & Libertés*, n° 191, 2020, pp. 44-46.

⁶⁹ Dans un arrêté du 1^{er} février 2021, l'on peut lire : « *les manifestations (...) prévues les 4, 5, 6 et 7 février 2021 à N'Djaména et dans certaines provinces sont strictement interdites. Le Ministre de la Sécurité Publique et de l'Immigration, chargé de la protection des personnes et leurs biens ne saurait permettre l'organisation de telles manifestations susceptibles d'engendrer de trouble à l'ordre public sur l'ensemble du territoire national* ». Cf. aussi : Arrêté n°028/PR/MSPI/DGM/2021 du 26 mars 2021, portant interdiction de manifestation ; Arrêté n° 26/PR/MSPI/DGM/2021 du 19 mars 2021, portant interdiction de manifestation.

⁷⁰ V. arrêt 301/2006 du 23 octobre 2006. Cité par ALCARAZ (H), LECUCQ (O), « La liberté de manifestation dans l'espace public en Espagne », *op.cit.*, p. 13.

liberté »⁷¹. La très grande flexibilité de l'ordre public rend perméable la liberté de manifestation. La notion de l'ordre public qui n'a fait l'objet d'aucune définition de la part du législateur tchadien, apparaît comme une notion essentiellement « *protéiforme, équivoque, relative, circonstancielle, contingente, indéterminée, et singulièrement contradictoire* »⁷² lorsqu'elle est définie à partir de son contenu. Cet « *ordre public (qui) apparaît davantage comme une notion fonctionnelle que conceptuelle [...]* »⁷³, est la résurgence du mobile politique qui limite considérablement la liberté de manifestation.

2- L'encadrement aléatoire des manifestations publiques par les forces de l'ordre

Eu égard aux devoirs dévolus à la police nationale, de concourir à la garantie des libertés et la défense des institutions de la République, au maintien de la paix, de l'ordre public et à la protection des personnes et des biens⁷⁴, la manifestation publique doit être encadrée et protégée. C'est dans ce sens, qu'elle peut être dispersée si cela s'avère nécessaire. La mission d'assurer l'ordre et la sécurité relève d'un domaine régalién de l'Etat. Ainsi, l'encadrement d'une manifestation relève d'une obligation de moyen qui pèse sur les autorités publiques. Cette obligation consiste, écrivait LE BOT Olivier, en ce que « *l'autorité de police va être tenue de mettre à disposition un nombre raisonnable de forces de police. Si le danger est trop élevé et nécessite de mettre un policier derrière chaque manifestant pour le prévenir, alors l'interdiction pure et simple n'apparaît pas disproportionnée* »⁷⁵. L'autorité de police est tenue de déployer les forces de l'ordre en vue d'empêcher tout risque susceptible d'engendrer des désordres et des conséquences qui peuvent se révéler énormes. Les actes de débordements des manifestations constituent une insécurité pour les personnes et les biens. Une manifestation non sécurisée peut,

⁷¹ BARREÑADA (I), « Il n'y a pas de démocratie sans droit de manifester. Nier la possibilité que les citoyens puissent s'organiser et s'exprimer, même dans l'espace public, est incompatible avec les avancées démocratiques dans les pays arabes », *AFKAR/IDEES*, Printemps, 2015, p. 47.

⁷² LATTANZI (S), « Existe-t-il un ordre public immatériel ? », *Revue de droit public approfondi*, n° 1, juin 2015, p. 5 ; BINYOUN (J), *Le contentieux de la légalité en droit administratif camerounais*, Thèse, Toulouse, 1979, p. 66. Selon ce dernier auteur, l'ordre public est une notion fourre-tout, une « *notion très floue, imprécise, qui permet toutes sortes d'interprétations et par cela même légitime toutes les interventions du pouvoir, que celles-ci se fassent à priori ou à posteriori* ».

⁷³ KEUTCHA TCHAPNGA (C), *Précis de contentieux administratif au Cameroun. Aspects de l'évolution récente*, Paris, L'harmattan, 2013, p. 182.

⁷⁴ Cf. article 1^{er} du décret n°269 du 04 avril 1995 portant code de déontologie de la police nationale.

⁷⁵ LE BOT (O), « La liberté de manifestation en France : un droit fondamental sur la sellette ? », in DUFFY-MEUNER (A) et PERROUD (Th) (s/dir), *La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé*, Publications extraites de colloque, Aix Marseille, 2016, p. 41.

par ailleurs, occasionner une infiltration des personnes ayant de buts autres que les revendications légitimes, telle l'ouverture aux actes de terrorismes par exemple. Les forces de l'ordre sont tenues d'accompagner la manifestation du lieu de départ jusqu'au lieu d'arrêt ou du début jusqu'à la fin. Ce faisant, elles ont pour mission d'arrêter toute personne porteuse d'arme apparente ou cachée ou d'objets quelconques apparents ou cachés apportés en vue de se servir d'armes⁷⁶. La présence des forces de l'ordre constitue un moyen de dissuasion des personnes ayant de but étranger à la manifestation.

C'est la responsabilité de l'Etat de veiller à la protection des manifestants. Certes, l'on ne peut ignorer la responsabilité qui incombe aux organisateurs à encadrer la manifestation. Les organisateurs doivent éviter de causer une menace de trouble à l'ordre public. Cela renvoie à une répartition de tâches entre la puissance publique et les organisateurs. Cette tâche qui revient aux organisateurs a constitué un élément essentiel pris en compte par le juge dans l'appréciation de la proportionnalité de la restriction⁷⁷. Toutefois, la mission d'assurer la sécurité publique relève du domaine de l'État et non des particuliers. L'Etat dispose la force publique qui comprend tous les moyens pouvant légalement être mis en œuvre pour assurer le maintien de l'ordre et la sécurité⁷⁸.

Pratiquement, les encadrements des manifestations sont minorisés. Le grand nombre des manifestations n'est pas encadré. Les forces de l'ordre interviennent pour disperser systématiquement les manifestants et les étouffant à exprimer leurs revendications. Il arrive, très rarement, que les manifestations soient encadrées. Mais, toujours est-il qu'en majeure partie, elles ne sont pas encadrées comme il se doit. Elles sont parfois dès le départ encadrées mais ne parviennent pas au terme prévu. Si les manifestations du 29 juillet 2021 à N'Djaména ont été encadrées par les forces de l'ordre avec succès du point de départ sans aucun incident jusqu'au point d'arrêt, tel n'en est pas le cas pour d'autres manifestations. Dans la ville de Moundou, par exemple, les manifestations du 8 mai 2021 ont bien débuté avec un encadrement effectif, mais très tôt elles ont été stoppées sur l'ordre du préfet⁷⁹. De même, les manifestations du 2 octobre 2021 dans la ville de N'Djaména, bien qu'autorisées par l'arrêté n°129/PCMT/PMT/MSPI/SG/2021 du

⁷⁶ Cf. article 6 de l'ordonnance n°46 du 28 octobre 1962 relative aux attroupements.

⁷⁷ LE BOT (O), « La liberté de manifestation en France : un droit fondamental sur la sellette ? », *op.cit.*, p. 42.

⁷⁸ Lire le Décret n°207/INTER.-SUR du 22 novembre 1962 portant réglementation du maintien de l'ordre. La force publique selon l'article 3 de ce texte comprend : la police, la garde nationale, la gendarmerie nationale, l'armée nationale. De même, dans certains cas définis par la loi, les personnes civiles sont susceptibles d'être requises.

⁷⁹ Reportage de Radio France Internationale disponible sur le site : <https://amp.rfi.fr/fr/afrique/20210508-manifestation-au-tchad-retour-au-calme--à-ndjamena-après-une-manifestation-de-violences>, publié en date du 08/05/2021, consulté le 4 octobre 2021.

30 septembre 2021, ont été, par surprise, violemment dispersées. A la vérité, les autorités publiques tchadiennes ont horreur des manifestations publiques, elles frémissent à la voix revendicative du peuple. Dans un Etat qui se dit démocratique, le peuple doit s'exprimer librement sans être contraint à se taire.

Au vu des pratiques, l'encadrement des manifestations par les forces de l'ordre est contingent et précaire. Lorsque ces forces de l'ordre interviennent lors des manifestations, elles font usage des moyens de répression illégaux. Toute chose qui laisse croire que la liberté de manifester n'est pas encore ancrée dans la culture des gouvernants tchadiens.

B- L'exacerbation de répressions des manifestations publiques

Les manifestations sont excessivement réprimées par l'usage des forces disproportionnées, causant parfois des conséquences énormes, (1) et par les arrestations et détentions arbitraires (2).

1- L'usage disproportionné de force et ses conséquences

De prime à bord, le décret n°193/INT/SUR du 6 novembre 1962 portant réglementation des manifestations sur la voie publique n'a pas fixé les principes régissant la surveillance, le contrôle et l'intervention des forces pendant les manifestations publiques. A la lecture des textes éparses se rapportant au maintien de l'ordre et de la sécurité⁸⁰, la répression d'une manifestation doit être suivie des sommations et avec autorisation préalable de l'autorité de police ou du supérieur hiérarchique. A la limite, en cas de résistance ou de violence faite à l'égard des agents de l'ordre, il peut être fait usage de la force. La force à employer pour réprimer la manifestation doit se justifier par une nécessité absolue et être proportionnelle au but à atteindre⁸¹. La répression ne doit pas excéder en violence ni en durée⁸². Malheureusement, les agents de forces de l'ordre usent de

⁸⁰ Lire : Décret n° 207/INT/SUR du 22 novembre 1962 portant réglementation du maintien de l'ordre ; Ordonnance n° 46 du 28 octobre 1962 relative aux attroupements.

⁸¹ Cf. arrêt CEDH, ABDULLAH YAŞA et autres c/ Turquie du 16/10/2013. Dans cette affaire, l'usage de la force signifie « le recours à la force physique, à la force matérielle et aux armes pour immobiliser les contrevenants (à la manifestation), d'une manière graduelle et proportionnée aux caractéristiques et au degré de résistance et d'agressivité [de ceux-ci] ». Sans ambages, l'article 9 du décret n°269 du 4 avril 1995 portant code de déontologie de la police nationale précise que, « lorsqu'il est autorisé par la loi à utiliser la force et en particulier de se servir de ses armes, le fonctionnaire de police ne peut en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionnée au but à atteindre ».

⁸² Cf. article 4 de l'Ordonnance n°46 du 28 octobre 1962 relative aux attroupements.

violence et répriment sévèrement les manifestations, foulant ainsi au pied le respect des normes et standards internationaux sur le recours à la force et à l'utilisation des armes à feu.

En effet, depuis que les vagues de protestation populaire ont émergé, plusieurs manifestations ont été violemment réprimées par les forces de l'ordre. De fait, les matinées des journées de manifestations, certains axes sont pris d'assaut par les forces de l'ordre pour empêcher que les manifestations n'aient lieu. Dans ce dessein, celles-ci disposent d'un vaste arsenal d'armes pour réprimer les manifestations. Elles utilisent, en toute impunité, les matraques, les armes de nature chimique telles que les gaz lacrymogènes et les armes à feu. Faisant usage de ces armes, ces forces de l'ordre tirent sans distinction dans la foule, parfois même dans les domiciles ou dans les lieux de culte⁸³.

En réalité, les forces de défense et de sécurité se détournent le plus souvent de leurs missions en violation des lois de la République qui sacralisent la personne humaine. Toute personne a droit au respect de sa vie et de son intégrité⁸⁴. Force est de constater que, plusieurs faits, lors des manifestations, ont mis en exergue les violations de ce droit. C'est le cas lors de la manifestation des lycéens du 26 janvier 2015 dans la ville de Doba, où l'on a dénombré plusieurs morts et blessés. Cette manifestation n'a pas seulement occasionné la mort des manifestants mais aussi des personnes qui n'ont rien à voir avec la manifestation, suite à des balles perdues. Il en va de même, lors des manifestations des élèves à N'Djaména des 3 et 9 mars 2015 contre la mesure visant à imposer le port obligatoire des casques, plus de quatre manifestants ont été tués et plusieurs d'entre eux ont été blessés. Comment peut-on prétendre prêter allégeance d'assurer la sécurité, la paix, la tranquillité et le bien-être d'une population qu'on n'est pas à mesure de lui garantir la possibilité de réclamer le minimum de ses droits ?

L'année la plus marquante de répression des manifestations est celle de 2021. Face aux élections présidentielles qui se pointaient à l'horizon, les acteurs de la société civile, les artistes, les hommes politiques et les syndicalistes se sont mobilisés pour contrecarrer le 6^{ème} mandat de monsieur Idriss Déby. Mais, grande est la détermination de ce dernier pour briguer ce 6^{ème} mandat. Pour ce, tout acte de soulèvement ou manifestation pacifique soit-il allant à l'encontre de ce mandat

⁸³ En effet, en date du 10 février 2018, lors d'une manifestation, la police (GMIP) dans une poursuite des manifestants, a largué des projectiles fumigènes dans l'enceinte de la paroisse Saint Mathias Mulumba située au quartier Paris-Congo (N'Djaména), pendant que les fidèles participaient à la messe matinale. Plusieurs fidèles étaient asphyxiés et conduits à l'hôpital.

⁸⁴ Cf. article 8 de la Charte de Transition d'avril 2021.

est systématiquement interdit et réprimé. Cependant, ce qui va davantage plonger le Tchad dans le désarroi et le désastre est le décès soudain de ce dernier et la prise du pouvoir par le Conseil militaire de transition en avril 2021. Cette montée au pouvoir par la junte militaire qui n'a pas reçu l'onction du peuple, est marquée par un fort musellement de la liberté de manifester. Pour ce faire, la junte a fait recours à l'arsenal de guerre – forces de troisième degré – pour réprimer les manifestations publiques. La première répression de la manifestation pacifique par la junte en date du 27 avril 2021 s'est encreée dans l'histoire du Tchad. L'armée n'a pas hésité à bastonner et à tirer à bout portant sur les manifestants à balle réelle. Plus de dix (10) personnes ont été tuées sur le champ et environ cent (100) personnes gravement blessées dans la ville de N'Djamena, sans compter des victimes dans d'autres villes comme Moundou, Sarh et Koumra⁸⁵. D'autres manifestants ont succombé au lendemain de la marche suite aux traitements qui leur sont infligés⁸⁶. Outre les personnes blessées, on pouvait aussi voir dans les hôpitaux un grand nombre de personnes asphyxiées suite à des tirs de gaz lacrymogènes⁸⁷.

L'usage des gaz lacrymogènes est quotidien au Tchad. Il est devenu abusif en ce sens que les autres méthodes légales de dispersion des manifestations ou réunions sont ignorées. Pourtant, l'utilisation du gaz lacrymogène expose la population à un risque sanitaire. Théoriquement, ce gaz est conçu pour avoir des effets irritants passagers. Mais en réalité, son utilisation comporte des conséquences considérables sur la santé de l'homme⁸⁸. Selon une récente étude réalisée par l'Association Toxicologie-Chimie de Paris, le gaz lacrymogène a des effets toxiques qui peuvent provoquer des conséquences à plus ou moins long terme sur la santé de l'homme, des animaux et sur l'environnement⁸⁹. D'ailleurs, un examen clinique a certifié que l'utilisation de gaz

⁸⁵ NADJINDO (A), LANKA DABA (A), « Le fils fait pire que le père », *N'Djamena Hebdo*, n° 1882, 3-9 mai 2021, p. 5.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ NADJIDOUDE (F), « Le CMT dans la continuité du régime MPS », *N'Djamena Hebdo*, n° 1882, 3-9 mai 2021, p. 3.

⁸⁸ Il est manifeste que le gaz lacrymogène peut causer, selon qu'il s'agit d'une forte ou faible dose, des désagréments, susceptibles de devenir irréversibles, tels que les irritations des voies respiratoires, stress oxydatifs, nausées, vomissements, atteinte du système cardio-vasculaire et du système endocrinien, irritation des voies lacrymales et des yeux, spasmes, douleurs thoraciques, dermatites ou allergies. Autant, il peut causer une nécrose des tissus dans les voies respiratoires ou dans l'appareil digestif, des œdèmes pulmonaires ou des hémorragies internes, une défaillance rénale. En outre, cette arme de nature chimique peut avoir un effet néfaste sur le système nerveux central. Les personnes les plus exposées aux risques de cette arme sont les enfants, les femmes enceintes, les personnes âgées et les personnes fragiles (tout le temps sous traitement).

⁸⁹ SAMUEL (A), PICOT (A), « L'utilisation du gaz lacrymogène CS ses effets toxiques à plus ou moins long terme », *Dossier d'information 30 A*, ATC-Paris, juin 2020, 127p. Selon ces auteurs, la composition détaillée du gaz lacrymogène n'est pas rendue publique. Ils précisent que, la principale composition connue implique l'utilisation de

lacrymogènes pouvait provoquer la mort de deux façons : privation de l'organisme d'oxygène et son effet sur la circulation sanguine⁹⁰.

Cette pratique peu orthodoxe contrevient aux principes de nécessité et de proportionnalité auxquels sont tenues les forces de l'ordre lorsqu'elles font usage de la force. L'intervention des forces de l'ordre lors des manifestations induit, par conséquent, de manière récurrente, à la violation d'autres droits fondamentaux de l'homme notamment le droit à la santé, le droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne. Pendant l'opération du maintien de l'ordre, les agents de l'ordre ne doivent pas perdre de vue ces droits essentiels des manifestants. L'utilisation de la force par les agents de l'ordre doit être guidée par les principes de légalité, de précaution, de nécessité et de proportionnalité. Ces principes s'imposent autant dans les cas des arrestations et détentions des manifestants.

2- Les arrestations, détentions arbitraires et traitements inhumains

Les pratiques des arrestations et détentions au Tchad de manière générale et plus particulièrement à l'occasion des manifestations publiques ne respectent pas les normes. Or, l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise que, « *nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi* ». Ainsi, la manifestation publique en tant que liberté constitutionnelle ne peut donner lieu aux arrestations que pour des raisons légales. Dès lors, « *toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* »⁹¹. Cette personne ne doit, en aucun cas, subir ni la violence ni le traitement inhumain ou dégradant⁹².

Malgré la prohibition de ces pratiques illégales et arbitraires⁹³, nombre des personnes en sont objet souvent lors des différentes manifestations pacifiques. Pour intimider les populations au renouvellement des dites manifestations, les personnes arrêtées subissent des traitements cruels, inhumains et dégradants. Ce fut, en illustration, le cas des manifestations des élèves et étudiants

45% d'ortho Chlorobenzylidènemalononitrile, 30% de Chlorure de potassium, 14% de Résine Epoxy, 7% d'Acide maléique anhydre et 3% de 4,7-Méthanoisobenzofuran-1,3-dione.

⁹⁰ O.M.S., *Situation sanitaire de la population arabe dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine*, op.cit., p. 23.

⁹¹ Article 10 du PIDCP.

⁹² Lire article 10 du code de déontologie de la police nationale.

⁹³ Cf. articles 22, 23 et 24 de la Constitution ; article 11 de la Charte de Transition de 2021 ; article 170 du code pénal.

en date du 3 et 9 mars 2015 à N'Djaména⁹⁴. En 2016, l'Amnesty International a dénoncé les arrestations et la maltraitance de 17 participants au rassemblement organisé les 5 et 6 février par le Collectif des Associations et Mouvements de la Jeunesse du Tchad et d'autres organisations de la société civile pour contester la décision du gouvernement suspendant l'intégration à la fonction publique⁹⁵. A l'occasion de l'« opération tintamarre » du 10 février 2018, par exemple, organisée par les étudiants, 107 personnes ont été arrêtées⁹⁶, détenues pendant quelques jours et soumises à des conditions pénibles avant d'être relâchées. Il a été relevé pour le compte de l'année 2018, 143 cas d'arrestations des manifestants⁹⁷.

Au lieu d'être placés au service du public et protéger les personnes, quelles que soient leur origine, leur conviction politique ou religieuse, les fonctionnaires de police nationale apparaissent, au contraire, comme des automates de répressions en marge de la logique. Lorsque les populations osent réclamer ce qui leur revient de droit en utilisant la voie publique, les forces de l'ordre procèdent par des « prises en souricière » pour les contenir et les empêcher de manifester⁹⁸. Le constat le plus amère est la pratique répressive de l'année 2021 qui a atteint son comble. L'on se souvient de la manifestation du 27 avril 2021 qui a, rien que dans la ville de N'Djaména, occasionné l'arrestation de plus de 700 participants⁹⁹. Surtout, avec la montée au pouvoir par la junte militaire, les citoyens, manifestant sur la voie publique leur volonté de vouloir que la transition soit dirigée par un civil neutre, au-delà des clivages politiques, et intègre, sont objets constants des arrestations et maltraitances. Partant, le délai de garde à vue qui est de 48 heures n'est pas respecté. Il arrive que les manifestants soient détenus pendant plusieurs jours dans les cellules avant d'être libérés, parfois sous condition.

La préoccupation constante est celle de savoir, pour qui et au service de qui est placée la police nationale. A travers ces pratiques qui consistent à intimider et empêcher les citoyens à s'exprimer ou à réclamer leurs droits, transparaît l'image réelle de la démocratie tchadienne.

⁹⁴ Lire FIACAT, ACAT, *Contribution de la FIACAT et de l'ACAT Tchad au troisième Examen périodique universel du Tchad*, mars 2018, p. 12.

⁹⁵ Amnesty International, « Tchad : les forces de sécurité ont battu et maltraité des manifestants pacifiques placés en détention », in : <https://reliefweb.int/report/chad/tchad>, mis en ligne le 10 février 2016.

⁹⁶ LTDH, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Tchad*, op.cit., p. 25.

⁹⁷ LTDH, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Tchad*, 2018, p. 26.

⁹⁸ LEMONDE (L), « La répression ciblée du droit de manifester au Québec », in DUFFY-MEUNER (A) et PERROUD (Th) (s/dir), *La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé*, Publications extraites de colloque, Aix Marseille, 2016, p. 48.

⁹⁹ NADJINDO (A), LANKA DABA (A), « Le fils fait pire que le père », op.cit., p. 5.

Conclusion

La liberté de manifestation est consacrée et garantie par nombre des instruments juridiques qui font d'elle un droit fondamental. Ces instruments définissent et encadrent l'exercice de la liberté de manifestation. Ils contraignent les autorités publiques à veiller au respect de cette liberté. Le respect de la liberté de manifestation implique à la fois que les autorités publiques s'inclinent devant les textes qui régissent cette liberté et qu'elles mettent en place les moyens nécessaires de nature à assurer, sans compromission, aux citoyens son exercice certain. Pour ce, plusieurs institutions soient-elles juridictionnelles ou non-juridictionnelles sont mises en place. Nonobstant, sur le plan pratique, la jouissance de la liberté de manifestation est teintée des vicissitudes liées aux conditions même de son exercice. Elle est enfermée dans la condition d'autorisation préalable. Cependant, l'obtention de cette autorisation n'est pas aisée. Par ailleurs, lorsque les forces de l'ordre interviennent pendant les manifestations, ce n'est pas souvent pour protéger ni encadrer celles-ci mais plutôt pour disperser et réprimer. L'encadrement des manifestations au Tchad est trop minorisé. Les forces de l'ordre font usage de violence excessive et disproportionnée pour réprimer les manifestations. Ces répressions se soldent par des arrestations et détentions illégales et entraînent parfois des conséquences fâcheuses que sont les cas de blessures et de pertes en vie humaine. Au demeurant, la restriction de la liberté de manifester traduit la volonté des gouvernants à empêcher les citoyens de s'exprimer et les écarter de la gestion de la Cité. Pour arrimer le Tchad au train universel de la gestion transparente des affaires publiques, et surtout de l'affermissement de l'État de droit et de la démocratie, il est impérieux de faire place à la liberté de manifestation par une refonte de la législation en la matière. Cette liberté institue une forme de communication des citoyens avec leurs gouvernants. Ainsi, garantie par la constitution, la liberté de manifestation doit être protégée. Car, à partir de l'effectivité de la liberté de manifestation, l'on peut apprécier la faculté d'écoute du peuple par ses dirigeants. Ceux-ci ont le devoir de garantir le libre exercice et l'encadrement des manifestations publiques. Autant, les forces de l'ordre et de sécurité qui interviennent lors des manifestations doivent faire preuve de professionnalisme conformément au code de déontologie de la police nationale afin d'éviter un paroxysme de répressions.

Le contrôle populaire du Président de la République dans les Etats francophone d'Afrique noire

Par :

Serge Edouard BILE NNA

Docteur/Ph. D en Droit Public

Université de Yaoundé 2 (Cameroun)

Page | 356

Résumé :

Le constitutionnalisme des Etats francophones d'Afrique noire a connu une évolution remarquable. Le contrôle du dirigeant suprême à l'ère du constitutionnalisme autoritaire relevait de la pure fiction. Malgré la consécration constitutionnelle des moyens permettant au peuple, véritable titulaire du pouvoir de sanctionner le dirigeant suprême, il était impossible d'entendre la voix du peuple faire écho. Avec l'avènement de la démocratie libérale telle que consacrée par la majorité des constitutions africaines, on assiste aujourd'hui à une résurrection du peuple dans sa fonction de véritable contre-pouvoir. Le peuple contrôle le Président de la République à travers des mécanismes direct tels que les élections au suffrage universel et le referendum et indirectement par les élections législatives.

Les habitudes ayant la peau dure, il y a cependant un retour au constitutionnalisme autoritaire. Plusieurs manœuvres sont mises en place pour empêcher le peuple d'exercer ce contrôle. La présente réflexion se propose de dégager les mécanismes constitutionnels permettant au peuple de contrôler Président de la République et de ressortir les obstacles liés à ce contrôle.

Mots clés : Contrôle, Président de la République, Constitutionnalisme

Introduction

Existe-t-il un contrôle populaire du titulaire du pouvoir exécutif ? Cette question semble relever d'une certaine imagination juridique au regard de la théorie constitutionnelle¹. Aussi répandue qu'elle soit, la théorie de la séparation des pouvoirs reconnaît le seul droit au parlement de contrôler l'action du pouvoir exécutif dont le titulaire Président de la République, à travers le contrôle qu'il exerce sur le gouvernement.

Page | 357

Envisagée par John Locke et systématisée par Montesquieu, la séparation des pouvoirs est un moyen de combattre le despotisme monarchique pour établir la liberté². De ce fait, Montesquieu prévoit un équilibre entre des pouvoirs en préconisant comme remède à l'absolutisme royal la séparation des organes. Ainsi, « *il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassadeurs, établit la sécurité, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appelle cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'Etat* »³.

Par cette séparation des organes qui laisse entrevoir une séparation des fonctions Montesquieu entend par cette théorie établir un contrôle entre les différents pouvoirs. C'est ce qui ressort clairement de la pensée du Bordelais lorsqu'il affirme que « *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites (...); pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »⁴. Il martèle cette séparation des organes en affirmant que « *tout serait perdu si le même homme ou le même corps exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter et celui de juger* »⁵.

De ce point de vue, on ne saurait parler du contrôle populaire du Président de la République, titulaire du pouvoir exécutif. Les seuls organes habilités à exercer un contrôle sur le pouvoir

¹ CHANTEBOUT(B), *Droit constitutionnel*, 26 e Ed, 2009 663p.

² MONEMBOU (C), *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais : Contribution à l'évolution constitutionnelle*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2011, p. 18.

³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ed GF Flammarion, p. 294.

⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, p. 293.

⁵ *Ibid*, p. 295.

exécutif sont le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Or à la vérité, l'idée d'un contrôle populaire du Président de la République peut être bel et bien admise. Elle trouve son fondement dans la théorie démocratique de la souveraineté, qui fait du peuple le véritable titulaire du pouvoir dans l'Etat⁶.

Le constitutionnalisme actuel est dominé par le régime représentatif à travers lequel le représentant reçoit et exerce un mandat qui lui est conféré par le peuple⁷. De ce point de vue, « toute personne investie d'un mandat électif lui conférant la qualité d'organes de pouvoir est tenu de rendre compte de ses actes et d'en assumer les conséquences⁸ ». Selon la logique de la responsabilité, tout gouvernant doit être sanctionné aux termes de son mandat. Le peuple exerce dans cette logique un contrôle avec mise en jeu de la responsabilité sur les gouvernants élus.

Dans les Etats d'Afrique noire francophone, le contrôle populaire du Président de la République est admis depuis le début des indépendances. Mais seulement, ce contrôle ne pouvait prospérer avec l'absence d'une démocratie réelle. Avec le nouveau constitutionnalisme, la situation a fondamentalement évolué. Les lois fondamentales aménagent de manière satisfaisante l'idée d'un contrôle populaire du Président de la République. Parce que la question du dirigeant suprême est suffisamment prise en compte dans le constitutionnalisme actuel, elle revêt une importance capitale. Ce terme désigne « une opération qui consiste à vérifier si un organe public, un particulier ou un acte respecte les exigences de leur fonction ou des règles qui s'imposent à eux⁹ ». Dans ce sens contrôler implique l'existence d'organe investi dans cette mission, et les sanctions possibles. Dans le cadre de cette réflexion, c'est essentiellement le peuple qui est investi de cette mission de contrôle et de sanction essentiellement à travers les mécanismes que lui offre la constitution. Cette précision permet de battre en brèche les moyens informels de contrôle qui peuvent résulter d'une insurrection, d'une révolution pouvant aboutir à un changement de dirigeant.

Ce contrôle populaire s'exerce dans un environnement géographique bien défini. D'ailleurs, l'intitulé de la réflexion est suffisamment révélateur quant à la délimitation spatiale.

⁶ LAUVAUX (P), *Les grandes démocraties*, 4e Ed, Paris, PUF, 2015, p. 50.

⁷ BIKORO (J-M), *Le temps en droit constitutionnel Africain : Le cas des Etats d'Afrique noire francophone*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Yaoundé 2, 2018, p. 67.

⁸ AVRIL (P), « Pouvoir et Responsabilité », in le *Pouvoir*, Mélanges à Georges Burdeau, LGDJ, 1977, p.11.

⁹ CORNU (G), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 12^e Ed, PUF, 2018, p. 590.

Toutefois une attention particulière sera accordée aux Etats de la Communauté Economique et Monétaire des Etats d'Afrique Centrale (CEMAC). Cette réflexion devra prendre en compte tous les cycles constitutionnels en marquant une spécificité sur l'année 1990 car elle marque la volonté des Etats francophones d'Afrique noire de soumettre le dirigeant suprême au contrôle du peuple notamment le Président de la République.

Dans le constitutionnalisme actuel, le Président de la République est le chef du pouvoir exécutif¹⁰. Les textes constitutionnels des Etats francophones d'Afrique noire font du Président de la République le principal régulateur de la vie sociale¹¹, le meneur des jeux des institutions politiques¹². Il est au centre de tout de tout et se confond avec le système¹³. Pour tout dire ; le Président de la République reste selon cette célèbre formule « *la clé de voute des institutions* ». A cet effet les constitutions des Etats faisant l'objet de notre réflexion consacrent d'importants pouvoirs à ce dernier qui nécessite qu'il soit contrôlé par le peuple. Dès lors, on peut se poser la question de savoir : *Qu'est ce qui caractérise le contrôle populaire du Président de la République dans les Etats d'Afrique noire francophone ?*

La réflexion sur le contrôle populaire du Président de la République n'est pas sans intérêt. Sur le plan théorique, la question semble être suffisamment abordée par des plumes les plus autorisées¹⁴. Ces études ont démontré que la problématique du contrôle du dirigeant suprême occupe une place de choix dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone. On peut donc penser que tout a été dit. Cependant, les angles d'approche de cette problématique semblent inépuisés. Le caractère insuffisamment abordé du contrôle populaire a retenu notre attention. Ainsi, cette étude se propose de porter un regard sur les mécanismes normatifs de contrôle du Président dans les Etats francophones d'Afrique noire. Dans une dimension purement pratique, une telle réflexion permet de confirmer l'effectivité du droit constitutionnel en vigueur dans les Etats faisant l'objet de notre étude.

¹⁰ Sur la notion de Pouvoir exécutif lire DUHAMEL (O), MENY (I), *Dictionnaire constitutionnel*...

¹¹ AIVO (J-F), *Le Président de la République en Afrique noire francophone*. Genève, mutations et avenir de la fonction, L'harmattan, 2007, p. 27.

¹² DE GAUDUSSON (JDB), *Quel statut pour le chef d'Etat en Afrique ?* In Mélanges Gérard CONAC, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, p. 33.

¹³ CONAC (G), « *Portrait du chef d'Etat en Afrique* », *Pouvoirs*, n°25, 1983, p. 21.

¹⁴ ONDO (T), *La responsabilité introuvable des chefs d'Etat africain*, op. cit.

A la question préalablement posée, on peut déjà affirmer que ce contrôle à un caractère ambivalent. Toutefois, cette réponse sera vérifiée tout au long de la réflexion par une méthode spécifique notamment la méthode juridique dans ses deux composantes à savoir la dogmatique et la casuistique tel que préconisés par Charles EISENMAN¹⁵. La dogmatique s'appuie sur l'interprétation des textes juridiques en vigueur. Dans le cadre de la présente étude, elle consiste à interpréter le dispositif constitutionnel en vigueur dans les Etats d'Afrique noire francophone. La casuistique pour sa part permet « de se pencher sur la manière dont le droit est appliqué par les parties prenantes : l'administration d'une part, les cours et les tribunaux d'autres part »¹⁶.

A côté de cette méthode qui fait essentiellement référence au positivisme formaliste¹⁷ qui confine l'analyse à la seule règle de droit, la présente réflexion prend en compte également comme méthode le positivisme sociologique qui va au-delà de la règle et recherche l'application du droit dans la réalité sociale¹⁸. Si le contrôle populaire du Président de la république est caractérisé dans le constitutionnalisme actuel par une consécration fascinante (I), il reste dans la pratique chancelant (II).

I- UNE CONSECRATION FASCINANTE

Les textes constitutionnels¹⁹ des Etats étudiés n'ont pas prévu une responsabilité ou encore des mécanismes de contrôle du président de la république. En effet, dans le constitutionnalisme des Etats étudiés, le principe est l'irresponsabilité du Président de la République. « *Le Roi ne saurait mal faire* », le ministre oui!²⁰ Principe réel car pendant longtemps, dans le constitutionnalisme africain, le prince ne rendait compte à personne.²¹ Son pouvoir était sacré.²² Aujourd'hui encore, ce principe reste intangible, malgré la conversion des régimes africains

¹⁵ EISEMAN (C), Cité par NLEP (RG), L'administration Publique Camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administrations publiques, Paris, LGDJ, 1986, p.8.

¹⁶ NLEP (RG), L'administration Publique Camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administrations publiques, Paris, LGDJ, 1986, p.8.

¹⁷ OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1999, p.57.

¹⁸ BIKORO (J-M), Le temps en droit constitutionnel Africain : Le cas des Etats d'Afrique noire francophone, Thèse de Doctorat en Droit Public, *op.cit.*, p. 40.

¹⁹ Nous faisons références à tous les textes constitutionnels des Etats de la CEMAC y compris le texte constitutionnel tchadien de 2018. Même si ladite constitution a été mise en berne dans cet Etat depuis la période de transition, la constitution tchadienne de 2018 reste un référent important dans le cadre de cette étude.

²⁰ *Ibid.* p. 6.

²¹ *Idem.*

²² KAMTO (M), *Pouvoir et Droit en Afrique*, Paris, LGDJ, 1987, 546 p.

à la démocratie²³. A défaut de voir le président de la république répondre pénalement et politiquement de leurs actes suivant des mécanismes prévus par les textes constitutionnels, les citoyens peuvent désormais contrôler le Président de la République à travers les élections (A) et par d'autres formes de votations (B).

A- Le contrôle avec mise en jeu de la responsabilité électorale

Il convient de prendre en compte d'une part la modalité de contrôle du Président de la République consacrée par les textes faisant l'objet de notre réflexion (1), et d'autre part la mise en œuvre du contrôle (2).

1- La modalité de contrôle : L'élection du Président de la République au suffrage universel

Lorsqu'on jette un regard sur les différents modes de désignation des gouvernements dans les systèmes politiques des Etats d'Afrique noire francophone, l'élection du Président de la République au suffrage universel semble être la plus répandue.²⁴ De toutes les élections, l'élection du président de la république est la plus strictement encadrée dans la plupart des textes constitutionnels²⁵. Le professeur Ismaila MADIOR FALL²⁶ pense que son adoption par les Etats africains s'explique par trois raisons principales. D'abord sa simplicité. Pour lui c'est un mode de désignation simple, car au terme d'un ou deux tours de scrutin, on parvient à désigner le représentant du peuple qui est le Chef de l'état. Ensuite, elle revêt une dimension anthropologique. En réalité, dans les sociétés africaines, le peuple préfère proclamer le héros « *Roi* » au terme d'un duel. Enfin l'élection au suffrage universel confère à l'élu une légitimité indiscutable. Ainsi pour avoir un président fort, il faut le désigner par le peuple.²⁷

L'élection populaire du président de la République est donc un mécanisme par excellence de mise en jeu de la responsabilité électorale du chef de l'exécutif. En France, l'élection du Président de la République est d'inspiration « *gaulliste* »²⁸. La révision constitutionnelle du 28

²³ BIDEGARY, (C) « Le principe de la responsabilité fondement de la démocratie », Pouvoir, n°92, 2000, p. 6.

²⁴ MADIOR FALL (I), « Quelques réserves sur l'élection du Président de la République au suffrage universel. Les tabous de la désignation démocratique des gouvernants », AC, n°242, 2012/2 p. 99.

²⁵ ROSSANVALLON (P), *Le bon gouvernement*, Seuil, 2015, p. 155.

²⁶ *Ibid.* pp. 99-100

²⁷ *Ibid.* p. 100.

²⁸ *Idem.*

octobre 1962 a consacré l'élection du Président de la République au suffrage universel. Ainsi comme un phénomène de mode, l'élection du Président de la République au suffrage universel a gagné les pays d'Afrique noire francophone dès le début des indépendances. Mais en raison de la dictature qui régnait pendant les deux décennies des années de l'indépendance, ce mode de désignation n'a pas connu le succès attendu. Les transformations politiques et institutionnelles²⁹ amorcées dès le début des années 1990 sont venues revaloriser ce mécanisme de contrôle direct du chef de l'exécutif, qui vient de ce fait remettre en cause le principe de l'irresponsabilité du Président de la République.

Cette modalité de contrôle trouve ses justifications dans la doctrine constitutionnelle et dans les textes constitutionnels des Etats étudiés. Contrôler le Président de la République par l'expression directe du peuple au moyen des élections est un principe conforme à la théorie constitutionnelle véhiculée par une bonne partie de la doctrine. Toute personne titulaire du pouvoir est en réalité comptable devant le peuple qui l'a investi. John STUART MILL l'a reconnue en précisant que *« le mécanisme politique n'agit pas de lui-même. Tout comme il fut à son origine fait par les hommes, il doit aussi être manié par les hommes et même par des hommes ordinaires. Il a besoin non de leur simple acquiescement mais leur participation active (...). Nous avons reconnu dans le gouvernement représentatif le type idéal du gouvernement le plus parfait, auquel par conséquent tout peuple s'adapte d'autant mieux qu'il est parvenu à son degré de progrès plus élevé (...), le gouvernement représentatif ne saurait convenir là où il ne peut subsister d'une façon permanente, c'est-à-dire là où ne se rencontrent pas les trois conditions fondamentales qui sont : 1°) que le peuple soit disposé à l'accepter, 2°) que le peuple ait la volonté et la capacité de faire ce qui est nécessaire pour le maintenir, 3°) que le peuple ait la volonté et la capacité d'accomplir les devoirs et de remplir les fonctions que le gouvernement lui impose. »*³⁰.

Dans les Etats d'Afrique noire francophone, l'option pour un contrôle populaire du Président de la République par l'élection traduit la volonté du constituant africain de pacifier la dévolution du pouvoir dans les Etats concernés, ceci au regard de la situation qui prévalait avant

²⁹ BEDI ETEKOU (I-S), L'alternance démocratique dans les états d'Afrique noire francophone. Thèse de Doctorat en Droit public, 2013, Université de Cocody, Abidjan, p.128.

³⁰ Cité par NGUELE ABADA (M), Etat de droit et démocratisation : contribution à l'évolution politique et constitutionnelle du Cameroun. Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Paris I- Panthéon-Sorbonne, Tome1, 1995, p.176.

1990 d'une part, et d'autre part de renforcer la légitimité du Président de la République par sa désignation au suffrage universel direct. Aujourd'hui, elle contribue à mettre en cause la responsabilité électorale du président de la république.

Les nouvelles constitutions vont expressément reconnaître que c'est dans le peuple que réside la souveraineté. La constitution de la république du Gabon dispose que la « *souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce directement au moyen (...) des élections. Selon le principe de la démocratie pluraliste (...). Aucune section du peuple, aucun groupe, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice de la souveraineté nationale* »³¹. Le constituant Camerounais reconnaît également en son article 2 alinéas 1 que « *la souveraineté nationale appartient au peuple camerounais qui l'exerce par l'intermédiaire du président de la république et des membres du Parlement. Aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Cette formulation est presque identique à celle qu'on retrouve dans la constitution du Tchad³². La constitution de la république du Congo et celle de la République Centrafricaine vont adopter comme principe constitutionnel de la république « *Le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* »³³ qui traduit simplement le principe démocratique qui fait du peuple le titulaire principal du pouvoir.

A la différence des autres textes constitutionnels, la constitution de la République centrafricaine va aller plus loin en condamnant l'usurpation de la souveraineté par coup d'état ou par d'autres moyens, lequel constitue un crime contre le peuple centrafricain³⁴. C'est au regard de cette reconnaissance populaire de la souveraineté que le constituant des Etats africains d'expression française ont également ont eu le luxe³⁵ de constitutionnaliser l'élection du président de la république au suffrage universel³⁶.

³¹ Article 3 constitution du Gabon.

³² Article 3 de la constitution du Tchad.

³³ Article 2 de la constitution du Congo et article 19 de la constitution de la R.C.A.

³⁴ Article 19 para III de la constitution de la R.C.A.

³⁵ ANDZOKA ATSIMOU (S), *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique les exemples de l'Afrique du Sud, de la République Démocratique du Congo, du Burundi et du Congo* », Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université CHEIKH ANTA – DIOP de Dakar, 2013, p. 44.

³⁶ Voir les articles 67 de la constitution du Congo, 24 de la RCA, 61 du Tchad, 9 du Gabon, Article 6 (1) de la constitution du Cameroun. Tout en écartant les modalités de désignation indirecte, le constituant africain entend légitimer les pouvoirs du président de la république. Il est aujourd'hui admis dans le constitutionnalisme africain que pour avoir un président fort, il faut le faire désigner par le peuple, devant qui il est responsable, car il dispose des moyens pacifiques de le sanctionner.

En conséquence que c'est le peuple qui détermine du véritable titulaire du pouvoir. Tous les Etats faisant l'objet de notre étude l'ont reconnu comme tel. Le pouvoir réside dans le peuple et les gouvernants sont responsables devant lui lors des élections et comme l'a reconnu CARRE DE MALBERG. « *Le peuple tient dans ses mains la balance contre ses propres représentants par des élections périodiques* »³⁷. Que dire de sa mise en œuvre ?

2- La mise en œuvre effective du contrôle

Durant les deux premiers cycles du constitutionnalisme africain, le pouvoir se caractérisait par le refus du contrôle. La suprématie de l'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme n'a pas changé la donne, et c'est avec raison qu'on peut formuler le postulat de l'irresponsabilité des gouvernants. « *L'irresponsabilité (...) est un principe fondamental dans les systèmes politiques des Etats post coloniaux* »³⁸ dans les Etats d'Afrique noire francophone. Or dans une dimension purement théorique, le pouvoir et la responsabilité sont intimement liés. Le constituant contemporain a retenu cette logique. La responsabilité étant le fondement de la démocratie³⁹, il est donc normal que l'on assiste aujourd'hui à une généralisation de la responsabilité électorale du président de la République.

Dans le constitutionnalisme contemporain, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct permet d'engager la responsabilité électorale de ce dernier⁴⁰. L'élection du Président de la République au suffrage universel suffit à dire que nous sommes en présence d'un régime démocratique. Mais une rupture de la confiance dont le peuple accompagne le régime peut remettre en cause le pacte démocratique. L'élection crée un lien contractuel entre le président de la république et le peuple⁴¹. Il existe donc une relation triangulaire entre l'élection, la légitimité et la responsabilité⁴². C'est de l'élection au suffrage universel que le Président de la République tire sa légitimité et par conséquent, il doit rendre compte au peuple qui l'a élu. Le doyen Georges

³⁷ CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920-1922, Paris, Dalloz, p. 142.

³⁸ ONDO (T.), *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone. (Les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*. Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Reims-Champagne Ardenne, Faculté de droit et de science politique, 2005, p. 89.

³⁹ BIDEGARAY (C.), « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie », *Pouvoirs*, n°92, 2000, pp. 5-16.

⁴⁰ DEVEDEIX-MARGUERITAT (S.), *La Ve République ou le renforcement de la responsabilité politique du pouvoir exécutif*. Thèse de doctorat en droit public, Université de Reims Champagne, 2006, p. 261.

⁴¹ *Ibid.* p. 263.

⁴² AMAR (C.), *Le président de la république dans les régimes parlementaires bi-représentatif Européens*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université Lumière Lyon 2, Novembre 2003, p. 389.

VEDEL affirme à propos que « *la responsabilité politique est devenue, de nos temps, une responsabilité qui n'est plus celle de l'exécutif devant le législateur, mais celle de la direction politique (...) devant la Nation* »⁴³.

Dans le constitutionalisme des Etats d'Afrique noire francophone la responsabilité électorale du président de la république est mise en œuvre au terme de son mandat, soit selon la logique, le président de la république doit pouvoir être sanctionné positivement ou négativement⁴⁴. Lorsque la sanction est positive, elle marque la réélection du président de la république. Lorsqu'elle est négative, le président qui ne jouit plus de la confiance des gouvernés doit quitter le pouvoir.

Depuis le début des années 1990, de nombreuses élections se sont soldées par la sanction du chef de l'Etat sortant dans les Etats d'Afrique noire francophone. A titre d'exemple, on peut citer, les cas du Bénin⁴⁵, de la Côte-d'Ivoire⁴⁶ du Mali⁴⁷, et du Sénégal⁴⁸ où on a assisté à la mise en œuvre de la responsabilité électorale du Président de la République. Dans les Etats faisant l'objet de notre analyse, on peut citer entre autres les cas du Congo⁴⁹, et de la République centrafricaine, où la mise en œuvre de la responsabilité électorale a été négative. Dans les Etats comme le Cameroun, le Tchad et le Gabon, la responsabilité électorale aboutit depuis 1990 à une sanction positive, ou par la réélection du président de la république sortant jusqu' à son décès.

Au terme de précédant développement, l'élection du président de la république au suffrage universel permet de contrôler le titulaire du pouvoir exécutif dans les démocraties des Etats d'Afrique noire francophone. En dehors de l'élection du président de la république au suffrage universel, le pouvoir exécutif est également contrôlé par d'autres formes de votation.

B- Le contrôle par d'autres formes de votation

En dehors des élections présidentielles, le peuple a la possibilité de contrôler le président de la république. En effet, il existe d'autres formes de votations qui mettent en jeu la responsabilité

⁴³ Cité par DEVEDEIX-MARGEURITAT (S.), *Ibid.* p. 264.

⁴⁴ REYNES (F.), *Le quinquennat. Les nouveaux équilibres de la République présidentielle*, Thèse de Doctorat en sciences politiques, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 96.

⁴⁵ Il s'agit des élections du 10 au 24 mars 1991, du 18 mars 1996 et de 2006.

⁴⁶ L'élection présidentielle de 2010.

⁴⁷ Les élections présidentielles de 1992, de 2002 et de 2013.

⁴⁸ Les élections présidentielles de 1992, de 2002 et de 2013

⁴⁹ Election présidentielle d'Octobre 1992.

électorale du pouvoir exécutif, notamment du président de la république. Le peuple peut directement par le moyen du referendum (1) ou indirectement par les élections législatives sanctionner le titulaire du pouvoir exécutif (2).

1- Le contrôle populaire direct par le referendum

Dans son étymologie « *ad referendum*⁵⁰ », le mot referendum fait appel à la notion de « *ratification* ». Il « *désigne l'instrument de démocratie semi directe par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimé par une votation populaire, son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure qu'une autorité a prise ou envisage de prendre*⁵¹ ». Il « *suggère un point de rencontre entre une institution représentative qui propose et le peuple qui dispose*⁵² ». Ainsi, par le referendum, le peuple véritable titulaire du pouvoir se prononce sur différentes questions qui lui sont posées⁵³.

Le referendum n'est pas nouveau dans le paysage constitutionnel des Etats étudiés. Toutes les constitutions l'ont consacré comme instrument de contrôle exercé par le peuple. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par le biais de ses représentants et par referendum. « *Ce texte est essentiel à la place ou il figure car elle place les deux modes d'expression sur le même pied*⁵⁴ ». Considéré comme un mode démocratique de prise de décision, le referendum devrait trouver sa source dans l'initiative populaire⁵⁵. Cependant, dans la plupart des cas et même dans les grandes démocraties, l'initiative appartient au président de la république. Les Etats faisant l'objet de notre étude ne sont pas en reste. Les constitutions de chaque Etat ont adopté des dispositions presque identiques. En république Centrafricaine, l'article 41 de la constitution du 30 mars 2016 prévoit que l'initiative appartient au président de la république après avis du conseil des ministres, celui du bureau de l'assemble nationale, celui du président du sénat et celui du président de la cour constitutionnelle, lorsqu'il s'agit des projets de loi avant promulgation, ou de toute loi votée par le parlement. Lorsque le projet de réforme est d'une importance capitale, le Président de la République peut initier un référendum après avis du

⁵⁰ DUHAMEL (O.) et MENY(Y), *Dictionnaire Constitutionnel*, PUF, 1992, p. 868.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ POULIS (P), *Droit constitutionnel et institutions helléniques*, Logiques juridiques, collection dirigée par Gérard Marcou, L'harmattan, 2008, p.114.

⁵⁴ HAMON (L), « Du referendum à la démocratie continue », *RFSP*, 34^e année, n° 4 -5, pp.1084-1001.

⁵⁵ DUHAMEL (O.) et MENY(Y), *Dictionnaire Constitutionnel*, *op.cit.* p. 868.

président de la cour constitutionnel et du président du sénat⁵⁶. Au Tchad, le président de la république peut pendant la durée des sessions prendre l'initiative d'un referendum sur proposition de l'assemble nationale après avis de la cour suprême. En dehors des sessions, le président de la république consulte essentiellement le bureau de l'assemble nationale⁵⁷. L'article 36 de la constitution camerounaise de 1996 exige au préalable que le président de la république, le président du conseil constitutionnel, le président de l'assemble nationale et le président du Senat.

Alors que le président Congolais est contraint de consulter les deux chambres du parlement pour initier un referendum⁵⁸, le constituant Gabonais a prévu que le président de la république peut initier un referendum sur proposition du gouvernement, de l'Assemblée Nationale ou du Senat prise à la majorité absolue⁵⁹. Même si les formulations restent quelques peu distincts, tous les Etats ont reconnus que le referendum est d'initiative purement présidentiel.

Ainsi le referendum a pour objectif l'adoption d'une décision publique majeure⁶⁰ dans la mesure où elle pourrait avoir des incidences remarquables sur les droits et libertés des citoyens, sur la société ou sur les institutions de la république. Les textes constitutionnels ont bien fait de le rappeler. Le président de la république peut soumettre au referendum tout projet de reformes susceptibles d'avoir des répercussions profondes sur l'avenir de la nation et des institutions nationales. Il en est ainsi des projets relatifs à l'organisation des pouvoirs publics, à la révision de la constitution, la ratification des accords ou des traites internationaux⁶¹, ou tout texte ou toute question nécessitant la consultation directe du peuple⁶². Le champ du referendum⁶³ est circonscrit par les différents textes constitutionnels.

⁵⁶ Art 90 de la constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

⁵⁷ Art 89 de la constitution tchadienne de 2018.

⁵⁸ Art 86 de la constitution congolaise.

⁵⁹ Art 18 de la constitution gabonaise.

⁶⁰ DIA (A), Le principe de consultation en droit public comparé, l'exemple de la France et du Sénégal, Thèse de doctorat en Droit public, Juillet 2016, p 219. Dans le même ordre d'idée, voir également, PREMAT (C), « La pratique du referendum local en France et en Allemagne ». Le moment référendaire dans la temporalité démocratique, *Science de l'homme et société*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Institut d'étude politique de Bordeaux, 2008, p. 22.

⁶¹ Art 41 de la constitution centrafricaine, Art 18 de la constitution Gabonaise, Art 86 de la constitution congolaise, Art 36 de la constitution camerounaise.

⁶² Art 90 de la constitution tchadienne.

⁶³ BURDEAU (G), HAMON (F), TROPER (M), Manuel de droit constitutionnel, 25 Ed, LGDJ, 1997, p. 518.

L'exercice du pouvoir reste donc partager entre le peuple et les représentants de la nation, car il faut reconnaître que dans les démocraties représentatives, l'exercice du pouvoir de décisions exercées par les représentants de la nation à révéler ses limites⁶⁴.

En France, le referendum a pris la signification ou du moins la valeur d'une question de confiance posée au peuple⁶⁵ et de substitut d'élection présidentielle⁶⁶. Le président DE GAULLE a la veille du referendum du 27 Avril 1969 portant adoption du projet de loi relatif à la création des régions et à la rénovation du Senat comme simple chambre consultative, a affirmé sa volonté de se retirer du pouvoir si son texte n'obtenait pas la majorité absolue des suffrages populaires. Ces termes sont clairs. : « *Votre réponse va engager le destin de la France parce que je suis désavouée par une majorité d'entre vous. Solennellement, sur ce sujet capital, et quelque puissent être le nombre, l'armée, et le dévouement de l'armée. De ceux qui me soutiennent et que de toute façon détiennent l'avenir de la patrie, ma tâche active de chef d'Etat deviendra évidemment impossible et je cesserais aussitôt d'exercer mes fonctions*⁶⁷ ». La réponse positive serait comme une sorte de réélection⁶⁸.

Ainsi désavoué par le peuple avec 52% de « non », le général DE GAULLE démissionna le 28 Avril 1969. De ce qui précède, le referendum est devenu comme un instrument permettant au président de la république de bénéficier de la confiance du peuple en cours du mandat. La pratique gaullienne du referendum a permis aux citoyens français de contrôler et de sanctionner même en cours de mandat le président de la république.

Les chefs d'Etats africains ont souvent fait recours au referendum soit pour changer la forme de l'Etat⁶⁹, soit pour adopter une nouvelle constitution⁷⁰ ou réviser la loi constitutionnelle existante⁷¹. Cependant, elle n'a jamais pris la valeur d'une question de confiance comme ce fut le cas en

⁶⁴ DIA (A), Le principe de consultation en droit public compare, l'exemple de la France et du Sénégal, *op.cit.*, p. 251.

⁶⁵ Le referendum en France, Quel avenir ? Rapport introductif in Gérard CONAC et DIDIER MAUS (sous la dir), Quel avenir ? Expériences étrangères, la France, journées d'études du 23 Avril 1988, Paris, les Editions STH, Coll., « *Les grands colloques* », 1990, pp. 7-42.

⁶⁶ DEVEIDEX (S-M), La Vème république ou le renforcement de la responsabilité du président de la république, *op.cit.* p. 298.

⁶⁷ Année politique, économique, sociale et diplomatique, Paris, PUF, 1969, p. 33.

⁶⁸ DEVEIDEX (S-M), La Vème république ou le renforcement de la responsabilité du président de la république, *op.cit.* p. 300.

⁶⁹ Le referendum de 1972 au Cameroun.

⁷⁰ Referendum tchadien de 1996.

⁷¹ C'est le cas du referendum de 2015 au Congo.

France. En principe le referendum n'engage pas ipso facto la responsabilité du président de la république. L'automatisme de la sanction⁷² n'existe pas ou encore il n'a pas un caractère contraignant, mais reste un instrument de contrôle à l'égard des dirigeants Africains. En effet la réussite ou le vote du projet de texte soumis au referendum légitime dans une certaine mesure la volonté constituante du président de la république initiateur du referendum⁷³. Ainsi le rejet du projet de texte soumis au referendum traduit la crise de confiance entre le peuple et le président de la république⁷⁴. Lorsque le « *NON* » est à une proportion élevée, lors d'une consultation référendaire, elle remet aussitôt en cause la popularité de ce dernier. Il apparaît comme un indicateur de la confiance des électeurs en leurs présidents⁷⁵.

Ainsi le referendum apparaît comme un instrument de confirmation de la souveraineté⁷⁶ et un mécanisme d'approfondissement de la démocratie. Par le referendum, le peuple contrôle le président de la république en donnant son avis sur des questions d'importance capitale. En dehors de toute consultation ou de tous procédés démocratiques de contrôle, le peuple peut intervenir directement dans l'arène politique en imposant une conduite au président de la république.

2- Le contrôle indirect par les élections législatives

Le peuple peut accorder sa confiance ou la retirer indirectement au président de la République lors des élections législatives. En effet, les élections législatives peuvent être perçues comme étant l'occasion pour le peuple de mettre indirectement en cause la responsabilité politique du Président de la République⁷⁷.

D'après l'ordre des institutions, dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone, l'assemblée nationale vient après l'institution présidentielle. Le Président de la république, au même titre que les députés, sont élus au suffrage universel direct⁷⁸. De la sorte,

⁷² DEVEIDEX (S-M), La Vème république ou le renforcement de la responsabilité du président de la république, *op.cit.* p. 297.

⁷³ EDOUA BILONGO (B), Les changements constitutionnels au Cameroun et au Sénégal. Etude comparative, thèse de Doctorat PhD en Droit public, Université de Yaoundé II, 2015, p. 193.

⁷⁴ Dans les cas Camerounais de 1972, Tchadiens de 2005 et Congolais de 2015, les projets de révision constitutionnel soumis au referendum, n'ont pas été à l'origine de la déchéance des présidents de la république de ces Etats. La confiance entre le peuple et ces derniers a plutôt été renforcé.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ DIA (A), Le principe de consultation en droit public comparé, l'exemple de la France et du Sénégal, *op.cit.*, p. 251.

⁷⁷ ARDENT(P), Institutions politiques et droit constitutionnel, 7^e éd., *op.cit.* p. 444.

⁷⁸ Voir l'article 15 de la constitution Camerounaise révisée de 1996, Articles 30 de la constitution congolaise de 2002, article 114 de la constitution tchadienne de 2018, article 35 de la constitution gabonaise de 2018 et l'article 68 de la constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

contrôle indirect ne peut être fait que lors des élections législatives et non sénatoriales. Dans les démocraties représentatives, qui est d'ailleurs l'option adoptée par presque tous les Etats d'Afrique noire francophone, le peuple peut soit au terme d'une législature ou soit après une dissolution, exercer un contrôle en accordant sa confiance à une majorité autre que celle dont disposait le Président de la République. Page | 370

Avec le processus démocratique dès les années 1990, on a assisté dans presque tous les Etats à une reconnaissance constitutionnelle du multipartisme, ouvrant ainsi la voie au peuple de contrôler et d'évaluer⁷⁹ indirectement la politique définie par le président de la république. Au terme d'une législature, le peuple peut sanctionner le Président de la république en lui refusant la confiance au sein du parlement.

En réalité, le président de la république n'est pas constitutionnellement tenu de se retirer au cas où à l'issue d'une élection législative, il venait à perdre la majorité au sein de l'Assemblée Nationale. Cependant sur le plan politique, la perte de la majorité au sein de l'Assemblée Nationale a une grande signification. Elle signifie l'érosion de la popularité du président de la république. Le citoyen étant un arbitre lors des élections législatives, la perte de la majorité au sein de l'assemblée nationale est un indicateur politique⁸⁰ de leur confiance dans le président de la république et son gouvernement. La perte de la majorité a une incidence sur la gouvernance des affaires publiques. Il est difficile pour le chef de l'Etat de gouverner efficacement sans la majorité au sein de l'Assemblée Nationale.

Au Cameroun, la première élection législative qui a connu la participation de plusieurs partis politiques depuis 1964 a eu lieu le 1^{er} Mars 1992. Le Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais (RDPC) qui jadis avait la majorité absolue, s'est retrouvée avec quatre-vingt-huit (88) sièges sur les cent quatre-vingt (180). Certains partis politiques nouveaux tels que l'Union Nationale pour la Démocratie et le progrès (UNDP) se sont retrouvés avec soixante-huit (68) sièges, le Mouvement pour la Défense de la République s'est retrouve avec six (6) sièges et l'ancien parti politique l'Union des Populations du Cameroun (UPC) dix-huit (18) sièges. Ainsi, à

⁷⁹ BENCHENDICKH (F), Séminaire sur *L'évaluation des politiques publiques*, Université de Yaoundé II, du 18 au 20 juin 2018.

⁸⁰ DEVEIDEX (S-M), *La Vème république ou le renforcement de la responsabilité du président de la république*, *op.cit.* p. 308.

travers les élections législatives, le peuple Camerounais à sanctionner le pouvoir exécutif en lui refusant la majorité à l'assemblée nationale.

En bref, le peuple véritable titulaire du pouvoir, ne pouvant pas lui-même faire les lois et gouverner, est représenté au sein des assemblées parlementaires par les députés dont le président de la république dispose dans la plupart des cas de la majorité. Le peuple peut donc lors des élections législatives au terme d'une législature ou de la survenance d'une dissolution, exercer une forme de contrôle indirect en renversant la tendance. Cette situation traduit le désaveu du peuple à l'égard du Président de la République.

En définitive, le président de la république peut être sanctionné directement par le peuple d'une part, lors des élections au suffrage universel et d'autre part par d'autres formes de votation notamment les consultations référendaires et les élections législatives qui peuvent intervenir à la fin d'une législature ou en cas de dissolution⁸¹. Toutefois, la pratique démontre que ce contrôle est plutôt chancelant dans son application.

II- UNE APPLICATION CHANCELANTE

Le pouvoir exécutif, notamment le Président de la République peut être contrôlé d'une part lors des élections, et d'autre part, par d'autres formes de votation. A l'occasion d'un référendum ou des élections législatives à la fin d'un mandat ou à la survenance d'une dissolution. Ce double contrôle est révélé tant par les textes constitutionnels que par la pratique. Cependant l'efficacité de ces mécanismes de contrôle reste largement diluée. En effet il est difficile de contrôler le président de la république à raison de son omniprésence et de son omnipotence dans les régimes politiques des Etats étudiés. La mise en œuvre de la responsabilité électorale du président de la république est difficile (A) et les autres formes de votation sont inefficaces (B).

A- La mise en œuvre difficile de la responsabilité électorale du Président de la République

Il est difficile dans le constitutionnalisme contemporain de sanctionner le pouvoir exécutif notamment son titulaire. La consécration quasi unanime de l'élection du président de la république au suffrage universel ne contribue pas toujours à sanctionner ce dernier. Les textes constitutionnels ont d'avantage verrouillé l'alternance présidentielle (1) et le constat est que dans le

⁸¹ DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, I, *op.cit.*, p. 193.

constitutionalisme actuel est marqué par les régimes de transition qui hypothèque d'avantage le contrôle du Président de la République (2).

1- Un verrou constitutionnellement consacré

L'instrumentalisation juridique⁸² de la constitution n'est plus à démontrer aujourd'hui dans les Etats d'Afrique noire francophone. Une constitution ça se réviser⁸³. Oui, mais les révisions constitutionnelles dans les Etats Africains oscillent autour des mandats électifs illimités. Aujourd'hui sur les cinquante-cinq Etats membres de l'Union Africaine, trente-cinq pays dont la République Centrafricaine disposent de cette clause, alors que six pays l'ont supprimé. Il s'agit particulièrement du Togo (Décembre 2002), du Gabon (Juillet 2003), du Tchad (Mai 2005), Cameroun (Avril 2008), L'Ouganda (Septembre 2008), le Djibouti (Avril 2008). Le Congo Brazzaville (Octobre 2015), et le Rwanda (Décembre 2015), l'ont modifié sans la supprimer, et 12 pays n'ont jamais consacré cette disposition.

Au regard de cette présentation générale, il ressort qu'au sein des Etats étudiés, la république centrafricaine dispose encore d'une telle clause. Le Gabon, le Tchad et le Cameroun l'ont supprimé, le Congo Brazzaville la modifier et la constitution tchadienne oscillent entre suppression et maintien de la clause.

Au Cameroun, Le constituant de 1996 a voulu rompre avec cette pratique de présidence à vie, va adopter un texte qualifié d'ambitieux⁸⁴, parce qu'il opère un changement très remarquable. Il consiste à faire passer le mandat présidentiel du quinquennat illimité au septennat limité. La lecture de l'article 6 de la loi constitutionnelle de 1996 dispose en son article 6 alinéas 2 que « *le président de la république est élu pour sept ans renouvelable une fois* ». Un tournant majeur, car on pourrait après quatorze ans voir une autre personne accéder à la magistrature suprême. C'est donc sous cette clause que l'actuel chef d'Etat va être réélu en 1997, et va briguer un second mandat en 2004. En 2011, l'espoir d'une alternance à la tête de l'Etat va naître chez les différents protagonistes, mais cet espoir sera battu en brèche par la révision constitutionnelle de 2008. La loi n° 2008/001 du 14 Avril 2008, fait passer le mandat du président de la république du septennat limitée au

⁸² AIVO (J-F), « La crise de la normativité de la constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, 31 p.

⁸³ THIAM (A), « Une constitution ça se réviser, relativisme constitutionnelle et Etat de Droit au Sénégal », *Politique Africaine*, n°108, 2007, p. 146.

⁸⁴ MPILE (P-E), *Le président de la république en droit constitutionnel camerounais*, Thèse de Doctorat Ph. D en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2015, p. 106.

septennat illimité. On peut donc lire en l'article 6 (nouveau), que « *Le président de la république est élu pour un mandat de sept ans. Il est rééligible* ». Ainsi prenait fin l'ambition de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996. Clause qui n'a duré que douze ans et qui n'a connu aucune implémentation susceptible de démontrer ses faiblesses, pouvant justifier sa réadaptation⁸⁵.

Au Gabon, les constitutions d'avant 1990 ont toujours consacré un mandat illimité. La constitution du 21 février 1961 dispose en son article 7 alinéa 1 que « *Le président de la république est élu pour sept ans au suffrage universel direct. Il est rééligible* ». Les différentes constitutions ont maintenu le principe⁸⁶. Ce n'est qu'avec la loi du 26 mars 1991 que la règle de rééligibilité illimitée a disparu. L'article 9 alinéa 1 de la loi constitutionnelle de 1991 disposait que « *Le président de la république est élu pour sept ans au suffrage universel direct. Il est rééligible une fois* ».

Quelques années plus tard, la loi constitutionnelle de 1991 sera révisée par la loi constitutionnelle de 1997, qui fait passer le mandat du président de la république du quinquennat au septennat. L'article 9 de la constitution révisée de 1997 disposait que « *Le président de la république est élu pour un mandat de sept ans au suffrage universel. Il est rééligible une fois* ». La révision constitutionnelle de 2003 est venue levée le verrou constitutionnel existant. Désormais, « *Le président de la république est élu pour sept ans (...) Il est rééligible* ». Clause qui vient constitutionnaliser la présidence à vie au Gabon. Le constituant Tchadien et le constituant Congolais ne sont pas très loin de cette logique.

Au Congo, la constitution congolaise de 2002 avait suscité un espoir d'alternance. En effet, la constitution voulue par le président de la république et qui est devenue la volonté du peuple congolais depuis le référendum de 2002, pose trois articles qui militent en faveur d'une alternance démocratique. L'article 57 concerne la limitation des mandats et dispose clairement que « *Le président de la république est élu au suffrage universel direct pour un mandat de sept ans renouvelables une fois* ». L'article 58 vise la limitation d'âge pour les candidats aux élections

⁸⁵ TCHOUPIE (A), « La suppression de la limitation du nombre de mandat présidentiel au Cameroun, Analyse de la burification de la trajectoire d'une politique institutionnelle », *Revue Africaine des Relations Internationales*, Vol 12, n° 1 et 2, p. 9.

⁸⁶ Il s'agit des constitutions du 31 Mai 1963, du 17 février 1967, du 30 Mai 1967, du 10 juin 1967, du 13 Décembre 1967, du 29 Mai 1968, du 31 Décembre 1968, du 28 juillet 1972, du 15 Avril 1975, du 26 Avril 1979, du 22 Aout 1981, du 04 Mars 1983, du 26 Septembre 1986 et du 28 Mai 1990.

présidentielles. Aux termes de cet article, nul ne peut être candidat à la fonction de président de la république s'il a plus de soixante-dix ans (70 ans). Le troisième article notamment l'article 185, donne interdiction formelle de modifier les dispositions constitutionnelles concernant la limitation d'âge et de mandat.

Ainsi, toutes ces dispositions textuelles ne permettaient pas au Président Denis SASSOU NGUESSO de se présenter comme candidat à l'élection présidentielle. L'article 57 frappait d'inéligibilité le président SASSOU qui achevait son deuxième mandat en 2016. L'article 58 frappait également d'inéligibilité le président SASSOU qui devait avoir ses soixante-treize ans au cours de la présidentielles de 2016. Alors qu'il remplit constitutionnellement les conditions d'inéligibilité, le président va au mépris de l'interdiction constitutionnelle contenu dans l'article 185 de la constitution de 2002, va décider le 22 septembre 2015 de soumettre au referendum la révision de la loi constitutionnelle de 2002. Texte qui sera promulgué en Octobre de la même année. Le texte de 2015 fait passer la durée du mandat de sept ans à cinq ans rééligibles deux fois⁸⁷. Manœuvre qui permet au président SASSOU de s'éterniser au pouvoir sans supprimer la clause.

Le constituant Tchadien du 14 Avril 1996 avait prévu un quinquennat renouvelable une fois⁸⁸. Malgré les multiples contestations de l'opposition, les députés tchadiens vont adopter le 26 Mai 2014 le projet de révision constitutionnelle visant la suppression de la limitation du mandat du président de la république. Aux termes de l'article 61 de la constitution Tchadienne, « *Le président de la république est élu pour un mandat de cinq ans. Il est rééligible* ». Cette clause sera levée par la révision constitutionnelle de 2018. L'article 66 prévoit que « *Le président de la république est élu pour un mandat de six ans renouvelables une fois* ». Clause salubre et démocratique qui laisse entrevoir une alternance présidentielle au Tchad dans les années à venir. Mais elle est une farce démocratique, car elle semble ouvrir une voie pour un règne à vie du défunt Président Idriss DEBY, qui en achevant son mandat en 2021, pourrait encore briguer un autre mandat de six (6) ans.

En bref, les constitutions des Etats faisant l'objet de notre étude ont verrouillé le contrôle populaire en instrumentalisant les textes constitutionnels. La limitation du mandat présidentiel amorcée dans les années 1990 venait mettre un terme au phénomène de « *dinosaure*

⁸⁷ Article 65 de la constitution révisée en 2015.

⁸⁸ Article 61 de la constitution révisée du 14 Avril 1996.

présidentiel⁸⁹ » ou encore de « *président inamovible*⁹⁰ » et bien entendu de prévenir toutes dérives présidentielles à l'aube de la démocratisation. Malheureusement le constitutionnalisme des Etats en présence a fait un grand bond en arrière en restituant les présidences à vie. La suppression de la clause ne peut susciter aucun regain d'espoir d'une alternance car la clause reste susceptible d'être manipulée à la guise des différents chefs d'Etats. La persistance des régimes de transitions est aussi un moyen qui permet au contrôle d'être difficilement appliqué.

2- La persistance des régimes de transitions

La compréhension de « régime de transition », est facilitée par la définition préalable du mot « transition » qui renvoie au passage d'un état à un autre⁹¹. Ramener dans le cadre institutionnel il renvoie simplement au « passage d'un régime institutionnel à un autre⁹² ». Le nouveau constitutionnalisme africain semble être un constitutionnalisme de transition⁹³ au regard de la permanence des crises⁹⁴.

S'il est difficile pour le peuple de contrôler le Président de la République en période normale, cela est quasiment impossible en période de transition. D'abord, en période de transition, l'ordre constitutionnel est dissout. Le peuple ne peut alors exercer aucun contrôle sur le Président de la République en poste. Il pourra alors exercer jusqu'à la fin de transition sans être sanctionner par ce dernier. Ensuite, en période de transition, le peuple est totalement effacé dans la mise en place des organes de transitions notamment le président de la République de transition. Si la souveraineté appartient au peuple détenteurs de la souveraineté et source primaire de toute autorité politique⁹⁵, il est impératif que le peuple soit associé à la mise en place de l'institution présidentiel de transition en désignant par voie d'élection le Président de la République de transition. Or dans la plupart des

⁸⁹ HERVOET (F), « Le processus de concentration de pouvoir par le président de la république au Gabon », *Penant*, Janvier-Mars 1983, pp.3-25.

⁹⁰ LOADA (A.), « La limitation du nombre de mandat présidentiel en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03/2003, p.142.

⁹¹ Dictionnaire *Le Robert* consulté en ligne le 10 Janvier 2022.

⁹² THUMEREL (I), « Les périodes de transitions constitutionnelles : Contribution à l'étude du pouvoir constituants et des actes pré-constituants », Thèse de doctorat de l'université de Lille, 03 Octobre 2008, p. 2.

⁹³ SCHMITT (C), *La dictature* (1921), Paris, Seuil, 2000, p. 17 ; *Théologie politique* (1922), Paris, Gallimard, 1988, p. 19.

⁹⁴ DELPÉRÉE (F), *Droit constitutionnel*, T. II, Les procédures de crise, Bruxelles, Larder, 1989, p. 401.

⁹⁵ CONSTANT(B), *Principes de politique*, Paris, Hachette, 1997, p. 31.

Etats en transition, ce n'est pas le cas. Il revient au Conseil National de transition d'élire le Président de la République de transition⁹⁶, ou un organe mis en place à cet effet⁹⁷.

Au Tchad, la dépossession du peuple comme titulaire du pouvoir est davantage plus perceptible. La mort subite du Président Idriss DEBY HITNO en Avril 2021, a conduit la hiérarchie militaire à nommer Mahamat Idriss DÉBY, son fils de 37 ans, à la tête d'un Conseil militaire de transition de quinze membres. La junte a annoncé qu'elle gouvernerait le pays durant une période de dix-huit mois, renouvelable une fois, et organiserait un dialogue national inclusif avant de transmettre les commandes du pays aux civils à l'issue d'élections⁹⁸. Ce scénario fait appel à deux constats majeurs. Le premier constat est contre toute attente, l'armée a dissout l'ordre constitutionnel⁹⁹ établi afin de disposer du pouvoir sans l'aval du véritable titulaire du pouvoir¹⁰⁰. Le deuxième constat est que l'armée au mépris des dispositions constitutionnelles qui organise la vacance du poste de président en cas de décès¹⁰¹, s'est substituer au peuple pour désigner le Président de la République de transition.

Le troisième constat est celui de l'inexistence d'une responsabilité électorale durant toute la période de transition qui semble longue. Or, le pouvoir d'un organe même en période de transition implique nécessairement la responsabilité de cet organe¹⁰². En effet, la responsabilité

⁹⁶ Il ressort de l'article 23 de la charte de transition de la République Centrafricaine que : « Le Chef de l'État de la Transition est élu par le Conseil National de Transition pour la durée de la Transition ».

⁹⁷ C'est le cas du Mali où l'article 4 de la charte de transition précise que : « Le Président de la Transition remplit les fonctions de Chef de l'État. Il veille au respect de la Constitution et de la Charte de la Transition. Il est choisi par un collège de désignation mis en place par le Comité national pour le Salut du Peuple ».

⁹⁸ Sans faire un procès d'intention au Président de transition, il semble cette façon de faire les choses relève de la manipulation. Rien ne rassure que le pouvoir soit remis aux civils. Il s'agit juste d'une manœuvre pour disposer du pouvoir et demeurer sans consulter au préalable le peuple.

⁹⁹ Ce qui démontre à suffisance que dans les Etats d'Afrique noire francophone, on a toutes les raisons de douter de la suprématie de cette loi constitutionnelle, très souvent bafouée par les désirs effrénés de conservation du pouvoir.

¹⁰⁰ L'on est tenté de croire qu'il s'agit d'un coup d'Etat militaire.

¹⁰¹ Constitutions de la République du Tchad en vigueur avant la suspension des institutions disposait en son article 82 que : « En cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque cause que ce soit ou d'empêchement définitif constaté par la Cour Suprême saisie par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les attributions du Président de la République, à l'exception des pouvoirs prévus aux articles 85, 88, 90, 94 sont provisoirement exercés par le Président de l'assemblée Nationale et en cas d'empêchement de ce dernier par Son 1^{er} Vice-président. Dans tous les cas, il est procédé à des nouvelles élections présidentielles quarante-cinq (45) jours au moins et quatre-vingt-dix (90) jours au plus après l'ouverture de la vacance ».

¹⁰² AVRIL (P), « Pouvoir et responsabilité », Mélanges offerts à Georges BURDEAU, in *Le Pouvoir*, LGDJ, Paris, 1977, p. 14. De même, Lucien-Anatole PREVOST-PARADOL souligne que « la responsabilité est proportionnelle au pouvoir », in *La France nouvelle*, préface de Jean TULARD, coll. Ressources, Paris, 1979, p. 121.

joue un rôle de limitation et de contrôle permanent du pouvoir¹⁰³. Alors pendant dix-huit mois éventuellement renouvelables, il est impossible pour le peuple de sanctionner par le biais du vote le Président de la République de transition. La charte de transition tchadienne

Au demeurant, la période de transition constitue une entrave à la mise en œuvre de la responsabilité électorale du Président de la République. Les autres formes de votation se sont également révélées inefficaces dans le constitutionnalisme des Etats faisant l'objet de notre réflexion.

B- L'inefficacité révélée des autres formes de votation

Le contrôle du pouvoir exécutif exercé à l'occasion des consultations référendaires et des élections ne permettent dans le constitutionnalisme contemporain des Etats faisant l'objet de notre étude de contrôler efficacement le président de la république. Le referendum est paralysé (1) et les élections législatives sont pratiquement instrumentalisées (2).

1- Le referendum paralysé

La paralysie du referendum est d'une part le fait des textes constitutionnels des Etats faisant l'objet de notre étude, et d'autre part de la pratique institutionnelle. Sur le plan constitutionnel, « *Tout referendum organisé sur initiative exclusive du Président de la République est toujours dangereux*¹⁰⁴ ». En effet le referendum conçu par les Etats d'Afrique noire francophone à la couleur de la démocratie, n'est pas en réalité la démocratie. Le recours au referendum présenté directement au peuple est généralement d'inspiration autocratique.

Dans les régimes politiques des Etats étudiés, le président de la république, principal détenteur de l'initiative référendaire, peut à travers le referendum imposé au peuple une décision qu'il n'aurait pas voulue. La question est posée et chaque citoyen devrait répondre par « *OUI* » ou « *NON* ». Mais il ne suffit seulement pas que la question soit simplement posée, encore faut-il qu'elle soit posée sans arrière-pensée. Ainsi dans les Etats d'Afrique noire francophone, les projets

¹⁰³ OURO-BODI (O-G), « La responsabilité des titulaires du pouvoirs exécutif dans les pays d'Afrique noire francophone »

¹⁰⁴ CADART (J), « Les inconvénients et les dangers plébiscitaires du referendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes désirables », *RIDC*, Vol 28, n°2, Avril-Juin 1976, pp. 287-290.

de textes soumis à l'approbation populaire laissent entrevoir des idées qui ne sont pas souvent celle que souhaiterait le peuple.

L'exemple du referendum congolais de 2015 est très révélateur. A un an des élections présidentielles de Juin 2016, le président Denis SASSOU NGUESSO a annoncé la révision de la loi constitutionnelle de 2002. Cependant ce projet de révision de la constitution n'était pas sans arrière-pensée. La loi fondamentale fixe la limite d'âge des potentiels candidats à 70 ans, et prévoit que le président de la république ne peut se représenter qu'une seule fois. Le président SASSOU qui est au pouvoir depuis 1997, élu en 2002 après avoir adopté une constitution taillée à sa mesure et réélu en 2009, ne remplit aucune de ses conditions. Le texte constitutionnel prévoit même que les dispositions relatives au mandat présidentiel ne peuvent faire l'objet d'une modification ou d'une révision. Mais ceci n'a pas empêché ce dernier de soumettre au referendum la révision constitutionnelle, ceci pour lui permettre de briguer un troisième mandat.

On peut aussi évoquer à titre d'illustration la révision constitutionnelle tchadienne de 2005 qui prévoyait outre la suppression du Senat, la mise en place d'un conseil constitutionnel, la révision de la constitution à l'initiative du chef de l'Etat après consultation du conseil des ministres, la suppression de la limitation à deux du nombre de mandat présidentiel. Ainsi l'intention principale nous semble-t-il du président DEBY était de se présenter pour un troisième mandat présidentiel en 2006.

Le dirigeant africain associe ainsi le peuple dans un dessein qui n'est pas forcément ce qu'il aurait voulu. Le referendum perd de ce fait tout son caractère démocratique et ne peut plus être considéré comme un instrument de contrôle du président de la république efficace tant que l'initiative sera exclusivement réservé au président de la république. Tout au contraire, il participe incontestablement au renforcement du pouvoir absolu du chef d'Etat Africain et la personnalisation du pouvoir¹⁰⁵. En effet toutes les constitutions entendent renforcer les pouvoirs du président de la république en lui confiant l'initiative exclusivement réservée du referendum. Même si les lettres des textes constitutionnelles des Etats faisant l'objet de notre étude, obligent le Président de la République de recueillir les avis soit du Premier Ministre, du conseil des ministres, ou encore celui des Présidents des chambres ou des Présidents des cours ou conseils

¹⁰⁵ DIA (A), Le principe de consultation en droit public comparé, l'exemple de la France et du Sénégal, *op.cit.*, p. 286.

constitutionnel¹⁰⁶, il reste que l'avis reste facultatif. Il peut donc soumettre à sa guise, tout projet qu'il estime important et qui peut être contraire à la volonté du peuple.

Ainsi le referendum en tant qu'instrument de revitalisation de la démocratie et de contrôle du président de la république perd toute sa valeur dans le contexte africain, particulièrement dans les Etats étudiés. L'initiative purement accordée au président de la république participe d'une part à imposer au peuple une décision qu'elle n'a pas toujours voulue, et d'autre part, à renforcer son pouvoir quasi absolu. Ce mécanisme ne peut donc pas être efficace. Dans la pratique, il est fortement instrumentalisé.

Dans la pratique, l'instrumentalisation des consultations référendaires n'est pas récente dans le paysage des Etats faisant l'objet de notre étude. Comme nous l'avons démontré plus haut, le président de la république utilise le referendum afin d'imposer une décision qui n'est pas forcément celle voulu par le peuple. Ainsi en associant le peuple à cette manœuvre, il fait semblant d'habiller le referendum d'un caractère démocratique. Or il s'agit d'une manie pour capter l'attention du peuple sur ce qu'il veut¹⁰⁷ et faire imposer son idée. Il y va même jusqu'à instrumentaliser les résultats des consultations référendaires.

A l'époque des partis uniques, le referendum était utilisé pour faire « *avaliser certaines révisions ou adoptions de la constitution*¹⁰⁸ ». Les scrutins référendaires révélaient des résultats inédits, qui frôlaient même les 100%¹⁰⁹. Le referendum camerounais du 20 mai 1972 en vue de l'adoption d'une nouvelle constitution qui met fin au système fédérale et met en place la République Unie du Cameroun révèle des résultats atypiques. La proposition¹¹⁰ est approuvée à 99%, soit 37177846 de

¹⁰⁶ Article 90 de la constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; Article 89 de la constitution tchadienne de 2018 ; Article 86 de la constitution congolaise ; Art 18 de la constitution gabonaise et enfin l'article 36 de la constitution camerounaise,

¹⁰⁷ KRA KOBENAN (K), « Nous, le peuple, relecture du rôle du peuple dans les mutations constitutionnelles récentes en Afrique », *Institut de recherche et d'enseignement sur la paix*, n° 15, Mars 2015, p. 5.

¹⁰⁸ KOMBILA (J-P), La problématique constitutionnelle dans les régimes politiques des Etats d'Afrique francophone monopartites, Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit public, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociale de Paris, Paris 2 Panthéon, Novembre 1982, p. 397.

¹⁰⁹ BUIJTENHUIJS (R), « Le Tchad est inclassable : Le referendum constitutionnel du 31 mars 1996 », *Africa-studies centrum*, Mai 2016, p.117.

¹¹⁰ La proposition soumise au referendum du 20 mai 1972 est la suivante « *approuvez-vous dans le but de consolider l'unité nationale et d'accélérer le développement économique, social et culturel de la nation, le projet de constitution soumis au peuple camerounais par le président de la république fédérale du Cameroun et instituant une république unie et indivisible, sous la dénomination de république du Cameroun* », in KAME BOUOPDA (P), *Cameroun du protectorat vers la démocratie 1884-1992*, L'harmattan, 2008, p .214. En ligne,

« OUI¹¹¹ ». De même la constitution congolaise du 8 juillet 1979 a été adoptée à la majorité des 96,93% des votants.

Sous la démocratie, les consultations référendaires continuent toujours de faire l'objet d'une forte instrumentalisation par les gouvernants. Les résultats des scrutins référendaires ont un caractère insolite¹¹². A titre d'exemple, le referendum Congolais de 2015 qui portait sur l'adoption d'une nouvelle constitution a été approuvé à 92,96%. Ainsi, cette forte instrumentalisation du referendum par les gouvernants fait perdre à ce dernier son caractère démocratique. Elle ne permet plus de mettre en cause la du président de la république devant le peuple. Tout au contraire, le referendum est devenu « *un instrument d'ovation populaire*¹¹³ » des projets soumis à l'approbation de ce dernier.

En sommes, les mécanismes de contrôle prévus par la constitution notamment le referendum restent inefficaces du fait de l'hyper-présidentialisme observée dans les Etats étudiées. Cet état de choses a conduit à confier l'initiative du referendum à la seule personne du président de la république et à l'instrumentalisation des consultations référendaires. Même les élections législatives sont instrumentalisées.

2- Les élections législatives instrumentalisées

Les élections législatives ont toujours été instrumentalisées dans les Etats faisant l'objet de notre recherche. Les élections législatives ont été perverti dès le départ c'est-à-dire sous le monopartisme et depuis le processus de démocratisation, la situation reste inchangée.

Ainsi, à l'époque des partis uniques, les élections législatives étaient perverties de droit, parce qu'elles n'étaient pas pluralistes. Ces élections sans choix¹¹⁴ avaient pour objectif principales d'exclure les autres représentations politiques au sein du parlement. C'est la raison pour laquelle les parlements africains étaient considérés pendant cette période comme des caisses raisonnantes des partis au pouvoir. La concurrence électorale était inexistante. Au Cameroun par

¹¹¹ Source Encyclopédie libre Wikipédia, « *Le referendum camerounais de 1972* ».

¹¹² BIKORO (J-M), *Le temps en droit constitutionnel. Le cas des Etats d'Afrique noire francophone*, thèse de Doctorat Ph. D en droit Public, *op cit*, p. 290.

¹¹³ MELEDJE DJEDRO (F), « Les révisions des constitutions dans les Etats africains francophone. Esquisse de bilan », *RDSP*, 1992, n°92, p.123.

¹¹⁴ HERMET(G), « Les élections sans choix », *RFSP*, Vol 27, n°1, 1977, pp. 30-33.

exemple, les candidatures indépendantes lors des élections législatives étaient interdites¹¹⁵. La concurrence était faite entre les candidats au sein du même parti¹¹⁶. Cette concurrence n'avait donc aucune incidence sur le mandat du président de la république parce que tous les candidats soutiennent incontestablement le président de la république¹¹⁷ et sont d'ailleurs membres de son parti politique¹¹⁸.

Au Gabon, le président de la république pouvait même nommer une partie des députés. Chose qui était de nature à paralyser la survenance d'une majorité autre que celle du président de la république. Au Tchad, les élections législatives du 4 mars 1962 ont permis au parti progressiste de remporter l'intégralité des sièges, notamment les 35 sièges. Depuis le pays est resté sous régime militaire jusqu'à l'avènement de la démocratie. On pouvait donc observer dans tous ses Etats que les élections législatives sous les partis uniques donnaient 100% au parti au pouvoir.

Ainsi, au regard de ce qui prévalait à l'époque des partis uniques, les élections législatives ne pouvaient pas être considérées comme un mécanisme de contrôle indirect du Président de la République, simplement parce que les chefs d'Etats africain ont institutionnalisés les partis uniques anesthésiant ainsi le contrôle indirect du président de la république lors des élections législatives. Le processus de démocratisation entamé dès les années 1990 dans les Etats faisant l'objet de notre recherche n'a pas changé la donne. Les élections législatives restent toujours instrumentalisées. Le pluralisme politique n'a pas réussi à modifier la donne politique dans les Etats faisant l'objet de notre étude. Même si au Cameroun on aurait pu assister à un changement de la majorité lors des premières élections législatives pluralistes, les victoires électorales des opposants ne furent qu'éclair et symboliques¹¹⁹.

Le parti au pouvoir ou encore l'ancien parti unique est resté largement dominant. Toutes les élections législatives organisées depuis l'avènement de la démocratie révèle une écrasante

¹¹⁵ Voir l'ordonnance n°62/OF/33 du 31 mars 1962 relative aux conditions d'élection et vacances à la présidence de la république et à la vice-présidence de la république fédérale.

¹¹⁶ Notamment lors des élections législatives du 24 Avril 1988. Pour la première fois le rassemblement démocratique du peuple (RDPC) camerounais présentait 324 candidats différents pour les 180 sièges à pourvoir.

¹¹⁷ Comme le relevait le Professeur **Issa ABIABAG** « Dans un système de parti unique les députés au parlement sont des ambassadeurs du parti qui les a investis ». Ils se doivent donc de soutenir les idées du parti. Voir l'article de l'auteur, « réflexion sur le régime camerounais des immunités parlementaires », *RJPIC*, n°3-4, juillet-Décembre 1982, pp.947-954.

¹¹⁸ ONDO (T), La responsabilité introuvable du chef d'Etat Africain, *op.cit.*, p. 290.

¹¹⁹ AIVO (J-F.), *Le président de la république en Afrique noire francophone, Genèse, Mutation et avenir de la fonction*, *op.cit.*, p. 541.

victoire du RDPC¹²⁰. Au Gabon le scénario n'a pas changé. Malgré les contestations, la poussée de l'opposition dans l'espace politique, le parti démocratique est resté largement majoritaire. Il ne lui est quasiment pas arrivé d'être mis en difficulté numérique au point de pouvoir solliciter une alliance pour gouverner le pays. Sa suprématie sur la scène politique et dans le nouveau décor institutionnel fut- il post totalitaire fut entière et continue¹²¹. Au Tchad depuis l'avènement de la démocratie ou l'on a assisté à des élections législatives périodiques, le mouvement patriotique du salut (MPS) a toujours garde la majorité au sein du parlement¹²².

Ainsi au regard de ce qui précède, les victoires écrasantes des anciens parti uniques relèvent de l'instrumentalisations des élections législatives par des manœuvres clientélistes et de débauchage des parlementaires de l'opposition. Il faut également relever la manipulation du system électoral qui se traduit par le recours systématique à la perversion et à la fraude. C'est sur la fraude que repose même les écrasantes victoires des anciens partis uniques. C'est elle qui explique l'érosion des possibilités d'alternances au sein des assemblées parlementaires ou la forte domination actuelle des anciens partis uniques.

Pour tout dire, les élections législatives dans les Etats d'Afrique noire francophone n'ont jamais permis de remettre en cause le mandat du président de la république. Depuis les partis uniques jusqu'à l'avènement de la démocratie, les partis au pouvoir ont toujours eu la majorité des sièges. De ce constat, les élections législatives considérées comme mécanisme de contrôle indirect du président de la république se sont révélées inefficaces dans les Etats en présence.

Conclusion

En définitive, le constitutionnalisme actuel des Etats francophone d'Afrique noire à consacrer des moyens pouvant contrôler le pouvoir exécutif. En période électorale, le peuple a aujourd'hui la possibilité de contrôler les gouvernants par le vote. L'élection du président de la république au suffrage universel vient faire du président de la république un gouvernant responsable et comme l'a souligné Monsieur GOUNELLE « *il ne fait plus de doute aujourd'hui*

¹²⁰ A l'exception de celle de 1992 ou le RDPC n'a pas eu la majorité absolue.

¹²¹ *Ibid.* pp. 541-542.

¹²² Les premières élections législatives de 1997, le mouvement patriotique du salut s'en sort avec 65 sièges sur les 125 postes à pourvoir. Celle de 2002, le parti du président DEBY obtient 113 sièges sur 155 et celle de 2011, 125 sur les 188 sièges à pourvoir.

que le Président de la République est responsable devant le peuple »¹²³. Ce contrôle se fait également par la voie du referendum ou des élections législatives. Par ce canal, le peuple peut indirectement sanctionner les gouvernants. Toutefois, il est difficile par ces moyens de contrôler le président de la république au regard des verrous consacrés. C'est donc cet état de choses qui expliquent la persistance des crises dans les Etats francophone d'Afrique noire.



¹²³ GOUNELLE (M), *Introduction au Droit Public*, cité par MONEMBOU(C), La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais. Contribution à l'évolution constitutionnelle, *op.cit*, p. 222.



Le contrat pétrolier à l'épreuve de la théorie du juste et de l'utile

Par :

Jean Victoire BATOUM BIYIHA

Doctorant en Droit Privé

Université de Douala (Cameroun)

Page | 384

Résumé :

Le contrat pétrolier est l'instrument qui assure l'équidistance relationnelle et l'équivalence obligationnelle entre l'État hôte et la compagnie pétrolière transnationale. Analysé sous le prisme de la théorie du juste et de l'utile, cette dernière n'offre qu'une appréhension étriquée de ce modèle contractuel. En effet, la théorie du juste et de l'utile n'offre guère à saisir le contrat pétrolier sur le double plan théorique et pratique d'une part, compte tenu des limites endogène qui lui sont reprochées, notamment ses caractères instrumental et idéaliste. D'autre part, à cause des écueils exogènes liés à la complexité consubstantielle au contrat pétrolier en termes du statut juridique des contractants et du jeux et des enjeux qui gouvernent toute la chaîne pétrolière amont

Mots clés : contrat pétrolier ; État hôte ; compagnie pétrolière transnationale ; théorie du juste et de l'utile ; complexité.

Introduction

Le contrat est un mécanisme élémentaire du droit, au même titre que la responsabilité. Avec les deux - le contrat et la responsabilité - nous pourrions reconstruire le droit tout entier, si d'aventure une tempête l'avait balayé de la terre¹. Le contrat est un outil conceptuel décisif. Et pour cause, on peut tout faire avec un contrat : promettre, échanger, établir des rapports de pouvoir, créer des êtres juridiques, et même des personnes. L'outil n'est pas seulement polyvalent, il est aussi omniprésent². Aussi, certains auteurs n'hésitent-ils pas à diagnostiquer un mouvement général de « *contractualisation de la production normative* »³, voir l'émergence d'un « *État contractuel* »⁴. Car le contrat est devenu un véritable instrument de gouvernement⁵. Il fournit le cadre technique de la régulation de l'environnement⁶, sa place est consacrée dans le droit de la régulation économique⁷ comme dans les procédures d'extension de la portée des normes publiques aux acteurs privés⁸. Le contrat s'insinue partout, jusque dans le secteur extractif en général, et plus particulièrement dans l'exploitation et la production du pétrole.

En effet, principale source d'énergie et l'unique dans certains secteurs⁹, le pétrole constitue la principale source économique des pays producteurs¹⁰. Considéré comme un « Dieu » par certains auteurs¹¹, l'importance de l'or noir ne cesse de s'imposer. Principale source d'énergie et première marchandise

¹ J. Carbonnier, « Paroles de Jean Carbonnier. Propos retranscrits par Raymond Verdier », *Droit et cultures*, 2010, p.233. [Online], 48 | 2004-2, Online since 10 March 2010, connection on 23 July 2020. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1820>

² G. Lewkowicz et M. Xifaras, *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p.1.

³ S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

⁴ S. Trosa, *Quand l'État s'engage : La démarche contractuelle*, Paris, Éditions d'Organisation, coll. « Service Public », 1999; J. Freeman, « The Contracting State », *Florida State University Law Review*, vol. 28, 2000, p. 155-214.

⁵ Voir J-P. Gaudin, *Gouverner par contrat*, Paris, Sciences Po, coll. « Références », 2007 (2^e éd.) ainsi que pour le monde anglophone P. Vincent-Jones, *The New Public Contracting : Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁶ E.W. Orts, Deketelaere, K. (dir.), *Environmental Contracts, Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe*, Londres – Boston, Kluwer Law International, 2001.

⁷ M.-A. Frison-Roche, (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Science Po/Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.

⁸ J. Freeman, « Extending Public Law Norms through Privatization », *Harvard Law Review*, vol. 116, 2003, p. 1285-1352.

⁹ A. L. Dikoume, *La fiscalité pétrolière des Etats membres de la CEMAC : Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad, Centrafrique*, L'Harmattan, 2008, p. 15.

¹⁰ Les pays du Golfe de Guinée, du Moyen –Orient et d'Amérique Latine constituent des illustrations pertinentes de ce point de vue. D'après les statistiques du FMI, de la Banque Mondiale et de l'ITIE, en 2011 notamment, le pétrole constitue 46,8% des exportations au Cameroun, 87% au Congo Brazzaville, 91% au Gabon et 99% en Guinée Equatoriale ; en termes de recettes budgétaires, le pétrole représente respectivement pour ces pays 30% ?78,9%, 56%, 80%.

¹¹ M. Du Camp cité par F. Munier, in « *Géopolitique du pétrole, l'Afrique terrain de bataille* », Diploweb.com, 11 septembre 2016, p.1, consulté en ligne le 13 février 2017 sur <http://www.diploweb.com/IMG/siteon0.png?1449501430>.

commercée de la planète, le pétrole reste l'énergie majeure de début du XXI^e siècle¹². L'enjeu majeur des pays qui dispose de cette intéressante ressource consiste à maximiser leurs profits dans le cadre des contrats qu'ils signent avec les compagnies pétrolières. C'est dans cette optique que la question de l'ingénierie contractuelle dans le cadre des opérations d'exploration et d'exploitation pétrolière demeure au centre des préoccupations des gouvernants, des institutions intergouvernementales et des milieux professionnels. Cette préoccupation ne saurait laisser le milieu universitaire indifférent.

En effet, la réalisation de l'Étude Comparative du Cadre Légal et Contractuel en matière des Hydrocarbures¹³ des Pays Membres de l'APPA¹⁴, achevée le 31 Juillet 2012 est révélatrice de la volonté que manifeste ses membres à établir des cadres règlementaires incitatifs et attractifs des investisseurs étrangers dans les activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures. La conférence sur « le Contentieux extractif »¹⁵ organisée en juin 2015 ainsi que le colloque organisé en mars 2017 sur « Le règlement des litiges en matière de contrats d'État dans les industries extractives »¹⁶, ont remis au goût du jour la nécessité d'une expertise contractuelle en matière des hydrocarbures permettant aux pays

¹² C. LEBAS, dir., « Géopolitique de l'énergie : risque et enjeu pour la défense », rapport déposé au ministère français de la défense, le premier juillet 2006, p.6.

¹³ Cette étude a été intégrée dans le VII^e programme d'action de l'APPA. Elle a été achevée le 31 Juillet 2012. Elle a été réalisée d'une part par le secrétariat de l'APPA qui a procédé à la collecte et à la mise à disposition de plus de 170 textes, organisé trois réunions de restitution de l'étude et a assuré la gestion des relations avec le consultant ; d'autre part les quatre pays membres à savoir le Gabon, l'Angola, la Guinée Equatoriale et le Nigéria qui ont cofinancé cette étude à hauteur de 317 millions de FCFA ; enfin par le groupement de consultants Gide Loyrette Nouel et Macleod Dixons qui a mobilisé des compétences mondiales pour réaliser cette importante étude. Cette dernière avait pour but de promouvoir la mise en place des cadres légaux, fiscaux et contractuels les plus appropriés pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures dans les pays membres. Source : Association des Producteurs de Pétrole Africain, Communication / publication / rapport : Rapport d'Étude Comparative du cadre légal et contractuel en matière des hydrocarbures, consulté le 05 Octobre 2016. En ligne.

¹⁴ Dénommée depuis le 13 mars 2017 dernière organisation des producteurs africains (APO), l'ex association des producteurs de pétrole africains fut créée en janvier 1987 à Lagos au Nigeria par huit pays, à savoir l'Algérie, l'Angola, le Bénin, le Cameroun, le Congo, la Lybie et le Nigéria. Cette organisation compte aujourd'hui 18 membres (Afrique du Sud, Algérie, Angola, Bénin, Cameroun, Congo, RD Congo, Côte d'Ivoire, Égypte, Gabon, Ghana, Guinée Équatoriale, Libye, Mauritanie, Niger, Nigeria, Soudan, Tchad). Cette organisation intergouvernementale s'est donnée pour objectif de servir de plateforme de coopération, de collaboration, de partage des connaissances et de compétences entre les pays africains producteurs de pétrole. Alors que l'ex APPA avait pour instance suprême le conseil des ministres, dans sa nouvelle configuration, l'APO a pour instance suprême la conférence des chefs d'Etat. Depuis le mois d'avril dernier, la présidence de l'organisation est assurée par son excellence Idriss Deby Itno, président de la République du Tchad, qui a remplacé à ce poste son excellence Adama Toungara, ministre du pétrole et de l'énergie de la Cote d'Ivoire. Source : Financial Afrik du 14 mars 2017 consulté la même date sur <http://www.financialafrik.com>. Lire également La tribune Afrique du 14 mars 2017, consulté sur <http://afrique.latribune.fr>.

¹⁵ La conférence sur « le contentieux extractif » a été organisée les 8 et 9 juin 2015 sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). L'objectif de cette conférence était d'identifier les causes et les solutions aux principaux litiges de l'industrie extractive. Cet important séminaire a vu la participation d'éminents universitaires et praticiens à la réputation établie dans le secteur pétro-gazier et minier.

¹⁶ Le colloque sur « le règlement des litiges en matière de contrat d'Etat dans les industries extractives » a été organisé à l'initiative de l'Université de Rouen Normandie, en l'Honneur du professeur Emmanuel Kornprobst, le vendredi 17 mars 2017, à la faculté de Droit – Eco – Gestion de ladite Université.

producteurs de mettre en place des mécanismes de gestion surtout préventive et parfois curative de ces litiges par une bonne négociation et une excellente rédaction des contrats pétroliers.

Dans le même sillage, le séminaire organisé à Dakar, au Sénégal les 16 et 17 février 2017 s'inscrivait dans le même registre¹⁷. Il en est de même du forum de trois jours organisé à l'Université de Douala au Cameroun, à l'initiative du centre de formation et de recherche en sciences pétrolières et minières PetroMines ou de la conférence – débat organisé par toujours à Douala au Cameroun par l'institut supérieur des technologies avancée et du management (ISTAMA) sous le thème : « *Bien négocier les contrats pétrolier au Cameroun* » qui interpellaient les Etats producteurs de pétrole à la formation d'excellents négociateurs aptes à mieux défendre leurs intérêts dans l'optique de tirer le meilleur profit de leurs ressources¹⁸. Mais plus révélatrice est la session de formation organisée à Malabo, en Guinée Equatoriale sur le renforcement des capacités dans la négociation, le suivi et la mise en œuvre des contrats pétroliers et miniers¹⁹. Les intervenants exhortaient entre autres. En filigrane, ce discours soulève l'enjeu principal d'un questionnement sur le contrat pétrolier et plus globalement, sur la place du pétrole dans la société contemporaine.

Traiter de l'importance de l'or noir dans le cadre de cette thèse est un truisme, tellement il est évident que comme l'affirmait un auteur il y a plus de 40 ans, « le pétrole est le sang de notre civilisation. Sans lui, les moteurs des bateaux, des avions de guerre ou de commerce, des blindés ou des voitures particulières s'arrêtent (...). Plus de défense nationale possible, plus de travail non plus »²⁰. Dès lors, poursuit-il, « *tous les pays ont besoin de pétrole au même titre qu'un être humain a besoin d'air et chercher à en avoir le plus possible pour respirer* »²¹.

Compte tenu de la multiplicité et de la complexité des mots qui entourent le présent thème, un détour vers la clarification des concepts semble nécessaire. Car « *de même que les postulats sont, suivant une formule fameuse, la grande honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique* ».²² En guise de propos introductif et comme le suggère avec pertinence

¹⁷ Co-organisé par l'Union Internationale des Avocats et l'ordre des Avocats du Sénégal à Dakar du 16 au 17 février 2017, ce séminaire était thématique « le droit pétrolier et minier : les opérations et le règlement des litiges ».

¹⁸ Lire notamment la contribution de I. Ba, « *Les différents types de contrats d'exploration-production* », p.17. D'après l'auteur, « *pour retirer le maximum de profit de l'exploitation de leurs ressources naturelles, il est essentiel que les Etats négocient de bons contrats ; le bon contrat est celui qui permet à l'Etat de tirer le meilleur parti des ressources naturelles sans sacrifier son environnement* ».

¹⁹ Il s'agit de la session de formation CEA – CNUCED sur le renforcement des capacités dans la négociation, le suivi et la mise en œuvre des contrats miniers et pétroliers et dans l'amélioration des effets structurants du secteur extractif sur l'économie, organisée à Malabo, en Guinée Equatoriale, du 15 au 17 février 2017.

²⁰ J. Bergier, B. Thomas, *La guerre secrète du pétrole*, Editions J'ai lu, Flammarion, 1971, p. 4.

²¹ J. Bergier, B. Thomas, *La guerre secrète du pétrole*, p. 11.

²² P. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, p.9.

l'écrivain Georges Elgozy, « *il faut débiter par définir pour ne pas finir par buter* »²³. Il est ainsi pertinent de revenir sur les concepts de contrat pétrolier et de théorie du juste et de l'utile.

D'une part, L'industrie pétrolière met en scène nombre d'acteurs aux pouvoirs inégaux et aux objectifs parfois contradictoires²⁴. Ainsi, dans le cadre du pilotage des activités pétrolières et gazières, les intérêts défendus par les négociateurs sont généralement contradictoires, souvent antagonistes et rarement complémentaires. Le seul instrument légitime et pouvant départager les parties est le contrat²⁵. Le groupe de mots « contrat pétrolier » est composé du substantif « contrat » et de l'adjectif « pétrolier » qui dérive lui-même du substantif « pétrole ». Tout d'abord, la définition du contrat n'a pas été des plus stables en doctrine. Une violente controverse a opposé deux conceptions : l'une restrictive et classique²⁶, l'autre extensive et moderne, consistant selon, à qualifier de contrat les seules conventions créatrices d'une obligation au sens propre, ou à étendre cette qualification à toutes conventions constitutives d'un effet de droit, qu'il soit ou non de nature obligationnelle²⁷. Cette dernière, qui est depuis lors la mieux élaborée, la plus répandue et donc à la mode²⁸ sera celle retenue dans le cadre du présent travail. Dans cette perspective, le contrat est « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre, ou éteindre des obligations* »²⁹.

Le terme pétrolier revêt une double nature. Il peut en effet être appréhendé comme un substantif ou comme un adjectif. Saisi comme un substantif en effet, le mot pétrolier traduit d'une part tout ce qui est

²³ G. Elgozy, *L'Esprit des mots ou l'Antidictionnaire*, Paris, Denoël, 1981, p. 15.

²⁴ J.S. Lalumière et A. Richard, « Le pétrole : l'or noir du XX^e siècle », *op.cit.*

²⁵ V.S. Essaga, *Droit des hydrocarbures en Afrique*, recueil commenté des textes, préface de R. Evina Obam, L'Harmattan, Etudes Africaines, 2013, p. 15. L'auteur relève à juste titre que « la défense des intérêts des parties en général, de ceux des Etats en particuliers est une entreprise étrange. (...) La position de principe des Etats est celle de la défense des intérêts collectifs, tandis que celle de l'entreprise privée internationale revêt le manteau d'un investisseur aux intérêts personnels et extrêmement d'ordre capitalistique, donc égoïste ».

²⁶ L'approche restrictive du contrat est celle qui ressort de la définition fournie par l'article 1101 du code civil précité. En effet, en limitant la définition du contrat aux obligations de faire, de ne pas faire et de donner, le législateur exclut les effets juridiques qui n'en relèveraient pas parce qu'étant modificatifs, extinctifs ou recognitifs. Par conséquent, la convention serait tout accord constitutif d'un effet de droit et le contrat l'espèce de convention constitutive d'une ou de plusieurs obligations déterminées. L'approche extensive quant à elle appréhende le contrat comme un accord de volonté, c'est-à-dire comme une convention – destinée à produire des effets de droit, quels qu'ils soient (modificatifs, extinctifs, recognitifs, constitutifs ou translatifs).

²⁷ A. Posez, *L'inexistence du contrat, un autre regard sur sa formation*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon Assas (Paris II), 2010, pp. 45-46.

²⁸ V. notamment la définition retenue par l'ordonnance française n°2016/131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ce texte réécrit l'article 1101 du code civil français qui définit le contrat en ces termes : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

²⁹ Ordonnance n°2016/131, du 10 février 2016 portant réforme du droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ce texte est la réécriture de l'article 1101 du code civil.

relatif au pétrole³⁰ ; et, d'autre part, le navire citerne utilisé pour le transport du pétrole brut.³¹ Dans ce cas, il est alors synonyme du mot tanker qui admet la même acception. Ce terme désigne enfin une personne qui travaille dans l'industrie pétrolière³². Comme adjectif en revanche, le concept pétrolier, qui est différent de celui de pétrolifère³³ dérive du substantif pétrole. Du latin *petroleum* qui signifie l'huile de pierre, le pétrole désigne ainsi une huile minérale, un mélange d'hydrocarbures de différentes familles associées à de composés organiques³⁴, ainsi qu'à des métaux³⁵.

L'activité pétrolière a donné naissance à une industrie stratégique de pointe³⁶. Cette industrie³⁷ comporte plusieurs grandes phases qu'il est depuis lors d'opinion convenue de répartir en deux grands secteurs, le secteur Amont ou « upstream »³⁸ et le secteur aval ou « downstream »³⁹.

Le présent travail se limite au secteur pétrolier amont et ne pourra être utilisé en dehors de ce cadre. Il s'appuiera sur l'analyse des contrats pétroliers conclus pour la recherche, le développement, et l'exploitation du pétrole brut. Cette élucidation du concept de pétrole permet justement de clarifier celui plus englobant de contrat pétrolier, objet du présent travail.

Effectivement, des contrats sont signés quotidiennement entre agents de l'industrie pétrolière pour explorer, produire, transporter, raffiner et vendre du pétrole et ses dérivés⁴⁰. D'appellations variées⁴¹, la plupart des législations ont tenté de donner une définition au contrat pétrolier. La doctrine bien que peu prolix, a également essayé, autant que faire se peut, d'en faire autant. Ainsi, le législateur algérien définit le contrat pétrolier comme « *un contrat permettant de réaliser les activités de recherche et/ou d'exploitation*

³⁰ À savoir mais de manière non exhaustive, marché pétrolier, industrie pétrolière, produit pétroliers...

³¹ Deux moyens sont usités dans le cadre du transport du pétrole brut. Ainsi, par voie terrestre, le transport du pétrole brut est effectué par pipeline encore appelé oléoduc. Par voie maritime en revanche, il est acheminé par l'entremise des tankers ou pétroliers.

³² Le petit Larousse illustré 2009, 2008, p. 767.

³³ L'adjectif pétrolifère signifie toute substance ou toute zone « qui contient du pétrole ». V. Le Larousse 2009, *op.cit.*

³⁴ Oxygénés, azotés, sulfureux etc...

³⁵ J.S. Lalumière et A. Richard, « *Le pétrole : l'or noir du XXe siècle* », *op.cit.*, p. 6.

³⁶ A.L. Dikoume, La fiscalité pétrolière des Etats membres de la CEMAC : Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad, Centrafrique, L'Harmattan, 2008, p. 16.

³⁷ L'industrie pétrolière traite de la chaîne industrielle du pétrole, du gisement jusqu'au consommateur.

³⁸ Le secteur pétrolier amont, il regroupe l'ensemble des activités qu'il est admis d'appeler opérations pétrolières. Il s'agit notamment des activités d'exploration, de développement, d'exploitation et de transport du pétrole brut. Même si la définition qu'offre le législateur diffère quelque peu de celle fournie par la pratique contractuelle, tous conviennent d'exclure de ce champ les activités de raffinage, de stockage et de distribution des produits pétroliers qui ressortissent du secteur pétrolier aval.

³⁹ Le secteur aval intègre l'ensemble des activités relatives au raffinage des Hydrocarbures, le stockage, la distribution, les importations, les exportations et le contrôle des produits pétroliers.

⁴⁰ J. Mora Contreras, « *Contrats d'exploration et de production de pétrole : les contrats d'amodiation de pétrole et de gaz* », Encyclopédie de l'énergie, mai 2016, p. 1.

⁴¹ Le code tunisien le dénomme « convention particulière ». V. art. 2-m.

des hydrocarbures »⁴². Il en va de même des législateurs équato-guinéen⁴³, ivoirien⁴⁴, camerounais⁴⁵ et ghanéen⁴⁶. Il en ressort que toutes ces définitions ne paraissent pas rendre compte de la notion de contrat pétrolier. C'est pourquoi un détour vers la doctrine semble nécessaire.

La doctrine juridique pétrolière n'est pas prolixe sur la définition du contrat pétrolier. Cela paraît normal, étant donné que cette doctrine se caractérise par sa précarité. Toutefois, quelques définitions ont pu être dégagées, même si elles ne s'éloignent pas tellement de celles fournies par les législations évoquées, H. Leleuch par exemple, traitant de l'apport de l'analyse économique dans les cas de renégociation d'un contrat extractif, définit ce dernier comme « *un contrat d'exploration et d'exploitation des ressources d'hydrocarbures conclu en conformité avec la législation applicable, par lequel des droits exclusifs sont octroyés à une compagnie ou un consortium de compagnies portant sur une ou des substances minérales fossiles susceptibles d'être extraites dans une zone définie* »⁴⁷. Pour Angelier, un contrat pétrolier a pour objet de définir avec précision le partage des risques associés à l'exploration, au développement et à l'exploitation pétrolière, et de fixer sans conteste les rémunérations découlant de ces activités⁴⁸. En synthèse, le contrat pétrolier est un accord de volontés entre l'Etat et une société pétrolière en vue d'effectuer à titre exclusif les opérations de recherche, de développement et d'exploitation du pétrole brut tout en définissant les règles de partage de risques ainsi que celle du partage de la rente pétrolière.

⁴² Cf. Art. 5 de la Loi n°05-07 du 19 Rabie El Aouel 1426 correspondant au 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures et applicable en Algérie. Pour une définition similaire, lire l'art.2-m du code tunisien des hydrocarbures.

⁴³ Pour le législateur équato-guinéen justement, il s'agit de tout accord entre l'État et un entrepreneur qui autorise la réalisation d'opérations pétrolières. Cette définition est très large, car elle intègre les opérations de prospection dans le champ du contrat pétrolier, ce qui paraît inconcevable.

⁴⁴ Le code pétrolier ivoirien quant à lui saisit le contrat pétrolier comme « tout contrat conclu par l'État avec une ou des sociétés pétrolières pour effectuer à titre exclusif la recherche et l'exploitation des hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini. Cette définition pêche par son étroitesse car le contrat pétrolier recouvre les domaines qui vont bien au-delà des simples opérations de recherche et d'exploitation des hydrocarbures.

⁴⁵ Allant dans le même sens mais un peu différemment, le législateur camerounais appréhende le contrat pétrolier comme un « *contrat de Concession, contrat de partage de production ou contrat de services à risques, conclu entre l'Etat et un titulaire pour effectuer, à titre exclusif, la recherche et l'exploitation des hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini* ». Cette définition a justement l'avantage de présenter les différents types de contrats pétroliers usuels dans l'industrie pétrolière dans la plupart des pays membres de l'APPO.

⁴⁶ En effet, conformément aux dispositions de l'art. 33 du petroleum (exploration and production) law, 1984, « petroleum agreements means an agreement entered into between the Republic, the corporation and a contractor pursuant to subsection (4) of section 5 of this law for the exploration, development and production of petroleum by the corporation in association with the contractor ».

⁴⁷ H. Leleuch, « *Analyse économique et renégociation des contrats extractifs* », in *Le contentieux extractif*, Chambre de commerce internationale, 2015, p. 30.

⁴⁸ J.P. Angelier, *L'évolution des relations contractuelles dans le domaine pétrolier*, Liaison énergie francophonie, 2008, p. 1.

Dès lors, dans l'histoire de l'industrie pétrolière, plusieurs types de contrats ont été utilisés par les acteurs de ce secteur d'activité. Il s'agit en l'occurrence du contrat de concession⁴⁹, du contrat de partage de production⁵⁰, du contrat de service⁵¹, du contrat de coentreprises techniquement appelés joint-ventures ou contrat d'association⁵², du contrat de partage des bénéfices, du contrat d'alliance stratégique, du contrat d'amodiation de pétrole et de gaz naturel ou bail etc⁵³. Cependant, même si tous ces types de contrats sont encore utilisés dans ce secteur, les trois premiers ont été privilégiés pour produire du pétrole dans le monde⁵⁴.

D'autre part, la théorie du juste et de l'utile est une théorie qui postule que le contrat ne peut être étudié sans être situé au regard de l'utilité sociale et de la justice, entre lesquelles existent d'ailleurs des liens incontestables, puisque l'un et l'autre concourent à l'intérêt général, c'est-à-dire à l'harmonie du corps social,

⁴⁹ La concession est le premier type de contrat unissant firmes et États en vue de l'exploitation du pétrole. Elle s'est imposée de manière exclusive depuis la naissance industrielle du pétrole en Amérique du nord, au début des années 1870, jusqu'à la seconde guerre mondiale. Dans un contrat de concession pétrolière, l'État transfère à titre exclusif au concessionnaire la propriété des ressources contenues dans le sous-sol et le droit de les exploiter. En contrepartie, il perçoit une redevance appelée royalty et un impôt sur les bénéfices déclarés par le concessionnaire. Ce dernier assume le risque minier et en cas de découverte, exploite à sa guise le pétrole dont il est propriétaire.

⁵⁰ Le contrat de partage de production fait son apparition en 1966, en Indonésie, contrat qui s'impose comme principale alternative à la concession. Dans ce nouveau cadre, l'état reste propriétaire des hydrocarbures contenus dans le sous-sol. Le contractant étranger engage les travaux d'exploration, de développement et de production. S'il y a production commerciale, le contractant est remboursé de ses dépenses par une partie du pétrole produit, le cost oil. Le reste du pétrole, le profit oil, est réparti (dans des proportions variables selon les circonstances) entre la firme contractante et l'entreprise pétrolière publique du pays. Dans ce cadre, la firme pétrolière étrangère assume le risque minier, comme dans la concession, et l'état récupère une plus grande part de la rente. Il s'agit d'un contrat qui accorde une place prépondérante à l'intervention de l'Etat dans ses deux rôles d'autorité concédante et de partenaire actif par l'intermédiaire de sa société nationale, et ce, en application notamment des recommandations de l'ONU (Organisation des Nations Unies) et de l'OPEP (Organisation des Pays Exportateurs du Pétrole).

⁵¹ Le contrat de service à risques est le troisième type de contrat fortement usité dans l'industrie d'exploration-exploitation pétrolière. Le nouveau code pétrolier camerounais le définit comme un « *contrat pétrolier attaché à une autorisation exclusive de recherche, et s'il y a lieu, à une autorisation exclusive d'exploitation, en vertu duquel le titulaire assume la conduite et le financement des opérations pétrolières et reçoit une rémunération en espèces. Ne constitue pas un contrat de services à risques au sens du présent code, un contrat de prestations de services qui ne confère pas l'exercice des droits exclusifs de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures* ». Ce modèle contractuel est fondé sur un mécanisme classique connu des contrats d'entreprise, à savoir la rémunération d'une compagnie pétrolière pour les services rendus dans le cadre contractuel.

⁵² Le contrat d'association est également un type d'accord actuellement populaire dans l'industrie pétrolière. Toutefois, il ne s'agit pas d'un contrat pétrolier au sens strict du terme. En revanche, son apparition est aussi récente que celle du contrat de partage de production. En effet, Dès la seconde moitié du 20ème siècle, les Etats producteurs de pétrole ont cherché à reprendre le contrôle de leurs richesses naturelles à travers un processus de nationalisation des sociétés concessionnaires, un processus qui était tantôt brutal tantôt progressif dans le temps. C'est ainsi qu'à partir de 1956, la plupart de ces Etats se sont associés, à des groupes pétroliers privés, souvent étrangers, en vue de bénéficier de leurs concours financiers et technologiques.

⁵³ J. Mora Contreras, « *Contrats d'exploration et de production de pétrole : les contrats d'amodiation de pétrole et de gaz* », *op.cit.*, p. 2.

⁵⁴ *Ibid.*

dont l'aménagement institutionnel des échanges contractuels est l'un des principaux instruments⁵⁵. Car « *Il est permis de penser que l'utile et le juste sont bien les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat et qu'ils permettent, non sans difficulté d'ailleurs, une classification des règles essentielles du contrat autour d'une notion d'ordre public de direction et d'ordre public de protection...* »⁵⁶. Cette approche théorique cadre bien avec la logique du contrat pétrolier. Dans cette perspective, il est permis de poser la question suivante : Peut-on appréhender le contrat pétrolier sous le prisme de la théorie du juste et de l'utile ? L'hypothèse retenue dans le cadre du présent travail réside dans une réponse nuancée. En effet, même si la théorie du juste et de l'utile permet, au regard de l'analyse de son contenu, une bonne compréhension du contrat pétrolier au regard de la complexité du contrat du contrat pétrolier (I), elle est limitée dans son principe et au regard de la complexité du contrat pétrolier (II).

I- L'APPRÉHENSION DU CONTRAT PÉTROLIER SOUS LE PRISME DU CONTENU DE LA THÉORIE DU JUSTE ET DE L'UTILE

La théorie du juste et de l'utile est une théorie juridique réactionnaire du droit des obligations créées par une partie de la doctrine contre la théorie de l'autonomie de la volonté. Jacques Ghestin constitue sans nul doute la figure dominante de cette doctrine dont l'apport dans l'analyse du contrat pétrolier passe par l'examen de sa quintessence (A) et de sa portée (B).

A- La quintessence de la théorie du juste et de l'utile

Selon J. Ghestin le principe de l'autonomie de la volonté ou de la liberté contractuelle qui constituait, selon la conception classique, la philosophie de base du contrat, n'occupe plus aujourd'hui la même place dans le droit positif. C'est pourquoi après avoir fait cette constatation, il recherche quels sont les nouveaux principes directeurs qui gouvernent le droit positif contemporain des contrats, et qui en constituent la philosophie nouvelle. Pour lui en effet, traditionnellement, le contrat tirerait sa force obligatoire de "l'autonomie de la volonté". L'autonomie est une théorie classique du droit civil qui se définit comme : "théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme face à celle du législateur est apte à se donner sa propre loi ; d'où l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation de contracter et celle de l'interprétation du contrat". Cette conception de la volonté entendue comme un pouvoir concurrent la loi semble être écartée aujourd'hui. Il n'existe plus qu'un certain degré de liberté contractuelle. Le contrat tire

⁵⁵ J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique ». In: *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives. pp. 81-100; doi : <https://doi.org/10.3406/rei.2000.1039> https://www.persee.fr/doc/rei_0154-3229_2000_num_92_1_1039, consulté le 18 Novemvre 2021.

⁵⁶ J.-F. Perrin, « Une approche socio-juridique de la théorie générale du contrat civil », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1994/2 (Volume 33), p. 37-57. DOI : 10.3917/riej.033.0037. URL : <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-1994-2-page-37.htm>, consulté le 24 mai 2021.

sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner lorsqu'il est utile c'est-à-dire lorsqu'il remplit un rôle économique (1) et à la condition qu'il soit juste, c'est-à-dire lorsqu'il respecte l'ordre public (2).

1- La justice contractuelle

Si la rationalité économique repose sur l'impératif instrumental d'efficacité, la rationalité juridique s'appuie davantage sur l'impératif fondamental de justice⁵⁷. Ainsi, l'efficacité d'un système ou d'une norme juridique devrait s'apprécier non en considération de sa rentabilité économique, mais de son aptitude à trouver des solutions justes⁵⁸. La justice comme une fin essentielle du droit remonterait, il y a plus de 23 siècles, à la philosophie morale aristotélicienne, suivie par le thomisme au Moyen Âge⁵⁹. C'est dans le même ordre d'idées que Philippe Rémy rappelle que « la fin du droit civil n'est pas l'Égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social, mais simplement la justice »⁶⁰.

La thèse de la justice comme fin essentielle du droit sera ensuite transposée en matières contractuelle avec un niveau de discours variant selon les auteurs. Si d'aucuns considèrent, à la suite d'Aristote, que la justice constitue le « seul principe absolu »⁶¹ des contrats, voire la fin vers laquelle doit tendre le droit des contrats,⁶² d'autres estiment qu'elle serait seulement l'une de ses finalités⁶³. Quoi qu'il en soit, la justice contractuelle n'est pas formellement érigée en principe directeur du droit positif des contrats⁶⁴.

⁵⁷ Guy Rocher, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », 2001, 42:3 C de D 873 à la p. 882 :

⁵⁸ Ainsi que l'observe une auteure : « *Après tout, le droit se nourrit du fait, qu'il soit économique ou social, et la recherche d'efficacité ne peut qu'enrichir le raisonnement. Mais l'on peut craindre que la recherche d'efficacité ne soit détournée de cet objectif et perde de vue le juste en privilégiant l'utile. En témoigne la mise en concurrence des ordres juridiques fondée, non pas sur leur aptitude à fournir une solution juste, un rapport équilibré entre les individus, mais bien sur leur capacité à faciliter l'activité économique [...] comment ne pas devenir sceptique sur la transformation du rôle de l'efficacité, de simple élément d'appréciation dans la recherche du juste en critère décisif de décision ravalant le droit à un outil de gestion financière?* » G. Chantepie, « L'efficacité attendue du contrat » (2010) 1 *Revue des contrats*, N° 347, 2010, p. 129.

⁵⁹ M. Villey, « Préface historique » dans *Archives de philosophie du droit*, t 26, *L'utile et le juste*, Paris, Sirey, 1981, p.9.

⁶⁰ P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître? » 1986, 32, *RD McGill*, pp. 152-153.

⁶¹ « En matières de contrats, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice » : Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912, p. 387.

⁶² F. Chénéde, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », 2012, 4, *Droit et philosophie* : Annuaire de l'Institut Michel Villey, pp. 155-170.

⁶³ J. Ghestin, « L'évolution du droit français des contrats et l'économie » dans Deffains, *supra* note 73, pp. 213-218.

⁶⁴ Cela se justifie, notamment, par le fait que le déséquilibre contractuel ou la lésion ne sont pas, en principe, une cause de nullité et que le droit des contrats d'essence volontariste, étant donné l'impossible équivalence mathématique des prestations, repose, par réalisme, sur une conception subjective de la valeur de la prestation. La doctrine civiliste considère toutefois que la justice est l'un des principes directeurs du droit des contrats, au même titre que ceux de liberté et d'utilité avec lesquels il doit se concilier : J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat, t 1 : Le contrat — Le consentement*, 4^e éd, Paris, LGDJ, 2013, pp 134, 141 et 175.

A la suite de Mekki⁶⁵, Bélanger et Fokou⁶⁶ soutiennent que la justice contractuelle se décline aussi bien sous la forme d'une justice procédurale que d'une justice substantielle. La première est une conception déontologique et abstraite qui renvoie à la justice distributive, c'est-à-dire à l'Égalité ou à l'équilibre des rapports entre contractants, ce que la doctrine rawlsienne appelle « Égalité des chances ». La seconde est une conception téléologique, conséquentialiste et concrète qui renvoie à la justice commutative, c'est-à-dire à l'équilibre des prestations ou à l'équité dans les termes de l'« échange ». Pour ces auteurs en effet, la justice procédurale - appelée justice formelle ou justice de moyen - a une portée préventive. Elle prévaut dans le processus de formation et d'exécution du contrat, et renvoie au respect des « règles du jeu contractuel ». Elle se traduit par le respect, en amont de la « procédure de formation du contrat », c'est-à-dire de ses conditions de conclusion ou de validité : respect de l'ordre public, intégrité du consentement, capacité des parties, loyauté dans la négociation, etc., et en aval de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des parties. Ici, le législateur fixe le cadre et offre aux parties des garanties de conclusion et d'exécution de conventions présumées justes. La justice procédurale, en matière contractuelle, s'articule donc essentiellement autour du respect de l'ordre public, de la liberté du consentement et de la bonne foi⁶⁷.

La justice substantielle - justice de résultat ou justice-finalité - a quant à elle, une portée curative et relève de la compétence du juge, entendue lato sensu. Elle s'applique, notamment, en cas de défaillance de la justice procédurale, c'est-à-dire en cas de non-respect des règles ou de dérèglement du jeu contractuel, et renvoie à l'équité en tant qu'idéal qui doit prévaloir dans l'exécution des prestations. Elle se traduit par l'exigence que chaque partie au contrat reçoive au moins l'équivalent de ce qu'elle donne. C'est la justice commutative ou correctrice qui, selon la philosophie aristotélicienne, régit les échanges d'après le principe de l'Égalité arithmétique, par opposition à la justice distributive *suum cuique tribuere* ou *jedem das seine*, fondée sur une Égalité géométrique, les capacités de l'individu en société⁶⁸.

2- L'utilité contractuelle

Pour Ghestin, au-delà de la dimension du juste, le contrat doit être utile. L'utilité s'entend dans le sens d'intérêt général. Le contrat a une utilité sociale. Il s'avère l'instrument par excellence pour effectuer les échanges de biens et de services entre les personnes. Cet instrument est indispensable à la vie en

⁶⁵ M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *Revue des contrats*, N° 383, 2010, p. 312.

⁶⁶ E. Fokou et A. Bélanger, « Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », *Revue générale du droit*, N° 49, 2019, p. 39.

⁶⁷ E. Fokou et A. Bélanger, « Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », *op.cit.*, p. 40.

⁶⁸ *Idem*, pp. 42-43.

société⁶⁹. Le citoyen ne vit ni en ermite, ni en solitaire. Il a nécessairement besoin de l'activité de ses pairs et de mécanismes juridiques pour assurer sa croissance.

Le contrat a donc une utilité sociale certaine, et c'est à ce titre que le législateur le sanctionne et qu'il intervient pour contrôler les abus qu'il peut engendrer. Notons toutefois que, pour Ghestin, le contrat doit être validé malgré l'absence d'utilité particulière pour le contractant. En conséquence, il est utile et nécessaire pour le législateur d'attribuer des effets juridiques à l'accord de volonté. Le législateur leur délègue une partie de son pouvoir, afin qu'ils puissent régler avec un maximum de liberté leurs agissements et créer des droits et des obligations par le contrat. L'autonomie de la volonté est en ce sens indissociable de la liberté contractuelle, ce qui ne veut pas dire qu'elle soit sans limite⁷⁰.

L'activité économique repose en effet sur la confiance du créancier. La force obligatoire du contrat correspond au respect d'une règle morale de base : le respect de la parole donnée. D'autre part, parce que le contrat est conclu par un accord des volontés, il est équitable par nature. L'utile et le juste apparaissent donc comme les principes fondamentaux de la théorie générale des contrats, cependant l'accord des volontés reste le critère du contrat. L'auteur propose ainsi la substitution d'un nouveau fondement à l'obligation contractuelle. Tout en maintenant la volonté comme critère de reconnaissance du contrat, il propose un nouveau fondement à l'effet obligatoire du contrat : « Le fondement de la force obligatoire reconnue au contrat par le droit objectif se déduit de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle. »⁷¹ L'autonomie de la volonté laisse la place à l'utile et au juste⁷². Le contrat doit non seulement être utile, il doit également être juste. Car comme l'affirmait Fouillée, « qui dit contractuel dit juste »⁷³.

Il existe, en effet, plusieurs sortes de justice. La justice distributive est celle qui consiste à remettre à chacun la part qui lui revient. L'accent est mis sur l'Égalité qui devrait régner entre tous les sujets. La réalité est tout autre, et il est utopique de croire que les inégalités peuvent disparaître en totalité. Le législateur tente toutefois d'y parvenir en créant diverses catégories de personnes et de biens ayant des traitements juridiques qui leur sont propres.

Certaines dispositions d'ordre public de protection contribuent à ce titre à assurer une certaine justice distributive. Ghestin nous indique cependant que c'est plutôt dans le sens de justice commutative que l'on

⁶⁹ B. Lefebvre, « La justice contractuelle : mythe ou réalité ? », *Les Cahiers de droit*, volume 37 numéro 1, 1996, p. 21, consulté en ligne le 11 Aout 2021.

⁷⁰ J. Ghestin, « La notion de contrat », *Dalloz*, vol. 2, 1990, chron. 27, p. 149.

⁷¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil - La formation du contrat - Tome 1, Le contrat - Le consentement*, Collection Traités, 2013, (4^{ème} édition).

⁷² J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil - La formation du contrat - Tome 1, Le contrat - Le consentement*, Collection Traités, 2013 (4^{ème} édition)

⁷³ A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.

entend le juste dans le contrat. C'est en vertu de la justice commutative que chaque partie doit recevoir une contrepartie qui équivaut à ce qu'elle donne. Il nous semble encore une fois que le contrat doit servir à équilibrer les obligations des parties.

A l'instar d'Emmanuel Gounot, le professeur Ghestin est animé par le souci de formuler une présentation du droit qui soit à la fois cohérente et conforme à la réalité du droit positif. Aussi il fut conduit comme son prédécesseur à remettre en question le principe de l'autonomie de la volonté sans pour autant nier l'importance de la volonté dans le contrat, à la différence de Georges Rouhette. Le contrat est alors un subtil compromis entre objectivisme et subjectivisme. Mais à la différence d'Emmanuel Gounot, Jacques Ghestin organise les rapports entre ces différentes influences. Pour ce faire, l'auteur établit une distinction fondamentale entre le critère du contrat et le fondement de l'obligation : tandis que la volonté demeure le critère du contrat⁷⁴, le fondement de la force obligatoire réside dans l'utile et le juste⁷⁵. Il s'ensuit alors naturellement que la volonté porte exclusivement sur le principe du contrat et non pas sur la totalité de son contenu.

En fait, souligne J. Ghestin, il est peu réaliste de considérer les règles de la société comme des entraves à la liberté individuelle, puisque c'est au sein de celle-ci et en fonction d'elle, que se créent et se développent les situations juridiques. D'ailleurs, dit-il, la doctrine s'accorde pour reconnaître que les droits subjectifs ont pour seule origine le droit objectif. En pratique, en effet, les individus n'ont pas d'autres droits que ceux qui leur sont accordés par les règles juridiques objectives. Nul ne peut, dit-il, invoquer devant les tribunaux un droit qui ne serait pas consacré par le droit objectif. C'est notamment, précise-t-il, parce que les volontés individuelles se sont exprimées conformément aux exigences légales, que le contrat aura force obligatoire. J. Ghestin en conclut que celle-ci trouve son fondement dans le droit objectif et non dans l'expression de la volonté des parties, même si cette dernière conserve un rôle important dans le contrat⁷⁶.

J. Ghestin souligne en effet que la primauté du droit objectif ne fait pas obstacle au rôle de la volonté comme instrument privilégié d'échange entre les individus. Le droit objectif constitue en effet le cadre juridique normal dans lequel doivent s'exercer la liberté et la responsabilité des individus. Ces initiatives individuelles n'auront cependant force obligatoire que dans la mesure où elles respectent les règles du droit objectif. J. Ghestin ajoute par ailleurs que la mission du droit objectif est la recherche fondamentale de la justice, le rôle du législateur et des tribunaux étant en effet de chercher à faire régner la bonne foi, la loyauté

⁷⁴ D. Galbois Lehalle, *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, LGDJ, Lextenso, 2020, p.123

⁷⁵ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil - La formation du contrat - Tome 1 Le contrat - Le consentement*, Collection Traités 2013 4^{ème} édition, p. 72.

⁷⁶ L. Perret, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle ». *Revue générale de droit*, 1980, 11(2), p. 540. Consulté sur <https://doi.org/10.7202/1059451ar>, le 21 février 2019.

et l'équité dans les rapports contractuels. Dans cette perspective, le droit objectif contemporain qui a multiplié en ce sens les règles d'ordre public, notamment dans le domaine de la protection des consommateurs, n'apparaît plus comme une entrave à la liberté individuelle, mais plutôt comme une source de justice, qui doit imprégner tout le droit positif⁷⁷.

Dans cette optique qui est aux antipodes de la philosophie libérale du XIX^e siècle, le contrat apparaît davantage comme un instrument d'échange entre les hommes, subordonné au droit positif dont la mission est d'assurer la justice, que comme instrument de la volonté autonome⁷⁸. Dès lors, dans la théorie du juste et de l'utile, la force obligatoire du contrat ne trouve pas seulement sa source dans la rencontre libre et éclairée des consentements des contractants, il doit être utile et juste et donc conforme à l'ordre public. Par conséquent le juge a le pouvoir de rétablir l'équilibre d'un contrat.

Les partisans de cette doctrine établissent une ferme distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Il reste évident que malgré les efforts de la doctrine ainsi que ceux du législateur, « *la notion d'ordre public demeure vague, floue et difficile à définir en des termes précis* »⁷⁹. Certaines questions se posent toujours relativement à la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, entre l'ordre public économique et l'ordre public politique et social, ainsi qu'au sujet des sanctions applicables en cas de violation d'une disposition d'ordre public en vigueur au moment de la formation du contrat ou d'une disposition qui prend effet alors que le contrat est déjà formé et en cours d'exécution. Les nouvelles dispositions traitant de l'ordre public, malgré leur multiplication et leur précision, n'apportent pas de réponses claires quant à leur applicabilité rétroactive, quant aux effets particuliers qu'engendre la nullité absolue qui frappe un contrat fait en violation de ces dispositions, ni quant aux conditions de la validité d'une renonciation à une règle d'ordre public. La doctrine et les tribunaux conservent leur rôle traditionnel, leur intervention étant toujours requise pour clarifier certaines ambiguïtés persistantes et pour répondre à certaines interrogations qui surgissent dans des situations tout à fait exceptionnelles et imprévisibles⁸⁰.

La notion d'ordre public revêt plusieurs aspects dont il est difficile de circonscrire les contours. En fait, l'ordre public tire sa source des lois qui en traitent expressément ou implicitement ; autrement, c'est le tribunal qui se prononce sur le caractère d'ordre public d'une disposition quelconque. La distinction se fait entre l'ordre public politique qui protège les institutions telles l'administration de la justice, les lois

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ L. Perret, « *Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle* ». *Revue générale de droit*, 1980, 11(2), p. 540. Consulté sur <https://doi.org/10.7202/1059451ar>, le 21 février 2019, *op.cit.*

⁷⁹ V. Karim, « *L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation* ». *Les Cahiers de droit*, 40(2), 1999, P. 413, consulté sur <https://doi.org/10.7202/043548ar>, le 21 février 2020 à 20h.

⁸⁰ *Idem.*

d'organisation de l'Etat et des corporations professionnelles, ainsi que la famille, et l'ordre public économique qui s'applique à l'échange de biens et de services. L'ordre public est qualifié de direction lorsqu'il sert à promouvoir une direction politique ou économique déterminée. On le dira de protection quand son but principal est de protéger l'individu⁸¹.

B- La portée de la théorie du juste et de l'utile dans l'appréhension du contrat pétrolier

La théorie du juste et de l'utile postule que la force obligatoire du contrat ne trouve pas seulement sa source dans la rencontre libre et éclairée des consentements des contractants, il doit être utile et juste et donc conforme à l'ordre public⁸².

Ainsi, L'évolution du rôle de l'État et le développement considérable de l'ordre public économique et social ont amené à distinguer, sur ce terrain, entre l'ordre public de direction et de protection. Celui-ci vise à la protection de catégories de contractants se trouvant dans une position d'infériorité telle que l'exercice de leur volonté ne garantit plus la justice contractuelle, par exemple les salariés⁸³.

En revanche, l'ordre public de direction ne vise pas à protéger une catégorie de personnes, mais à imposer une certaine conception de l'intérêt général, de l'utilité publique, par exemple la réglementation des changes ou de la monnaie nationale. Ainsi, les règles de l'ordre public économique et social pourraient être rattachées à l'utile (1) lorsqu'il s'agit de direction, et au juste (2), lorsqu'il s'agit de protection⁸⁴.

1- La portée de l'utilité contractuelle dans le contrat pétrolier

Demogue institue, l'utilité sociale comme étant le véritable élément constitutif du contrat. Pour lui, les contrats se définissent comme étant non « *pas des produits de la libre volonté, mais des moyens pour atteindre dans la liberté, avec la variété qu'elle comporte des buts d'utilité sociale* »⁸⁵. Pour lui, l'utilité sociale pourrait être identifiée à l'intérêt général, car il les confond parfois. Cependant, elle illustre davantage cette idée que le contrat doit absolument satisfaire les nécessités pratiques. Les rapports

⁸¹ V.Karim, « *L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation* ». *Les Cahiers de droit*, 40(2), 1999, P. 413, consulté sur <https://doi.org/10.7202/043548ar>, le 21 février 2020 à 20h.

⁸² D'une manière générale, le concept d'ordre public traduit une vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et juridique. Son contenu varie évidemment du tout au tout selon les régimes politiques. À l'ordre public s'opposent, d'un point de vue dialectique, les libertés individuelles dites publiques ou fondamentales et spécialement la liberté de se déplacer, l'inviolabilité du domicile, les libertés de pensée et d'exprimer sa pensée. V. dans ce sens S. Guinchard T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, *op.cit.*, P. 1454.

⁸³ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M Serinet., *La formation du contrat*, nov. 2013, LGDJ, 9782275051765.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

contractuels doivent, de ce fait, apparaître équilibrés⁸⁶, et ce dans le but de participer à l'harmonique développement des forces sociales. C'est alors un moyen de réaliser l'utile, sans se départir de l'idée du juste⁸⁷.

Dans cette perspective, le contrat pétrolier est un contrat utile par excellence. D'une part, il poursuit les buts d'utilité sociale dans la mesure où il intègre les aspects du local content. D'autre part, le contrat pétrolier satisfait aux nécessités pratiques, cherche permanentement établir l'équilibre de fait entre l'État hôte et la compagnie pétrolière. C'est une expression du dialogisme dans le contrat pétrolier.

2- La portée de la justice contractuelle dans le contrat pétrolier

Le juste ici peut être assimilé à la philosophie utilitariste de Bentham⁸⁸, qui pose le principe fondamental suivant : « Chercher le bonheur du plus grand nombre en identifiant toujours l'intérêt de l'individu à l'intérêt universel »⁸⁹. Cette vocation de justice est perceptible dans si non tous les contrats pétroliers négociés et signés au sein des États membres de l'APPO, du moins dans la plupart d'entre eux. Elle s'inscrit dès lors dans ce qu'il est convenu d'appeler le contenu local ou local content en anglais, thème qui a déjà fait l'objet d'importants développements dans le cadre des présents travaux.

En effet, les obligations en matière de contenu local sont présentes dans les contrats d'exploitation pétrolières des États membres de l'APPO. Les exigences en matière de local content incluses dans les contrats visent à assurer que les citoyens des pays d'accueil bénéficient d'un

⁸⁶ Sur l'importance de l'équilibre, cf. « La notion de contrat », « La notion de contrat », in *Randuv Jubilejni Pamatnik*, Redigoval Dr. Jan Krcmar, V.Praze, 1934, p. 37 ; Id., « De la classification des sources des obligations », in *Etudes offertes à Giampietro Chironi*, Fratelli Bocca, Rome, 1915, p. 105. : « Car à mesure qu'un monopole s'affirme plus net, on est obligé de constater que ce qui faisait la caractéristique du contrat, c'est-à-dire cet équilibre entre les intérêts opposés, s'atténue. »

⁸⁷ Cf., pour une étude complète, *L'utile et le juste*, Arch. Philo. Droit., tome 26, Sirey, Paris, 1981 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, coll. du Laboratoire de Théorie juridique, 1994, spéc. p. 43 pour le fondement moral (le juste) et p. 47 pour le fondement économique (l'utile). Pour une critique contemporaine, voir J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op.cit.*, n° 119, p. 80 (L'utile et le juste dans les contrats. Le solidarisme contractuel).

⁸⁸ Même s'il s'est reproché de l'avoir mal désigné, Bentham a placé le principe d'utilité au cœur de sa philosophie, qu'il a lui-même qualifiée d'utilitarisme, signifiant par là une doctrine qui établit que la seule fin propre que doivent viser le moraliste et le législateur, c'est « le plus grand bonheur du plus grand nombre », tandis que le seul moyen actuel par lequel on peut inciter un individu à œuvrer conformément à ce principe est le bonheur de ce même individu.

⁸⁹ J.S. Mill, *L'utilitarisme*, 4^e éd., 1871, Flammarion, Paris, 1988, p. 41, cité par I. Dhainaut, in « Demogue et le droit des contrats », *op.cit.*, p. 17.

emploi⁹⁰ et d'une formation⁹¹, et que les entreprises locales obtiennent des contrats d'approvisionnement. Ces derniers sont notamment signés dans le cadre de la sous-traitance. Cette

⁹⁰ Dans le contrat de partage de production signé le 06 septembre 2019 entre la République du Tchad et la société Ewaah Investors Limited, l'article 25 oblige le contractant de l'État à assurer la formation et le recrutement du personnel tchadien. Selon cette stipulation, avant le 31 octobre de chaque année, le Contractant présente à l'Etat pour l'Année Civile suivante: d'une part un programme de recrutement, par niveau de responsabilité, du personnel de nationalité tchadienne ; d'autre part un programme détaillé de formation, par niveau de responsabilité, du personnel de nationalité tchadienne employé par le Contractant, indiquant les budgets qui y sont affectés. Dès lors poursuit la stipulation, sauf accord contraire des deux parties, les budgets annuels consacrés à la formation seront au maximum de cent mille Dollars pour l'Autorisation Exclusive de Recherche. Ce montant sera porté, pendant la période d'Exploitation, à un pour cent de la masse salariale (hors prime et avantages) de l'Opérateur versée au titre des Opérations Pétrolières relatives à cette autorisation et portée dans les Coûts Pétroliers y relatifs. Aussi, L'Etat dispose d'un délai de trente Jours pour se prononcer sur les programmes mentionnés au Paragraphe 25.9.1. En cas de rejet desdits programmes, l'Etat doit motiver sa décision. A l'expiration du délai de trente (30) Jours susmentionné, le silence gardé par l'Etat sur les programmes de recrutement et de formation présentés par le Contractant vaut approbation desdits programmes. Aussi, selon les stipulations de l'article 25.9.3, au plus tard dans les quatre-vingt dix (90) Jours qui suivent la fin de l'Année Civile, le Contractant présente à l'Etat, pour l'Année Civile écoulée: (a) un rapport sur les recrutements de personnel de nationalité tchadienne, par niveau de responsabilité. Le Contractant justifie les éventuels écarts avec le programme de recrutement approuvé conformément aux stipulations du Paragraphe 25.9.2 ; (b) un rapport indiquant, par niveau de responsabilité, la nature et les coûts de formation dont a bénéficié le personnel de nationalité tchadienne employé par le Contractant. Le Contractant justifie les éventuels écarts avec le programme de formation approuvé conformément aux stipulations du Paragraphe 25.9.2. Par ailleurs, selon les stipulations de l'article 25.9.4, en cas de non respect par le Contractant du programme de recrutement approuvé conformément aux stipulations du Paragraphe 25.9.2, le Ministre chargé des Hydrocarbures lui adresse une mise en demeure de s'y conformer dans un délai qui ne peut être inférieur à soixante (60) Jours. Si à l'expiration des délais impartis, la mise en demeure n'est pas suivie d'effets, sauf motif légitime (y compris le cas où le Contractant peut démontrer qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour recruter du personnel tchadien), le Contractant encourt une sanction financière dont le montant est égal à cinq (5) fois le salaire annuel du personnel dont le recrutement était approuvé mais qui n'a pas été embauché. En outre, selon les stipulations de l'article 25.9.5, en cas de non respect par le Contractant du programme de formation de son personnel de nationalité tchadienne approuvé par l'Etat conformément aux stipulations du Paragraphe 25.9.2, le Ministre chargé des Hydrocarbures lui adresse une mise en demeure de réaliser le programme litigieux pendant l'Année Civile en cours, en sus du programme de formation de cette même année. Si à l'expiration de l'Année Civile en cours, l'ensemble des obligations de formation à la charge du Contractant pour ladite Année Civile n'a pas été respectée, y compris celles afférentes au programme de formation litigieux, le Contractant encourt une sanction financière dont le montant est égal à cinq (5) fois les coûts des formations approuvées et non effectuées. Enfin, selon les stipulations de l'article 25.9.6, les dépenses supportées par le Contractant en application des stipulations du Paragraphe 25.9 constituent des Coûts Pétroliers récupérables.

⁹¹ L'article 44 du contrat de partage de production signé le 06 septembre 2019 entre la République du Tchad et la société Ewaah Investors Limited traite justement des engagements liés à la formation des agents du ministère chargé des hydrocarbures et à la promotion de l'emploi. Selon l'alinéa 1 de cette stipulation, le Contractant contribuera à la formation, au perfectionnement et aux équipements des agents du Ministère chargé des Hydrocarbures et à la promotion de l'emploi suivant les modalités ci-après: d'une part à compter de l'entrée en vigueur du Contrat, le Contractant s'engage à supporter, pour chaque Année Civile (et au pro rata des mois, pour l'Année Civile au cours de laquelle le Contrat entre en vigueur et pour celle au cours de laquelle l'Autorisation Exclusive de Recherche prend fin) et jusqu'à la fin de l'Autorisation Exclusive de Recherche, des dépenses à concurrence de deux cent cinquante mille (250 000) Dollars au titre du plan annuel de formation et de promotion de l'emploi; d'autre part, dès l'octroi au Contractant de toute Autorisation Exclusive d'Exploitation le Contractant s'engage à supporter, pour chaque Année Civile (et au pro rata des mois, pour l'Année Civile au cours de laquelle l'Autorisation Exclusive d'Exploitation est octroyée et pour celle au cours de laquelle cette même autorisation prend fin) et par Zone Contractuelle d'Exploitation, des dépenses à concurrence de cinq cent mille (500000) Dollars au titre du plan annuel de formation et de promotion de l'emploi. Enfin, pour ce qui est des Modalités de contribution à cette rubrique, l'alinéa 2 de la même stipulation stipule qu'à la demande du Ministère chargé des Hydrocarbures, le Contractant paiera les dépenses mentionnées au Paragraphe 44.1, soit à l'Etat, soit directement aux prestataires chargés par l'Etat de réaliser tout ou partie du plan

dernière désigne un contrat par lequel toute personne autre qu'un Fournisseur, y compris les Actionnaires et Sociétés Affiliées du Contractant, entreprend des travaux, fournit des biens ou assure des services relatifs aux Opérations Pétrolières faisant l'objet du Contrat signé avec le contractant de l'État⁹² ;

Des mécanismes tels que l'emploi ou l'approvisionnement local, les régimes préférentiels pour les entreprises locales, l'appui au développement du capital industriel et humain par le gouvernement, ou des facilités de financement pour les entreprises locales, représentent les méthodes permettant de réaliser les objectifs de local content.

De nombreux contrats pétroliers énoncent des dispositions relatives à au local content visant à maximiser les opportunités économiques de l'investissement pétrolier et à mieux assurer que les avantages demeurent dans le pays. Ces dispositions viennent en plus de celles qui pourraient également se trouver dans les pratiques et les politiques nationales, et dans les Accords de développement communautaire.

II- LES ÉCUEILS DE LA THÉORIE DU JUSTE ET DE L'UTILE DANS L'APPRÉHENSION DU CONTRAT PÉTROLIER

Les écueils de la théorie du juste et de l'utile tiennent d'une part à la faiblesse intrinsèque de cette théorie (A) et, d'autre part, à la complexité du contrat pétrolier (B).

A- Les écueils intrinsèques à la théorie du juste et de l'utile

La théorie du juste et de l'utile de Ghestin est insuffisante voire limitée non seulement dans la théorie générale des contrats, mais dans l'explication du contrat pétrolier. En effet, l'idée de la force obligatoire du contrat qui réside dans son utilité sociale et sa justice est non seulement instrumentale pour son premier postulat (1), et idéaliste pour le second (2).

1- Une approche instrumentale de l'utilité sociale

D'une part, affirmer que le contrat est obligatoire parce qu'il est utile est instrumental. Il s'agit d'une conception économiste du contrat. Pour Bélanger et Fokou, la technique juridique est encore à la recherche de modèles capables d'expliquer la complexité et la diversité du phénomène contractuel. La

annuel de formation et des actions de promotion. Les paiements correspondants s'effectuent sur une base trimestrielle, sauf accord particulier entre les Parties. Les dépenses prévues au Paragraphe 44.1 constituent des Coûts Pétroliers récupérables.

⁹² Cf. article 1.1 paragraphe 33 du contrat de partage de production signé le 06 septembre 2019 entre la République du Tchad et la société Ewaah Investors Limited.

doctrine juridique reconnaît d'ailleurs que la notion de contrat, en tant qu'artefact social, par définition, difficile⁹³, est une construction intellectuelle imparfaite de nature à évoluer avec son époque⁹⁴.

À l'inverse, la technique économique, au nom d'un universalisme enchanteur, mais résolument simplificateur, semble avoir figé le contrat dans un seul modèle : le contrat-échange, ce qui comporte, du point de vue de la théorie juridique, un certain nombre de présupposés tant sur l'évolution de la notion de contrat que sur son essence et sa substance. Le premier présupposé des économistes sur la notion juridique de contrat consiste à considérer que « *tout contrat est un échange* » : c'est la théorie passéiste et réductionniste du contrat-échange, qui remonterait au XVIII^e siècle. Or, cette théorie, héritée de l'économie classique et nourrie des contradictions du droit romain, s'appuie sur un modèle parcellaire du contrat, calqué sur le troc ou l'échange⁹⁵, qui, avec l'avènement de la monnaie, a pris le nom de « vente ».

2- Une approche idéaliste de la justice sociale

Le second présupposé des économistes est que le contrat est, par essence, un échange de valeurs et non un échange de volontés⁹⁶. Ils entendent ainsi substituer les valeurs à savoir les utilités, aux volontés des parties qu'ils qualifient de « futilités ». Selon une formule de Ghestin, pour l'économiste, « le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements ; échange du superflu contre le nécessaire »⁹⁷. Cela a conduit les partisans de la conception économique de la cause du contrat « à considérer le contrat comme une opération économique, fondée avant tout sur l'exécution réciproque des prestations plutôt que l'échange de consentements ». Or, cette conception utilitariste du contrat ne peut convaincre le juriste pour qui la volonté participe de l'essence même du contrat. Sans volonté, il n'y a pas de contrat.

B- Les écueils de la théorie du juste et de l'utile sous l'angle de la complexité du contrat pétrolier

La complexité du contrat pétrolier tient principalement à la nature des acteurs (1) et aux enjeux qui gouvernent leur relation contractuelle (2).

⁹³ G. Alpa, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique », *RIDC*, 1985, 37:1, pp. 7-25; Guido Alpa, « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC*, 1988, 40:2 p. 327.

⁹⁴ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Université de Paris, 1965.

⁹⁵ J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, LGDJ, 1987.

⁹⁶ J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, N° 81, 2000, p. 92.

⁹⁷ *Ibid.*

1- La complexité relative à la nature des acteurs

Dans l'analyse juridique du contrat pétrolier, « la question qui se pose dans l'immédiat est celle de l'identification juridique des parties à cet acte contractuel »⁹⁸. Il est donc pertinent d'identifier l'État contractant, avant de déterminer le statut juridique de la compagnie pétrolière étrangère.

D'une part, l'Etat, mais « de quel Etat s'agit-il ? », s'écriait M. Kamto dans sa « contribution au débat »⁹⁹ sur la notion de contrat d'Etat. Car pour cet auteur justement, « la question s'est posée dès les premiers travaux de doctrine sur les contrats d'Etat ». Cette dernière distingue ainsi l'Etat au sens strict du terme et, dans un cadre plus large, au niveau des émanations de l'Etat. En tout état de cause, il semble consacré aujourd'hui que le contrat pétrolier est un contrat signé soit par l'État lui-même, soit par lui et son émanation, soit cette dernière seule. Celle-ci « *organismes mi- publics, mi- privés intervenant pour le compte de l'Etat bien que possédant une personnalité juridique distincte* »¹⁰⁰.

L'auteur évoque comme exemple les « organismes juridiquement indépendants qui agissent pour le compte de l'Etat dans de nombreux pays producteurs de pétrole et qui constituent en quelque sorte son bras séculier dans le secteur pétrolier. Il en est ainsi selon l'auteur, de la NIOC¹⁰¹ et de l'INOC¹⁰². Ou, plus proche de nous, des organismes comme la SNH¹⁰³ pour le Cameroun, Hydro-Congo pour le Congo Brazzaville ou encore PetroGab pour le Gabon qui sont « des établissements publics à caractère industriel et commercial mis en place par des Etats, dotés de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, prenant la forme d'une société. (...) Ils sont chargés de gérer les intérêts de l'Etat » dans le domaine pétrolier¹⁰⁴.

Quant à la compagnie pétrolière transnationale, il peut s'agir d'une entreprise privée étrangère à capitaux privés ou publics. Dans la première hypothèse, la personne morale privée étrangère est une entreprise dont le capital est détenu à 100% par les particuliers. C'est le scénario classique. En effet, dans

⁹⁸ M. Kamto, « La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat », *op.cit.*, p. 721.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ M. Kamto, « La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat », p. 105.

¹⁰¹ Il s'agit de la National Iranian Oil Company.

¹⁰² Irak National Oil Company.

¹⁰³ La SNH a été créée par décret du 12 Mars 1980. Cette création fait suite à la loi du 29 décembre 1978. Aux termes de cette loi, les sociétés pétrolières opérant au Cameroun étaient tenues de passer avec l'État un contrat d'association. La SNH devait être l'instrument de cette politique. Elle est un établissement public à caractère industriel et commercial, placée sous la tutelle du secrétaire général de la présidence de la république. Ses missions consistent à promouvoir la mise en œuvre des hydrocarbures et gérer les intérêts de l'État dans ce domaine par la négociation et le suivi des accords d'association entre l'État et les opérateurs pétroliers de recherche et de production ; la commercialisation de la part de pétrole brut revenant à l'État ; la création des sociétés et la prise de participation dans les sociétés camerounaises des secteurs pétroliers et connexes. Lire à ce sujet A. L. Dikoume, La fiscalité pétrolière des Etats membres de la CEMAC : Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad, Centrafrique, *op.cit.*, p.77.

¹⁰⁴ A. L. Dikoume, La fiscalité pétrolière des Etats membres de la CEMAC : Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Tchad, Centrafrique, *op.cit.*, p.75.

la doctrine des contrats d'Etats, l'entreprise étrangère cocontractante est plus souvent une personne privée « classique »¹⁰⁵, c'est-à-dire exempte de tout contrôle de son Etat d'origine. Très souvent, il s'agit d'une société d'un pays industrialisé, notamment une société dite multinationale ou transnationale¹⁰⁶.

Dans la seconde hypothèse, Le statut de personne morale de droit privé étrangère partie au contrat d'investissements pétroliers transnational est également étendu aux entreprises dont le capital est détenu si non partiellement, du moins totalement par son Etat d'origine. L'hypothèse visée est moins celle d'une société privée dont le gouvernement détient une partie du capital (ce qui est le cas, par exemple, du gouvernement britannique pour la BP et l'IPC) que celle d'une société comme la société italienne AGIP, dont le capital est détenu à cent pour cent, directement ou indirectement, par l'ENI, organisme possédant, d'après la loi italienne du 10 février 1953, « la personnalité juridique de droit public ».

Cette complexité relative à la nature des parties au contrat pétrolier rend son appréhension extrêmement difficile voire impossible par la théorie du juste et de l'utile. Cette difficulté s'étend aux enjeux attachés à l'exécution du contrat pétrolier.

2- La complexité relative aux enjeux attaché à l'exécution du contrat pétrolier

Les enjeux dans l'exécution du contrat pétrolier portent essentiellement sur la panoplie des risques attachés aux opérations d'exploration, d'exploitation et de commercialisation des hydrocarbures. Ils résident également sur le partage de la rente pétrolière qui constitue un enjeu de lutte entre l'Etat hôte et la compagnie pétrolière transnationale.

D'une part en effet, l'incertitude et les risques, réels ou perçus, sont présents à tous les stades du cycle de vie d'un projet pétrolier, de l'exploration à la réhabilitation, en passant par le développement, la production, le traitement, la commercialisation, le déclassement ou la fermeture. La nature des risques et leur degré varient aux différents stades du cycle de vie du projet et dépendent du contexte, du secteur et du projet. L'incertitude concernant le potentiel géologique diminue à mesure que les informations sont collectées sur la quantité, la qualité et l'accessibilité de la ressource, ainsi que sur les coûts de son extraction pour les gouvernements des pays hôtes et les investisseurs¹⁰⁷. Le risque d'absence de ressources, l'incertitude concernant le volume et la qualité technique de toute découverte, et les risques du marché liés

¹⁰⁵ M. Kamto, « La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat », *op.cit.*, p.730.

¹⁰⁶ J.- F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *op.cit.*, p. 32.

¹⁰⁷ OCDE, Principes directeurs principes directeurs pour des contrats extractifs durables. Dialogue sur les politiques de développement axées sur les ressources naturelles, 20 et 21 juin 2019. Consulté sur <http://www.oecd.org/dev/natural-resources.htm>, le 13 janvier 2020.

aux prix et aux coûts, y compris les coûts d'investissement initiaux de développement, ne relèvent du contrôle d'aucune des parties.

Quant au partage de la rente pétrolière, il est d'opinion acquise que toute exploitation de ressources pétrolière dégage une rente¹⁰⁸. Le partage de la rente a pris une dimension particulière dans le cas du pétrole¹⁰⁹. Le problème central de tout accord pétrolier ou de toute fiscalité pétrolière est de définir les modalités de partage de la rente pétrolière entre l'État et la compagnie pétrolière internationale¹¹⁰.

En effet, la rente pétrolière désigne l'important volume du surplus généré par les activités d'exploration production pétrolière, qui résulte du niveau exceptionnellement élevé du prix du pétrole brut consécutif à la croissance de la demande mondiale¹¹¹.

Ainsi, dans de nombreux pays en développement producteurs de pétrole brut, on assiste ces derniers temps à de grands débats sur l'utilisation, par les gouvernants, des colossaux revenus procurés par l'exploitation des ressources pétrolières. La gestion de la rente est, par conséquent, devenue l'un des sujets sur lesquels se focalisent l'intérêt et l'attention des chercheurs, des acteurs économiques, des hommes politiques, de la société civile et de l'opinion internationale¹¹².

Cependant, le partage de la rente pétrolière entre les pays producteurs et les compagnies pétrolières exploitantes semble ne pas bénéficier d'autant d'intérêt que la gestion de la part de rente qui est versée aux gouvernements des pays producteurs¹¹³. Or il s'agit d'un volet important que représente tant les modalités de partage de la rente pétrolière en amont, entre pays producteurs et compagnies pétrolières transnationales (paragraphe I) que la spoliation de cette rente.

¹⁰⁸ G. Dermois, *Le partage de la rente pétrolière, état des lieux et bonnes pratiques*, ÉDITIONS Technip, 2013, préface de O. Appert, p. v.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ O. Lamotte, T. Porcher, « Stratégie des compagnies pétrolières internationales et partage de la rente : le cas du Congo », *op.cit.*, p.315. Il est pertinent de noter avec l'auteur que « Les accords pétroliers en amont, c'est-à-dire portant sur la recherche et l'extraction, ont connu des changements importants depuis la Seconde Guerre mondiale. Trois périodes peuvent être identifiées. La première période, qui va de l'après-guerre aux années 1960, est dominée par les régimes de concessions. La seconde période, qui va des années 1960 aux années 1990, est marquée par les nationalisations - totales ou partielles selon les pays - du secteur pétrolier. La troisième période, des années 1990 à aujourd'hui, est marquée par l'ouverture du secteur pétrolier aux investissements des entreprises privées à travers différents types d'accords. Ces accords ont permis aux gouvernements de réduire leur exposition par le partage des risques avec les compagnies pétrolières, mais également de bénéficier d'investissements en termes financiers et d'expertise indispensables pour maintenir ou accroître leurs capacités de production. Cette nécessité pour les pays hôtes de s'appuyer davantage sur les compagnies pétrolières confère un rôle croissant aux contrats pétroliers. »

¹¹¹ J.-J. Ikama, *Comment partager la rente pétrolière ? Les enseignements d'une expérience africaine*, Editions Technip, Paris, 2013, P. XVII.

¹¹² J.-J. Ikama, *Comment partager la rente pétrolière ? Les enseignements d'une expérience africaine*, Editions Technip, Paris, 2013, P. 17.

¹¹³ *Ibid.*

Conclusion

La théorie du juste et de l'utile mobilise d'importants outils conceptuels et de modèles d'analyse qui permettent de saisir le contrat pétrolier à travers son contenu et sa portée. Mais cette appréhension est précaire. En effet, compte tenu de la complexité de ce modèle contractuel et des limites intrinsèques à cette théorie, il est évident qu'elle rencontre d'importantes limites. Effectivement, la théorie du juste et de l'utile offre à découvrir une conception instrumentale et idéaliste du contrat en général et plus spécifiquement du contrat pétrolier au travers de son double pilier de l'utilité et de justice. Ces écueils endogènes viennent se juxtaposer à la complexité du contrat pétrolier. Cette dernière se traduit par le statut juridique des principaux acteurs – l'État et la compagnie pétrolière transnationale- ainsi que du jeu et des enjeux liés à l'exploitation des ressources pétrolières en termes de risques associés et du partage de la rente pétrolière.



Le principe de précaution dans la lutte contre le corona virus (covid-19) au Cameroun

Par ;

Fabrice TAIBE

Docteur/Ph.D en Droit Privé

Université de Maroua (Cameroun)

Résumé :

Qu'il soit de substance, la pandémie du COVID-19 que traverse le monde va amener les gouvernements à prendre des mesures de précaution afin de protéger leur population de cette crise. Le principe de précaution, pour le rappeler, est un principe selon lequel même en l'absence de données scientifiques certaines il convient de prendre des mesures de prévention afin d'éviter un risque de dommage grave et irréversible. Ce principe pris par le Cameroun dans le cadre de la lutte contre le Corona virus a un apport indéniable. Ce qui se matérialise par le respect des mesures barrières pour une meilleure prévention du COVID-19, d'une part. Et d'autre part, par les recherches médicales pour une meilleure gestion de la pandémie du COVID-19 ; recherches qui exposeront au grand jour la fragilité de notre médecine traditionnelle. D'où la nécessité de la redéfinir dans l'intérêt du patient.

Mots clés : Principe de précaution, mesure de précaution, prévention, risque, dommage, grave, irréversible, COVID-19.

Introduction

Il existe plusieurs textes de lois nationales qui véhiculent l'idée de précaution en matière de santé ou médicale¹. Même si dans la plupart des cas, ces textes ne définissent pas explicitement le principe de précaution², le législateur utilise les expressions telles que « *mesure de sécurité* », « *prévention* » ou « *mesure de prudence* » pour traduire la rigueur scientifique qui prévaut en matière de santé. Cette exigence se justifie par le fait que s'il y a une chose que le principe de précaution oblige à faire, c'est d'évaluer les risques de façon rigoureuse avant de prendre des décisions susceptibles d'affecter la santé, exactement comme on s'oblige à le faire de façon précoce avec les médicaments, par exemple. Cette idée s'impose dans le champ entier de la santé, lorsqu'un produit nouveau est développé ou lorsque la sécurité d'une activité médicale est en cause ; on doit s'obliger à se donner le temps d'évaluer. L'évaluation est ainsi consubstantielle au principe de précaution ; elle est faite pour les risques médicaux connus, tels qu'en matière de recherches médicales. Notre préoccupation est celle de savoir l'apport de l'évaluation dont il s'agit, et par ricochet du principe de précaution, dans la prévention du risque médical.

Page | 408

L'effectivité du principe de précaution en matière médicale ne se pose donc plus. La préoccupation majeure étant celle relative à l'efficacité de sa mise en œuvre dans la prévention des risques médicaux. Pour répondre à cette question, il a fallu que Cameroun teste, avec l'avènement de la pandémie du COVID-19, sa capacité à mettre en œuvre le principe de précaution dans la prévention de ce risque sanitaire d'envergure mondiale. C'est ainsi qu'il va opter, par le biais de son Premier Ministre, chef du gouvernement, sur haute instruction du Président de la République, pour stratégie de lutte contre la COVID-19, la mise sur pieds des mesures barrières dont le respect, quand bien même ayant tendance à restreindre les droits et libertés fondamentaux des citoyens, vont néanmoins contribuer à prévenir le risque de propagation du virus (I). Malgré les mesures prises, la propagation du virus fera, cependant, davantage de malades ; ce qui va inciter, les chercheurs camerounais, à s'investir dans les recherches pour la mise sur pieds d'un traitement traditionnel. Toutefois, le médicament trouvé va connaître des difficultés dans la gestion de cette

¹ Nous pouvons citer entre autres : la Loi n°96/03 du 4 janvier 1996 portant loi cadre dans le domaine de la sante ; la loi n°2018/020 du 11 décembre 2018 portant loi-cadre sur la sécurité sanitaire des aliments ; la loi n°2003/2006 du 22 décembre 2003 régissant la transfusion sanguine ; la loi n°90/35 du 10 Août 1990 portant exercice et organisation de la profession de pharmacien ; le décret n°98/405 du 22 octobre 1998 fixant les modalités d'homologation et de mise sur marché des produits pharmaceutiques.

² Le principe de précaution est un principe selon lequel même en l'absence de données scientifiques certaines il convient de prendre des mesure de prévention afin d'éviter un risque de dommage grave et irréversible.

pandémie ; ce qui remet à l'ordre du jour la question de la fragilité de la médecine traditionnelle au Cameroun (II).

I- LE RESPECT DES MESURES BARRIERES POUR UNE MEILLEURE PREVENTION DU COVID-19

La profonde incertitude scientifique, sanitaire et économique dans laquelle vit le monde depuis quelques mois à cause de la pandémie du coronavirus, va amener tous les pays à disposer d'une même arme, afin de mener à bien cette « guerre »³ : le respect des mesures barrières. Le gouvernement camerounais, par la voix de son Premier Ministre, Chef du Gouvernement, va faire une déclaration allant dans ce sens, en date du 17 mars 2020, dont l'objectif était de présenter la stratégie gouvernementale de riposte contre la pandémie du coronavirus telle que définie par le Président de la République, Chef de l'État⁴. Cette stratégie, qui se matérialise par une série de treize (13)⁵ mesures barrières, sera, avec l'accélération de la propagation du virus, renforcée en

³ KOUAM (S. P.), « Le coronavirus (covid-19) et la révision de la théorie de l'imprévision » in *LE NEMRO, Dossier spécial : La COVID-19 et le droit*, RTDE, avril-juin 2020, p. 58.

⁴ SPENER (Y.), « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : Appréciation au regard des mesures de lutte contre la COVID-19 », in *LE NEMRO, Dossier spécial : La COVID-19 et le droit*, RTDE, avril-juin 2020, p. 216.

⁵ Ces premières mesures s'articulent comme suit :

« 1. les frontières terrestres, aériennes et maritimes du Cameroun seront fermées : tous les vols passagers en provenance de l'étranger sont suspendus, à l'exception des vols cargos et des navires transportant les produits de consommation courante ainsi que les biens et matériels essentiels, dont les temps d'escale seront limités et encadrés ; les camerounais désireux de retourner dans leur pays devront prendre l'attache de nos différentes représentations diplomatiques ;

2. la délivrance des visas d'entrée au Cameroun aux différents aéroports est suspendue ;

3. tous les établissements publics et privés de formation relevant des différents ordres d'enseignement, de la maternelle au supérieur, y compris les centres de formation professionnelle et les grandes écoles seront fermés ;

4. les rassemblements de plus de cinquante (50) personnes sont interdits sur toute l'étendue du territoire national ;

5. les compétitions scolaires et universitaires sont reportées, à l'instar des jeux FENASCO et des jeux universitaires ;

6. les débits de boissons, les restaurants et les lieux de loisirs seront systématiquement fermés à partir de 18 heures, sous le contrôle des autorités administratives ;

7. un système de régulation des flux des consommateurs sera instauré dans les marchés et les centres commerciaux ;

8. les déplacements urbains et interurbains ne devront s'effectuer qu'en cas d'extrême nécessité ;

9. les conducteurs de bus, de taxis et de mototaxis sont invités à éviter des surcharges dans les transports publics : les forces de maintien de l'ordre y veilleront particulièrement ;

10. les formations sanitaires privées, les hôtels et autres lieux d'hébergement, les véhicules ainsi que les équipements spécifiques nécessaires à la mise en œuvre du plan de riposte contre la pandémie du COVID-19 au Cameroun pourront être réquisitionnés en tant que de besoin, à la diligence des autorités compétentes ;

11. les administrations publiques devront privilégier les moyens de communications électroniques et les outils numériques pour les réunions susceptibles de regrouper plus de dix (10) personnes ;

12. les missions à l'étranger des membres du Gouvernement et des agents du secteur public et parapublic sont suspendues ;

date du 09 avril 2020, par une série de sept (7)⁶ autres mesures supplémentaires. Ce qui fera au totale vingt (20) mesures dont inobservation serait assortie de sanctions systématiques à partir du 13 avril 2020⁷. Pour reprendre MARTIN (G.) « *Devrait ainsi être considéré comme fautif, non seulement celui qui n'aura pas pris les mesures de prévention du risque connu ou prévisible, mais également celui qui, en situation d'incertitude ou de doute, n'aura pas adopté une démarche de précaution* »⁸.

Cependant, force est de constater que le respect de ces mesures barrières, pour une prévention efficace de la propagation du corona virus, passe inéluctablement par une tendance à la restriction des droits fondamentaux du citoyen. Ce qui se justifie par l'état d'urgence sanitaire qui promeut l'apport du principe de précaution dans la prévention de la COVID-19. La tendance à la restriction des droits et libertés dont il s'agit se trouve à plusieurs niveaux ; nous n'aborderons que celle relative à la liberté d'aller et de venir, d'une part (A), et d'autre part celle relative au droit du patient au secret médical (B).

13. *les populations sont invitées à observer strictement les mesures d'hygiène recommandées par l'Organisation Mondiale de la Santé, à savoir notamment se laver régulièrement les mains au savon, éviter des contacts rapprochés tels que se serrer les mains ou s'embrasser, se couvrir la bouche pour éternuer* ».

⁶ Ces mesures de renforcement de la lutte contre la propagation du virus sont les suivantes :

« 1. *La généralisation du port du masque, à compter du lundi 13 avril 2020, dans tous les espaces ouverts au public. Le Ministère de l'Industrie a été instruit de publier les normes et spécifications techniques, en vue d'une production massive et locale desdits masques ;*

2. *La production locale des médicaments, des tests de dépistage, des masques de protection, des gels hydro-alcooliques par les institutions nationales compétentes, sous la responsabilité du Ministre de la Recherche Scientifique, en relation avec le Ministre de la Santé Publique ;*

3. *La mise sur pied des centres spécialisés de traitement des patients du Covid-19 dans tous les chefs-lieux des régions, suivant le modèle des hôpitaux de campagne, pour accueillir les malades en cas de pic de l'épidémie, et permettre aux hôpitaux de fonctionner normalement ;*

4. *L'intensification de la campagne de dépistage du COVID-19 avec la collaboration du centre Pasteur et de ses démembrés, ainsi que des autres institutions sanitaires appropriées. L'accent sera mis sur les centres de contamination déjà identifiés;*

5. *L'intensification des campagnes de sensibilisation en zones urbaines et rurales, aussi bien dans les langues officielles que dans les langues locales à travers des voies complémentaires de communication à définir par le Ministre de la Communication avec l'appui des autorités administratives, municipales, traditionnelles et religieuses;*

6. *La poursuite des activités essentielles à l'économie, dans le strict respect des directives du 17 mars 2020 et des gestes barrières recommandés par l'Organisation Mondiale de la Santé ;*

7. *La sanction systématique de tout contrevenant aux mesures de restrictions en vigueur et de confinement imposées aux personnes à risques* ».

⁷ SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 217.

⁸ MARTIN (G.), « Précaution et évolution du droit », *D.*, 1995, chron. p. 304. L'auteur donne plusieurs exemples de cette démarche : surdimensionnée des protections, multiplier les circuits de pilotage d'une activité, mettre au point des procédures décisionnelles dont l'existence même n'est pas motivée par la connaissance d'un risque probabilisable, mais par l'incertitude (p. 301), retarder la mise en vente d'un produit, afin de poursuivre des recherches, ou à soumettre les protocoles d'expérience et leurs résultats à des expertises extérieures.

A- La restriction de la liberté d'aller et de venir

Avec l'avènement de la COVID-19, la liberté d'aller et de venir des citoyens du monde aura tendance à connaître une restriction. Dans le but de protéger l'intérêt supérieur de la population, celui du droit à la vie et à la santé, le citoyen se verra restreindre sa liberté de se mouvoir. Il ne pourra, désormais, jusqu'à nouvel ordre, se déplacer que sous condition. Cette dernière, ayant pour but de limiter la propagation de la COVID-19 va varier d'un pays à un autre. Pour les pays pauvres ou en voie de développement, comme le Cameroun, il suffira que toute personne vivant sur le sol camerounais observe les mesures barrières pour exercer sa liberté d'aller et venir (1) ; tandis que les pays développés quant à eux, vont exiger, en plus du respect des mesures barrières, une nécessité pour exercer cette liberté (2).

1- Le respect des mesures barrières pour l'exercice de la liberté d'aller et de venir au Cameroun pendant la COVID-19

Le respect des mesures barrières constitue la voie donnée aux citoyens camerounais pour exercer leur liberté pendant la période du COVID-19. L'OMS a établi un ensemble de recommandations en vue de limiter la propagation du coronavirus. Ces recommandations ont été adoptées par les Etats membres de l'OMS, donc par le Cameroun, et, ont parfois été posées comme condition à l'exercice de la liberté d'aller et venir, même en situation d'urgence⁹. Parmi ces mesures, il y a notamment:

- Le lavage fréquent des mains à l'eau et au savon ou avec une solution hydro alcoolique. C'est la première mesure barrière, le lavage des mains tue le virus du COVID-19 et réduit les risques de contamination. Raison pour laquelle on peut observer que des points de lavage des mains sont installés dans les lieux ouverts au public. L'accès à ces lieux étant conditionné par le lavage des mains ;

- Le port obligatoire du masque. Cette mesure a, malheureusement, la peine à entrer dans les habitudes des camerounais ; ce qui va amener le gouvernement à faire payer des amendes aux contrevenants, puis à renoncer ;

- La distanciation sociale ou physique ou encore distance de sécurité. Il est question d'éviter les contacts proches, en gardant une distance allant d'un à quatre mètres en fonction du lieu avec

⁹ ONDOUA AKOA (G. F.), « La liberté d'aller et de venir à l'épreuve du covid-19 » in *LE NEMRO, Dossier spécial : La COVID-19 et le droit*, RTDE, avril-juin 2020, p. 457.

les autres personnes, en particulier si elles toussent, éternuent ou ont de la fièvre¹⁰. Malgré le fait qu'un contact avec de telles personnes pouvant nous exposer au virus du COVID-19, le Cameroun, marqué par le « vivre ensemble »¹¹, se retrouve à la marge de cette prescription.

- Etc...

Lorsque ces mesures et bien d'autres sont respectées, elles permettent aux citoyens d'exercer leur droit d'aller et venir librement, sans mettre autrui ou la société en danger¹². Toutefois, malgré le fait que l'Europe, l'Amérique et l'Asie aient été fortement touchés par la pandémie du COVID-19, ils ont cependant fait montre de plus de discipline dans la gestion de la crise sanitaire en réussissant à concilier le droit à la liberté des citoyens et leur droit à la santé et à la vie¹³. Pendant ce temps, en Afrique donc au Cameroun, les mesures de confinement étaient difficiles à faire respecter ; la plupart des activités continuaient de se dérouler comme si de rien n'était¹⁴. Si les conditions climatiques ou surnaturelles n'ont pas joué en faveur de l'Afrique, nous voyons mal comment l'Afrique aurait survécu à cette pandémie, si elle avait été frappée de plein fouet par la pandémie comme ce fût le cas dans les autres continents¹⁵. Nous sommes d'avis avec ONDOUA AKOA que rien ne prédit que l'Afrique, ou mieux le Cameroun, sera toujours relativement épargné de la sorte. Les mesures de précaution prises jusqu'ici sont loin de prédire le contraire. Il est donc plus que jamais nécessaire, pour l'Afrique et le reste du monde, de se préparer pour les futures crises sanitaires. Particulièrement, en ce qui concerne les pays pauvres, en l'occurrence, le Cameroun, la pandémie du COVID-19 a été l'occasion de nous rappeler qu'il était encore très loin de son objectif de développement économique et social qui reste une nécessité¹⁶. Nous pensons donc que le développement économique et social, avec une bonne gouvernance, pourrait atténuer les effets des futures crises sanitaires. Dans les pays développés, tel que la France, en plus du respect des mesures barrières, l'exercice de la liberté d'aller et venir doit être conditionné par une nécessité.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Au sens de nos sociétés traditionnelles.

¹² ONDOUA AKOA (G. F.), *op. cit.*, p. 457.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 458.

¹⁶ *Ibid.*

2- L'exigence d'une nécessité pour exercer sa liberté d'aller et venir en France

On entend par « *nécessité* », la situation d'une personne qui, pour sauver un intérêt jugé supérieur, outrepassé les règles établies¹⁷. Cette définition n'est pas loin de celle du principe de précaution, pour le rappeler, qui voudrait qu'en cas d'incertitude scientifique qu'une décision soit prise pour éliminer ou réduire le risque de dommage grave. En effet, il est question de la nécessité, que nous assimilons ici à l'urgence de sauvegarder le droit fondamental à la santé, plus ou moins, au détriment des autres droits fondamentaux et des libertés publiques telle que la liberté d'aller et de venir. Il s'agit, en effet, de limiter le droit applicable et concilier les intérêts en présence¹⁸. La conciliation des intérêts en présence peut être faite en période normale ou en période de crise.

En effet, en période de crise, l'Etat peut être amené à prendre des mesures exceptionnelles ou des lois pour faire face à une situation dangereuse ; les citoyens sont alors contraints de se conformer selon les prescriptions édictées¹⁹. Cependant, il peut arriver que le nouvel ordre juridique ou comportemental établi soit violé, en raison de l'urgence qu'il y a à sauver un autre intérêt jugé supérieur à celui qui a permis la prise des premières mesures²⁰. On se retrouve alors en présence de deux situations de nécessité dont il faudrait privilégier une ; une nécessité générale et une nécessité spéciale²¹. La première vise à protéger un intérêt général, l'interdiction de mouvement faite à tous les citoyens ; alors que le second protège plutôt un intérêt particulier, la dérogation de l'interdiction de mouvement donnée à un citoyen pour accomplir une mission jugée urgente. C'est ainsi que pendant la période du COVID-19, les Etats ayant opté pour un confinement strict, ont prévu des dérogations à l'interdiction totale à la liberté de circulation²². En France notamment, la condition pour se déplacer pendant la période du confinement, est qu'il faut avoir une attestation de déplacement qui contient des exceptions à l'interdiction de la liberté d'aller et venir²³. Nous pouvons ajouter à cette liste d'exceptions le fait de se rendre dans son lieu de travail, se déplacer pour faire des achats de première nécessité à caractère alimentaire, se rendre chez son

¹⁷ *Ibid*, p. 455.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid*.

²³ Cf. Décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre la lutte contre la propagation du virus COVID-19.

médecin ou prendre l'air à proximité de chez soi²⁴. En outre tout déplacement pour « *motif impérieux* »²⁵ était permis²⁶.

L'état de nécessité, ayant pour but de concilier les différents intérêts, il convient de noter qu'en période normale, il ne devrait pas y avoir d'opposition entre l'exercice de sa liberté et les autres droits découlant de la liberté d'aller et venir²⁷. S'agissant du droit à la santé, originellement complémentaire à cette dernière, il suppose que le citoyen ait une liberté de mouvement pour se faire soigner²⁸. Toutefois, en situation exceptionnelle comme celle imposée par la pandémie du COVID-19, le droit à la liberté et les autres droits semblent s'opposer ; de telle manière que l'exercice de la liberté d'aller et venir devient un danger pour la santé et la vie des citoyens²⁹. Il y a donc, dans une certaine mesure, contradiction entre plusieurs intérêts, plus précisément, entre son droit à la liberté et l'exigence de protection de la santé et de la vie des citoyens dont il faudrait concilier. C'est d'ailleurs l'objectif des mesures de restrictions de la liberté de mouvement en France, protéger la santé et la vie des citoyens³⁰. L'état de nécessité permet aux citoyens français de pouvoir exercer leurs droits, tout en permettant de lutter contre la pandémie du COVID-19. Il nécessite de souligner que la pandémie du COVID-19, a par ailleurs fortement influencé le droit au secret médical. Pour des raisons de protection du droit fondamental à la santé et à la vie, le secret médical a connu un certain confinement pendant la crise sanitaire du COVID-19.

B- La restriction du droit au secret médical

La plus célèbre expression du secret professionnel, et la plus ancienne est contenue dans le serment d'HIPPOCRATE dans les années 400 avant J.C. : « *...Je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité dans l'exercice de la médecine. Admis dans l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira les secrets qui me seront confiés, et mon état ne servira pas à corrompre les mœurs ni à favoriser le crime...* ». Le secret médical occupe, en effet, une place privilégiée parmi les secrets professionnels. Il s'impose dans

²⁴ ONDOUA AKOA (G. F.), *op. cit.*, p. 456.

²⁵ Entendu comme ce qui s'impose avec le caractère d'une obligation, qu'il faut absolument satisfaire. C'est une obligation qui s'impose de manière impérative à un individu et qui le contraint à déroger à un principe applicable

²⁶ En ce sens lire, PIERROT-BLONDEAU (J.) ET TRAVADE LANNOY (S.), « Le motif familial impérieux : les interdictions sur les dérogations à l'interdiction d'aller et venir », *le club des juristes*, 2020.

²⁷ ONDOUA AKOA (G. F.), *op. cit.*, p. 456.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

l'intérêt du patient et permet au couple soignant-soigné d'établir une relation de confiance basée sur la discrétion du personnel soignant³¹.

Le malade qui a ainsi librement choisi son médecin³², va lui faire confiance. Cette relation de confiance va mener à des confidences ; ce que renchérit le professeur Louis PORTES lorsqu'il affirme qu' « *il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence, et de confidence sans secret* »³³. Consacré en droit camerounais, « *le médecin en service dans l'administration ou dans le secteur privé est soumis : - au secret professionnel* »³⁴. Le secret médical est protégé, quoiqu'insuffisamment³⁵, par le droit pénal³⁶, et rappelé par plusieurs textes déontologiques³⁷ ou statutaires³⁸ relatifs aux différentes professions sanitaires et sociales ; ce qui justifie, la limitation des hypothèses donnant lieu aux atteintes au secret médical (1). Toutefois, le législateur a prévu, par ailleurs, la nécessité de minimiser ces atteintes, en cas d'état d'urgence tel que celui marqué par la crise sanitaire de la COVID-19 (2).

1- La limitation des hypothèses donnant lieu aux atteintes au secret médical

L'atteinte au secret médical est, notamment, le fait que le médecin divulgue des informations concernant le patient sans son consentement. Il est important pour limiter les cas de violation du secret médical, sous réserve des cas d'urgence, de respecter le principe de la recherche

³¹ BAHANA (J. D.), *La protection du patient dans le contrat médical en droit camerounais*, Master en droit privé, Université de Douala, 2016, p.72.

³² L'article 5 du code de déontologie médicale du Cameroun dispose que : « *dans leur relation, le médecin et le malade disposent chacun des garanties suivantes : - libre choix du médecin par le malade, ...* ».

³³ SOW SIDIBE (A.), « Le secret médical aujourd'hui », consultable sur le site <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/2doc6sidibe.pdf>. Consulté le 7 août 2020 ;

³⁴ Article 4 de la loi n° 90-36 du 10 août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin ; cf à ce sujet ALIOU (S.), *Le secret professionnel en droit pénal : Entre intangibilité et désubstantialisation au nom des exigences des droits fondamentaux*, Thèse de Doctorat, Université de Maroua, 2019, 525 p.

³⁵ Le Code pénal ne vise que les professionnels et jamais les particuliers qui pourraient cependant accéder aux informations protégées. La Cour suprême rappelle à cet effet que l'obligation sanctionnée à l'article 310 du Code pénal « *ne saurait être étendue aux personnes n'ayant pas aux yeux de la loi une situation qui les désigne aux tiers comme des confidents nécessaires de leurs secrets et qui sont simplement des mandataires ordinaires (...), (celles qui) n'exercent pas une profession aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel et secret* », ainsi, par exemple, un comptable (C. S. arrêt n° 103 / P du 28 février 1967, B.A.C.S., n° 16, p. 1562).

³⁶ L'alinéa 1er de l'article 310 du Code pénal dispose : « (1) Est puni d'un emprisonnement de trois (3) mois à trois (3) ans et d'une amende de vingt mille (20.000) à cent mille (100.000) francs, celui qui révèle, sans l'autorisation de celui à qui il appartient, un fait confidentiel qu'il n'a connu ou qui ne lui a été confié qu'en raison de sa profession ou de sa fonction ».

³⁷ Pour les infirmiers, sages-femmes et professionnels médico-sanitaires, cf. art. 5 Décret n° 89-354 du 3 mars 1989 portant code de déontologie des professions d'infirmier, de sagefemme et de technicien médico-sanitaire.

³⁸ Pour les chirurgiens-dentistes, cf. art. 4, Loi n° 90/34 du 10 août 1990 relative à l'exercice de la profession de chirurgien-dentiste.

préalable du consentement du patient avant d'envisager tout acte de santé (a) ou tout traitement des données de santé (b)³⁹.

a- Le consentement à l'acte de santé

Le consentement à l'acte de santé amène le patient à s'ouvrir volontairement au médecin ; ce qui contribue, même si cela ne se perçoit pas directement, à protéger le secret médical⁴⁰. En effet, l'intimité du patient, sous forme de confiance, est à la base du secret qui protégerait le droit du patient à la vie privée, son droit de ne pas tout révéler aux tiers, y compris le médecin⁴¹. C'est dire qu'avant de se confier au médecin, il y a chez le patient « *cette parole cachée qui passe entre soi et soi* »⁴². Ainsi donc, l'acte pratiqué par le médecin sans le consentement du patient, en vue de sonder cette intimité, et sauf cas d'urgence, pourrait bien s'analyser en un acte d'immixtion dans sa vie privée⁴³. C'est en cela ce qui fait dire à TCHABO SONTANG (H. M.), qu'on peut analyser l'« *hospitalisation ou soins sous contrainte* » comme une dérogation au secret médical⁴⁴. L'exigence du consentement préalable, dont l'effectivité suppose une information complète et éclairante de la part du médecin, vise donc à s'assurer que c'est en toute liberté que le patient a confié ses secrets au médecin. Le principe du secret dont il s'agit, n'étant formulé expressément dans les principaux textes camerounais du droit de la santé, peut néanmoins se déduire de l'esprit qui les guide en plus d'être mentionné dans les textes internationaux.

En effet, en droit interne, ni la loi n° 96-03 du 4 janvier 1996 portant loi-cadre dans le domaine de la santé, ni la loi n° 64-LF-23 du 13 novembre 1964 portant protection de la Santé Publique ou encore moins la loi n° 90-36 du 10 août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin ne mentionnent clairement le principe du consentement du patient aux actes médicaux⁴⁵. Toutefois, il convient de noter avec TCHABO SONTANG (H. M.) que la formule selon laquelle « *lorsqu'il est appelé d'urgence auprès d'un mineur ou d'un autre incapable, et qu'il lui est impossible de recueillir en temps utile le consentement du représentant légal de celui-ci, le Médecin doit donner les soins qui s'imposent* », se retrouve presque à l'identique dans

³⁹ TCHABO SONTANG (H. M.), « Le secret médical en contexte de crise sanitaire en droit camerounais » in *LE NEMRO, Dossier spécial : La COVID-19 et le droit*, RTDE, avril-juin 2020, p. 437.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² DUFOURMANTELLE (A.), *La défense du secret*, Éditions Payot & Rivages, Coll. Manuels Payot, 2015, p. 10 ; cité par TCHABO SONTANG (H. M.), « Le secret médical en contexte de crise sanitaire en droit camerounais », *op. cit.* p. 437.

⁴³ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.* ; p. 437.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibid.*

divers textes en vigueur dans le domaine sanitaire⁴⁶ ; ce qui traduit au combien le consentement des patients est en principe nécessaire, et qu'en n'en formulant pas expressément l'exigence, le législateur le considère comme naturellement acquis, notamment chez les patients majeurs dont on suppose qu'en général, s'ils consultent le personnel médical ce qu'ils consentent manifestement à recevoir des soins de sa part⁴⁷. Cependant, pour reprendre la formule de TCHABO SONTANG (H. M.) : « ce qui va sans dire va mieux en le disant ». Ainsi donc, consulter un médecin n'est pas forcément consentir préalablement à tous les actes qu'il va poser ; autrement dit, c'est non seulement considérer que le patient est toujours une personne avisée et suffisamment éclairée mais encore qu'il n'a aucun choix à faire face au médecin⁴⁸. Cette présomption fait perdre au patient le droit de consentir et, il ne lui reste, au mieux, que le droit de s'opposer, ce qui n'est pas facile à comprendre pour le commun des patients⁴⁹. Même en situation ordinaire déjà, le principe du consentement préalable du patient n'est pas clairement formulé⁵⁰.

Cependant, il convient de noter qu'en droit international, les traces du principe du consentement préalable, libre et éclairé, du patient sont visibles notamment dans la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (UNESCO, 19 octobre 2005). Il ressort expressément de l'alinéa 1er de l'article 6 de ce texte que « *toute intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes. Le cas échéant, le consentement devrait être exprès et la personne concernée peut le retirer à tout moment et pour toute raison sans qu'il en résulte pour elle aucun désavantage ni préjudice* »⁵¹. L'Ordre des Médecins du Cameroun étant membre constituant de l'Association Médicale Mondiale, on peut, par ailleurs, raisonnablement estimer que les principes élaborés par

⁴⁶ *Ibid*, p. 438.

⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁰ L'hypothèse où le droit d'opposition du patient bien évoqué est celui de l'avortement thérapeutique (V. art. 29, al. 4 du Décret n° 83-166 du 12 avril 1983 portant Code de déontologie des médecins qui dispose « *le médecin doit s'incliner devant le refus éventuel du malade dûment informé. Cette règle ne peut souffrir d'exception que dans les cas d'extrême urgence, lorsque le malade est hors d'état de donner son consentement* »). Par ailleurs, il n'est même pas consacré, au profit du patient, le droit de consentir au traitement que lui prescrit le médecin. Ce dernier n'est légalement tenu de lui donner des précisions sur l'ordonnance que si le traitement prescrit est très onéreux (V. art. 24 du Décret n° 83-166 du 12 avril 1983 portant Code de déontologie des médecins qui dispose : « *le Médecin, dans ses prescriptions, doit rester dans les limites imposées par la condition du malade. Il ne doit en conscience, lui prescrire un traitement très onéreux qu'en éclairant celui-ci ou sa famille sur les sacrifices que comporte ce traitement et les avantages qu'ils peuvent en espérer* »).

⁵¹ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*; p. 437.

cet organisme et publiés dans le Code international d'éthique médicale de ladite Association sont aussi valables pour les médecins exerçant au sein dudit Ordre⁵². Au rang de ces principes, figure évidemment celui du consentement à l'acte de santé qui postule que « *l'obligation d'informer le malade, d'obtenir et de respecter son consentement éclairé avant tout acte de soin est un impératif qui protège l'équilibre de la relation médecin-malade et le respect de la dignité du patient* »⁵³. De même, il convient de souligner que l'OMS rappelle que le droit à la santé suppose à la fois des libertés et des droits ; et concernant spécialement les libertés, il indique qu'elles comprennent non seulement le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps, mais aussi et surtout « *le droit à l'intégrité (par exemple le droit de ne pas être soumis à la torture et de ne pas être soumis sans son consentement à un traitement ou une expérience médicale)* »⁵⁴. Le médecin doit toujours rassurer le patient pour l'amener à bien comprendre la situation et à se confier librement⁵⁵ ; ce qui justifie la formule selon laquelle la relation de soins est un « *face-à-face entre libertés* »⁵⁶. C'est notamment dans ce sens qu'au Cameroun, les dernières mesures prises dans le cadre de la lutte contre la COVID-19 optent pour une incitation des personnes à se faire vacciner pour un Cameroun sans COVID-19. Même si, par ailleurs, toujours dans le contexte camerounais, un auteur relève, sans doute pour le déplorer, que « *le malade doit se soumettre à tous les essais thérapeutiques* »⁵⁷. Pourtant, l'exigence et la protection du consentement du patient, préservent inéluctablement son droit à l'intimité ; et ce n'est par la confiance qu'il fait au médecin que ce dernier se trouve astreint au secret.

b- Le consentement au traitement des données de santé

De prime abord, il nécessite de souligner que les données de santé sont liées aux individus, et qu'elles peuvent permettre directement ou indirectement de les identifier, ce qui traduit leur caractère personnel et, partant, leur soumission à un régime juridique⁵⁸. En effet, les données de

⁵² *Ibid.*, p. 439.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ OMS, « Santé et droits de l'homme », 29 décembre 2017, <https://www.who.int/fr/newsroom/factsheets/detail/human-rights-and-health>. Consulté le 19 juin 2021.

⁵⁵ Cf. à ce titre DIGUERA (J.), *Le médecin et le droit camerounais*, Thèse de Doctorat, Université de Maroua, 2020, 362 p.

⁵⁶ WORMS (F.), « Les deux concepts du soin. Vie, médecine, relations morales », *Esprit*, janvier 2006 ; cité par TCHABO SONTANG (H. M.) « Le secret médical en contexte de crise sanitaire en droit camerounais », *op. cit.* p. 439.

⁵⁷ NEMEDEU (R.), « Le respect du secret médical, des droits fondamentaux des malades, des droits des défunts à l'épreuve du Covid 19 », *Le jour*, n° 3164 du mercredi 29 avril 2020, p. 9.

⁵⁸ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 440.

santé relèvent de la catégorie des données sensibles et, à ce titre, elles ne devraient en principe faire l'objet d'aucun traitement. Cependant, eu égard à la noble finalité que la recherche scientifique poursuit, particulièrement en contexte de crise sanitaire, tel que celui marqué par la COVID-19, des dérogations sont permises⁵⁹. Ces dernières doivent tenir compte du consentement de la personne concernée qui doit en principe être requis ; consentement qui doit, par ailleurs, absolument être donné « *par écrit, quel que soit le support* »⁶⁰. Cette exigence devrait donc permettre, d'éviter que des aspects de la vie privée d'un patient soient exposés, contre son gré, avec les conséquences dramatiques qui peuvent en résulter⁶¹. En effet, bien que l'objectif, trouver un vaccin ou un sérum, soit humanitaire, un auteur rappelle que « *la liberté de la recherche comme la liberté médicale doivent céder devant le principe d'autonomie de la personne, quelles que soient les limites dans lesquelles la maladie, ou sa crainte, peut l'enserrer* »⁶². En outre, l'un des principes généraux de la recherche médicale impliquant les êtres humains est que l'objectif poursuivi par ladite recherche, quelque noble qu'il puisse être, « *ne doit jamais prévaloir sur les droits et les intérêts des personnes impliquées dans la recherche* »⁶³. Ce qui fait que, le secret médical, étant institué principalement dans l'intérêt du patient, pour préserver la confidentialité des données qu'il a communiquées au médecin dans le cadre de leur relation, alors il peut « *décider d'en bénéficier, soit d'y renoncer* »⁶⁴ ; et cela, par le biais du consentement⁶⁵. Toutefois, on ne saurait approuver l'idée que le patient est le « *maître du secret* »⁶⁶. Ceci dans la mesure où, en plus de certaines raisons soulignées ci-dessus, il faut observer en outre que la licéité de certains traitements auxquels ses données sont soumises n'est pas subordonnée à son consentement préalable; d'où la nécessité de minimiser la portée de l'atteinte faite au principe du secret médical⁶⁷.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ *Ibid*.

⁶² TABUTEAU (D.), « Santé et liberté », *Pouvoirs*, Le seuil, 2009/3 n° 130, <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3>- p. 100.

⁶³ Principe n° 8 de la Déclaration d'Helsinki de l'association médicale mondiale – principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains adoptée en 1964 et amendée successivement jusqu'en 2013.

⁶⁴ SALEM (G.), *Contribution à l'étude de la responsabilité médicale pour faute en droits français et américain*, Thèse, Université de Paris III, Vincennes-Saint-Denis, mars 2015, pp. 104-108.

⁶⁵ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 440.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 441.

2- La nécessité de minimiser les atteintes au secret médical pendant la COVID-19

Malgré son caractère fondamental, il nécessite de souligner qu'il est évident que le contexte de crise sanitaire amplifie et justifie que certains griefs soient faits au secret médical⁶⁸. Encore faudrait-il que le sens de la mesure doit être gardé car, même si c'est à des fins de recherche que les données de santé d'un patient sont communiquées ou partagées, il ne sera jamais justifié que l'intérêt et les droits fondamentaux d'un être humain soient refoulés dans le seul intérêt de la recherche scientifique⁶⁹. Ainsi, l'atteinte subie par le secret médical par le renforcement de la recherche scientifique en vue de réduire ou d'éliminer les effets néfastes de la pandémie sanitaire de la COVID-19 (a) doit être minimisé par l'exigence de la proportionnalité des mesures l'affectant (b).

a- Le renforcement des moyens de la recherche scientifique

La recherche se nourrit des données ; dans le domaine médical, il s'agit essentiellement des données de santé⁷⁰. C'est, en effet, par cette notion, que la Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données personnelles du 27 juin 2014 désigne plutôt sous l'expression « *Données dans le domaine de la santé* », on regroupe « *toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée, y compris les données génétiques* »⁷¹. Il convient de noter qu'à l'ère du numérique, « *les données de santé ont pris une considérable importance technique, économique, financière, sociale et même éthique. Les connaître et les exploiter est indispensable à la détermination de la politique de santé, à l'exercice de la démocratie sanitaire, à l'action des acteurs du système de santé et à toute stratégie diagnostique et thérapeutique* »⁷². Cependant, les manipuler n'importe comment peut porter une atteinte grave au secret médical et à la sécurité des personnes⁷³. Pendant cette crise sanitaire du COVID-19, non seulement on assiste à une collecte volumineuse des données de santé notamment à travers des

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ En ce sens, l'article 3.2 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (UNESCO, 19 octobre 2005) précise : « *Les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société* ». Ce principe est repris par l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale (en vigueur particulièrement dans le Conseil de l'Europe), intitulé « *Primauté de l'être humain* », dispose que « *l'intérêt et le bien de l'être humain qui participe à une recherche doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science* ».

⁷⁰ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 429.

⁷¹ Cf. art. 1er Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données personnelles du 27 juin 2014.

⁷² TRUCHET (D), *Droit de la santé publique*, 9^{ème} édition, Mémentos Dalloz, 2017, p. 255.

⁷³ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 430.

programmes de test massif⁷⁴, de recherche des anticorps et de vaccinations obligatoires ; mais encore, à des mécanismes de communication, de partage et de circulation desdites données, toutes choses qui sont de nature à entraîner une perte de contrôle de la personne concernée sur le traitement dont elles font l'objet⁷⁵.

Néanmoins, cette collecte des données, aussi massive soit-elle, ne saurait être condamnée en soi en ce sens qu'elle offre de nombreux bénéfices en matière de santé⁷⁶. Elle constitue, en effet, un gisement pour la politique de santé, et pour la recherche scientifique⁷⁷, cruciale en période de crise sanitaire. Ce qui suscite, cependant, plusieurs interrogations à leur sujet ; au-delà de l'hypothèse des risques et dérives sus-évoqués, le fait que ce traitement se fait, dans beaucoup de cas, de façon contraignante⁷⁸. Le secret médical, composante de la vie privée, implique pourtant que normalement nul ne soit contraint de se soumettre à une analyse médicale⁷⁹.

Il nécessite de souligner que les pouvoirs des autorités sanitaires en matière de collecte et de traitement des données de santé, précisément dans le cadre de la prévention et de la gestion des épidémies, ont été renforcés par l'OMS face à « l'émergence de nouvelles menaces sanitaires, du SRAS (syndrome respiratoire aigu sévère) à la grippe aviaire sans oublier le bioterrorisme »⁸⁰. Ce qui implique pour chaque État membre l'obligation d'acquiescer, de renforcer et de maintenir « la capacité de détecter, d'évaluer, de notifier et de déclarer des événements en application du présent Règlement »⁸¹, il s'en déduit qu'à cette fin, les États doivent pouvoir mobiliser les moyens nécessaires et, le cas échéant, par le biais de la contrainte⁸². Tout cela montre bien, une fois de plus, que le secret médical n'est apparemment pas une priorité en temps de crise sanitaire, mais, cela ne veut certainement pas dire qu'il est banni, car, à bien y regarder, il est préservé par l'exigence de la proportionnalité des mesures l'affectant.

⁷⁴ Au Cameroun précisément, un programme de test massif des populations de Douala a été annoncé par le Ministre de la Santé à travers le communiqué n° D13-105/CR/MINSANTE/SG du 27 mars 2020.

⁷⁵ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 430

⁷⁶ *Ibid*

⁷⁷ TRUCHET (D.), « Rapport de synthèse », *RJE*, 2000, numéro spécial : Le principe de précaution, p. 262.

⁷⁸ TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 430

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 431.

⁸⁰ TABUTEAU (D.), « Santé et liberté », *Pouvoirs*, Le seuil, 2009/3 n° 130, <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3>, p. 102.

⁸¹ Art. 5, Règlement Sanitaire International (2005).

⁸² TCHABO SONTANG (H. M.), *op. cit.*, p. 431.

b- L'exigence de la proportionnalité des mesures affectant le secret médical

C'est avec beaucoup de précaution qu'on doit remettre en cause le principe du secret médical. En effet, lorsque cela arrive, il faut éviter que l'atteinte excède le taux de ce qui est normalement nécessaire ; autrement dit, il faut que l'atteinte, pour être et demeurée juste, soit proportionnelle à l'enjeu⁸³. Ceci découle des recommandations des textes internationaux et spécialement du Règlement sanitaire international de l'OMS qui a pour objectif de « *prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique* »⁸⁴. L'exigence de la proportionnalité vise donc à garantir que seule une atteinte strictement nécessaire et n'ayant aucun autre moyen de l'éviter soit causée au secret médical.

A titre de droit comparé, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) française a, dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, rappelé qu'« *il n'est pas possible de mettre en œuvre des relevés obligatoires des températures corporelles de chaque employé/agent/visiteur à adresser quotidiennement à sa hiérarchie ; ou encore, la collecte de fiches ou questionnaires médicaux auprès de l'ensemble des employés/agents* » ; car de telles mesures envisagées par les employeurs paraissent manifestement excessives⁸⁵. En effet, même s'il est normal, voire impérieux, qu'en cas de crise sanitaire à l'instar de celle liée à l'infection à la COVID-19, que les autorités publiques, sanitaires et surtout politiques, et même les employeurs, doivent prendre, conformément aux devoirs qui sont les leurs, des mesures coercitives et intrusives qui limitent évidemment les libertés et les droits fondamentaux des citoyens, celles-ci ne garderont leur légitimité que si leur proportionnalité est vérifiée⁸⁶. En ce sens que, malgré l'urgence née de la crise, tout ne saurait être autorisé ; il faut un minimum de retenu ou de règle à respecter.

En outre, cette proportionnalité implique, dans une certaine mesure, la temporalité du traitement des données de santé ; dans la mesure où il faut s'assurer que le traitement se fait juste de façon ponctuelle de manière à préserver, entre autres, le droit à l'oubli de la personne concernée⁸⁷.

⁸³ *Ibidem.*, p. 443.

⁸⁴ *Ibid.*, p.444.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

II- LES RECHERCHES MEDICALES POUR UNE MEILLEURE GESTION DE LA COVID-19 : LA FRAGILITE DE LA MEDECINE TRADITIONNELLE

La recherche des solutions contre la propension fulgurante de la COVID-19 a mis à nu les nombreuses limites des systèmes sanitaires de tous les pays du monde, de même que le système pharmaceutique jusqu'ici en vigueur. Le temps passe, les victimes se comptent par milliers, la « solution » reste introuvable. Dans ce contexte, tous les efforts sont mis à contribution. Annoncée en grande pompe et faisant face à de nombreuses critiques, la solution du Professeur DIDIER RAULT fondée sur l'administration sous une forme modifiée de la chloroquine ne fait pas l'unanimité. Face à toutes ces hésitations de la médecine moderne, une lueur d'espoir est donnée par la pharmacopée traditionnelle. Dans cette dynamique, on verra la floraison de tout type de « potions » qui seraient dotées de vertu thérapeutique. Il en sera ainsi de la *Covidorganics* Malgache, du *Kledacurs* de Monseigneur Samuel KLEDA, Archevêque de Douala, pour ne citer que celui-là. La mise à disposition de cette potion dont les vertus thérapeutiques ne sont plus à démontrer, pose un problème juridique de fond qui est celui de redéfinir la législation camerounaise en matière d'accès aux professions médicales (A) ; ce qui traduit, par ailleurs, la nécessité d'un meilleur encadrement de la pratique de la médecine traditionnelle (B).

A- La nécessité de redéfinir la législation en matière d'accès aux professions médicales

La crise sanitaire née de la pandémie de la COVID-19 va remettre à jour l'épineux problème d'accès aux professions médicales au Cameroun. En effet, l'état d'urgence dû à la crise sanitaire que traverse le monde va permettre à la médecine traditionnelle camerounaise de donner le ton relativement au médicament pouvant traiter cette maladie : le *Kledacurs*. Bien qu'ayant fait ses preuves dans la guérison des personnes atteintes de la COVID-19, ce médicament, issu de la médecine traditionnelle, sera confronté au problème de sa mise sur le marché (1) ; ce qui suscite, par conséquent, le problème d'accès même à la médecine traditionnelle (2).

1- Le problème de l'autorisation de mise sur le marché

L'autorisation de mise sur le marché a pour finalité d'éviter les préjudices sanitaires liés à la qualité des produits pharmaceutiques⁸⁸. Ces préjudices peuvent induire des conséquences

⁸⁸ SPENER (Y.), « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : Appréciation au regard des mesures de lutte contre la COVID-19 » in *LE NEMRO, Dossier spécial : La COVID-19 et le droit*, RTDE, avril-juin 2020, p. 221.

irréversibles pour la santé du patient⁸⁹. Il nécessite de souligner que dans tous les États du monde, il existe un circuit du médicament qui est suivi et encadré par des mesures réglementaires et législatives ; pour être commercialisé, tout médicament fabriqué industriellement doit faire l'objet d'une AMM⁹⁰. Ainsi, lorsque les exigences de sécurité, de qualité et d'efficacité qui doivent être garanties par l'AMM ne sont pas respectées, les médicaments sont généralement considérés comme des « faux ». Avant qu'il ne soit vendu dans des pharmacies autorisées, les autorités compétentes évaluent la qualité, la sécurité et l'efficacité de chaque médicament. A l'issue de cette expertise, et lorsque la qualité, la sécurité et l'efficacité du médicament ont été jugées satisfaisantes, il sera autorisé à être vendu dans une pharmacie autorisée⁹¹. Sinon, la vente du médicament ne sera pas autorisée⁹². Une fois autorisé, le médicament peut être retiré du marché s'il s'avère nocif pour la santé⁹³. Ce fut le cas avec la chloroquine qui fut retirée de la liste des médicaments utilisés dans la lutte contre le paludisme, eu égard au taux d'échec thérapeutique élevé⁹⁴.

En effet, la crise sanitaire dû à la pandémie du corona virus à laquelle fait face le monde a amené les victimes à utiliser les médicaments non homologués afin de recouvrer la guérison escomptée. Ceci dans la mesure où, il n'existe actuellement aucun médicament validé pour la prise en charge de la COVID-19, toute prescription d'un médicament hors protocole de recherche constitue une prescription « hors AMM », c'est-à-dire ne respectant pas les indications reconnues par l'autorisation de mise sur le marché délivré par les pouvoirs publics⁹⁵. Pourtant il est évident de constater que la pandémie de la COVID-19, ne cesse de présenter à la face du monde de nombreuses « recettes miracles », présentées comme des protocoles de son traitement, sans qu'ils aient fait la preuve scientifique de leur efficacité. Nous pouvons noter le cas du Covid-Organics (CVO) qui est une décoction à base de plantes composée à 62 % d'*Artemisia annua* (armoise

⁸⁹ BISTER (S.), *L'encadrement par le droit de l'Union européenne de la qualité et de la sécurité des médicaments et dispositifs médicaux. Implications en droit français*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse, 10 mars 2017, p. 13 ; cité par SPENER (Y.) « Les principes directeurs du droit pénal moderne à l'épreuve de la crise : Appréciation au regard des mesures de lutte contre la COVID-19 », *op cit.*, p. 221.

⁹⁰ SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 221.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibid.*, p. 222.

⁹³ Ce fut le cas avec l'utilisation de la chloroquine contre la COVID-19 malgré le défaut d'AMM ; ce qui a conduit les autorités à s'opposer à sa commercialisation.

⁹⁴ Décision N°358/D/MSP/CAB du 8 août 2002 portant retrait de la chloroquine de la liste des médicaments utilisés dans la lutte contre le paludisme.

⁹⁵ SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 222.

annuelle), et 18% d'autres substances naturelles (la composition complète de la potion n'étant pas dévoilée) présentée le 19 avril 2020, par le Président malgache Andry RAJOELINA comme un remède à la COVID-19⁹⁶. En effet, selon le gouvernement Malgache, ce sont les travaux de l'Institut Malgache de Recherches Appliquées (IMRA) qui ont abouti à l'élaboration du CVO qui serait d'après son chef de l'Etat, un traitement « préventif et curatif » contre la maladie dont l'efficacité est démontrée: « *Aujourd'hui à Madagascar, on a eu 171 cas dont 105 guéris. (...) Les patients guéris ont pris uniquement ce produit Covid-Organics.* »⁹⁷.

C'est dans le même sens que l'archevêque de Douala, Monseigneur Samuel KLEDA, surprenait l'opinion publique, en date du 25 avril 2020, en annonçant avoir mis sur pied un « remède » à base de plante qui soigne de la COVID-19. Il fera d'ailleurs une sortie pour préciser que son produit « soulage les symptômes du coronavirus » ; ce qui va provoquer un emballement politico-médiatique sans précédent depuis l'apparition de la pandémie. En effet, répondant à une question de *Cameroon Tribune*, il précisera qu' « *À l'heure actuelle, je puis dire que le produit est très efficace contre le coronavirus. Nous n'avons enregistré aucun décès parmi les malades sur lesquels nous avons appliqué notre produit. Même les personnes dont l'état clinique était déjà avancé ont recouvré la santé et parmi elles, nous comptons beaucoup de médecins, puisqu'ils sont les plus exposés* »⁹⁸.

Cependant, il convient de noter que face à ces mesures de lutte contre la COVID-19, plusieurs organisations vont souligner le manque de preuves scientifiques concernant leur efficacité ; d'où l'impossibilité de parler de « médicament » d'un point de vue scientifique. Même si le Gouvernement camerounais a donné son aval pour accompagner cette solution locale, il nécessite de souligner que l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) va insister sur la nécessité de valider scientifiquement cette dernière pour une sécurité certaine des patients. Allant dans le même sens, le bureau régional de l'OMS pour l'Afrique va publier un communiqué appelant à la prudence en ces termes : « *Même lorsque des traitements sont issus de la pratique traditionnelle et de la nature, il est primordial d'établir leur efficacité et leur innocuité grâce à des essais cliniques rigoureux. (...) Des plantes médicinales telles que l'Artemisia annua sont considérées*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ CHRISTINE (M.), « Le traitement anti-covid-19 : la cure de Mgr Kleda », *Cameroon tribune*, 08 mai 2020, <https://www.cameroontribune.cm/article.html/32335/fr.html/traitementanti-covid-19-la-cure-de-mgr>, consulté le 13 juillet 2021.

comme des traitements possibles de la covid-19, mais des essais devraient être réalisés pour évaluer leur efficacité et déterminer leurs effets indésirables »⁹⁹. D'après l'OMS, en effet, la promotion de médicaments qui n'ont pas fait leurs preuves « peut mettre les populations en danger et les empêcher d'appliquer les mesures telles que le lavage des mains et la distanciation physique, qui pourtant sont des éléments cardinaux de la prévention de la Covid-19 »¹⁰⁰.

2- La nécessité d'organiser l'accès à la médecine traditionnelle

L'accès à la médecine traditionnelle au Cameroun pose de sérieux problèmes qui traduisent sa nécessité d'être organisée. Il convient de souligner que la législation camerounaise en matière d'accès aux professions médicales¹⁰¹ est intervenue dans un contexte particulier il était beaucoup plus question de tailler ces professions à l'exclusivité des personnes formées, ou mieux pour des personnes diplômées de la médecine. En effet, compte tenu de la prolifération des actes de charlatanisme, les pouvoirs publics avaient intérêt à mettre en place un outil permettant de les limiter afin de répondre en urgence et à chaud à des attentes de l'opinion publique¹⁰². C'est ce qui justifierait le fait que le législateur se soit abstenu d'élaborer une définition précise des conditions d'accès aux professions médicales, laissant ainsi la latitude aux juges de sanctionner toutes les activités des personnes sans titre jugées dangereuses pour la santé publique¹⁰³.

Cependant, force est de constater que la manière dont la violation des règles d'accès aux professions médicales se commettrait autrefois est différente de celle que nous connaissons actuellement avec la COVID-19. En effet, l'exercice illégal de la profession médicale était l'œuvre des illuminés ou charlatans qui prétendaient avoir inventé des remèdes miracles pour soigner toute sorte de pathologies ou qui croyaient avoir des connaissances héritées des ancêtres ou de Dieu afin de pouvoir soulager ou de guérir un malade. Il s'agit, en outre, de l'exercice de la médecine moderne par une personne non diplômée¹⁰⁴. Mais avec la COVID-19, nous avons des praticiens qui, s'appuyant sur la promotion de leurs remèdes par les pouvoirs publics, déclarent abusif le monopole de la profession médicale et refusent d'être assimilés aux charlatans¹⁰⁵.

⁹⁹ Communiqué de l'OMS, le 04 mai 2020, accessible sur <https://www.afro.who.int/fr/news/loms-soutientune-medecine-traditionnelle-reposant-sur-deselements-scientifiques-probants>, consulté le 13 juillet 2021.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ V. la loi n° 90-36 du 10 août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin et la loi n° 90-035 du 10 août 1990 portant exercice de la profession de pharmacien.

¹⁰² SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 223.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ TGI du Mfoundi, Jugement n° 42/CRIM/2018 du 12 jan. 2018, Ministère public et MELI Pierre c/ TALAKA Bernard.

¹⁰⁵ SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 223.

Toutefois, malgré le désastre que cause la COVID- 19 sur la santé publique, et la carence de soins ou de médicament appropriés, la promotion des médicaments traditionnels ne devrait, en principe, être critiquée¹⁰⁶.

La science médicale n'étant pas à même de guérir l'ensemble des maux dont l'homme peut être affecté, il convient, en effet, de ne pas négliger complètement les remèdes inventés et expérimentés par les tradi-praticiens de santé¹⁰⁷. Ces produits faits à base de plantes ou de toute autre substance naturelle, utilisés dans la médecine traditionnelle connaissent, aujourd'hui, un engouement considérable. Ce qui peut se justifier par deux raisons : premièrement, nous avons la rareté ou même l'inexistence des médicaments de la médecine moderne ; et deuxièmement, nous avons le coût souvent élevé de ces médicaments qui n'est pas à la portée de tous. Dès lors, il convient de rechercher d'autres réponses afin d'éradiquer la maladie ; en accordant par exemple des AMM aux promoteurs sérieux des remèdes traditionnels¹⁰⁸. Encore faudrait-il que ces promoteurs soient recensés et l'efficacité de leurs produits approuvée au préalable. Le Cameroun doué de son impressionnante faculté de se propulser dans le domaine de la pharmacopée traditionnelle, n'en démord pas lorsqu'il faille guider ses interjections psychosociales sur un traitement à base de plantes, le droit ne devrait se permettre de sanctionner une telle activité qui, loin d'être nuisible, est plutôt utile à la santé publique¹⁰⁹. Face à la COVID-19, la tentation est de promouvoir des médicaments qui n'ont été validés par aucun essai clinique ; ce qui justifie, au demeurant, de remettre à l'ordre du jour l'épineux problème d'encadrement de la médecine traditionnelle.

B- La nécessité d'un meilleur encadrement de l'exercice de la médecine traditionnelle

L'encadrement de la médecine traditionnelle apparaît clairement comme l'un des grands défis de son exercice efficace au Cameroun. La nécessité de cet encadrement juridique tient compte des opportunités que présente cette médecine pour la réalisation effective et efficace du droit à la santé pour tous, mais aussi des difficultés d'ordre pratique qui empêchent encore son plein déploiement et son acceptation générale par tous¹¹⁰. Il est inconcevable qu'une activité si bénéfique

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibid*.

¹⁰⁸ *Ibid*.

¹⁰⁹ *Ibid*.

¹¹⁰ FOE NDI (C.), *La mise en œuvre du droit à la santé au Cameroun*, Thèse de doctorat en droit public, Université d'Avignon, 2019, p. 298.

soit restée dans l'informel¹¹¹. L'encadrement est l'un des objectifs majeurs des organisations mondiales et régionales, notamment l'UA¹¹², l'OMS¹¹³ et l'UNESCO¹¹⁴, qui en ont fait un objectif stratégique dans l'intégration de la médecine traditionnelle aux systèmes de santé africains. Le Cameroun, ne s'étant pas encore arrimé aux recommandations de ces organisations, doit nécessairement, sur la base de ces textes, réglementer l'exercice de sa médecine traditionnelle (1), afin de contribuer, avec le nécessaire soutien à apporter à la recherche et à la formation de cette médecine (2), à assurer sa promotion dans l'intérêt des patients¹¹⁵.

1- La nécessité d'adopter un cadre juridique de promotion de la médecine traditionnelle

D'après l'objectif stratégie numéro 2 de la *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023*, il faut renforcer l'assurance-qualité, la sécurité, l'usage approprié et l'efficacité de la médecine traditionnelle en réglementant les produits, les pratiques et les praticiens. L'Etat du Cameroun ne s'est pas encore arrimé à cet objectif bien qu'il existe des portions de textes épars qui encadrent quelques aspects liés à la médecine traditionnelle. Quoiqu'il en soit, il est plus que jamais indispensable de définir un cadre juridique clair réglementant les aspects énoncés dans l'objectif stratégique de l'OMS pour une meilleure promotion de la médecine traditionnelle.

L'encadrement de l'exercice de la médecine traditionnelle au Cameroun apparaît comme une nécessité compte tenu des opportunités qu'elle présente pour l'amélioration de l'accès aux soins et à des traitements efficaces pour des millions de personnes pauvres, vulnérables et exclues du système de santé conventionnel¹¹⁶. Cet encadrement s'inscrit également dans l'urgence au regard de tous les inconvénients causés par l'anarchie qui prévaut actuellement dans la médecine traditionnelle, pendant ce contexte marqué par la crise sanitaire, et qui favorise le charlatanisme¹¹⁷. Il nécessite de souligner qu'au Cameroun, malgré une reconnaissance tacite de la médecine traditionnelle, aucune action concrète n'a été prise en vue de la réglementer et d'organiser son exercice. C'est dans ce sens que le Ministère de la santé publique dira que la médecine traditionnelle est envahie par des charlatans et que le faible encadrement et suivi des activités des

¹¹¹ KAMGOUI KUITCHE (V.), *La médecine traditionnelle en droit de la santé. Pour une intégration du droit dans le système de santé traditionnelle*, Harmattan Cameroun, 2017, p. 12.

¹¹² V. à cet effet, UA, *Plan d'action de la décennie de la médecine traditionnelle (2001-2010)*, pp. 7-8.

¹¹³ V. aussi OMS, *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023*, p. 47.

¹¹⁴ V. enfin, Comité international de bioéthique (CIB), p. 17.

¹¹⁵ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 298.

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 300.

¹¹⁷ *Ibid.*

tradi-praticiens ne lui permet pas d'en avoir la maîtrise et le contrôle, ce qui contribue immanquablement à l'augmentation de la morbidité et de la mortalité¹¹⁸. Pour faire face à ce contexte il nécessite que de véritables processus de réglementation et d'organisation de la médecine traditionnelle soient enclenchés.

En effet, la crise sanitaire déclenchée par la COVID-19, nous a permis de savoir la place qu'occupe la médecine traditionnelle dans notre pays. L'attitude des pouvoirs publics et de la société toute entière montrent que cette forme de médecine est moins nuisible pour la santé publique¹¹⁹. Comment comprendre qu'une activité si bénéfique soit restée dans l'informel ? Devant l'insuffisance avérée de la législation camerounaise en matière d'accès à la profession médicale, n'allons-nous pas chercher loin des moyens de mieux lutter contre la COVID-19 en dehors de la réglementation de la médecine traditionnelle¹²⁰. La réglementation de l'exercice de la médecine traditionnelle constitue, en effet, une solution aux limites de la médecine conventionnelle. Vouloir intégrer l'exercice de la médecine traditionnelle de manière générale dans le système de santé n'est pas synonyme d'abandon de la médecine moderne.

Raison pour laquelle, depuis près d'une décennie, il existe un projet de loi et un ensemble de réglementations portant sur la médecine traditionnelle qui ont été préparés par le Ministère de la santé publique qui, malheureusement, ne sont restés qu'à l'étape de projet et le secteur continue d'exister et d'exercer dans l'informel sous une forme de tolérance des autorités gouvernementales¹²¹. Ce qui est loin de promouvoir la médecine traditionnelle et source de « nombreuses dérives observées sur le terrain de la part des acteurs »¹²². Cette situation et les opportunités de la médecine traditionnelle démontrent à suffisance l'intérêt de la légaliser et d'encadrer sa pratique au Cameroun.

Soulignons qu'au plan international, les organisations intergouvernementales ont défini un cadre stratégique dans lequel devrait s'inscrire tout processus législatif visant à reconnaître et à organiser l'exercice de la médecine traditionnelle¹²³. En effet, le *Plan d'action* de l'UA recommande d'engager un certain nombre d'activités parmi lesquelles : l'adoption d'un plan-cadre

¹¹⁸ Ministère de la santé publique, *Stratégie sectorielle de santé 2016-2027*, p. 71.

¹¹⁹ SPENER (Y.), *op. cit.*, p. 223.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 300.

¹²² Ministère de la santé publique, *Exposé des motifs du projet de loi portant organisation et exercice de la médecine traditionnelle au Cameroun*, inédit, pp. 4-5.

¹²³ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 301.

juridique pour la pratique de la médecine traditionnelle et un code éthique pour les tradipraticiens ; l'élaboration d'une politique nationale en matière de médecine traditionnelle ; la création d'un Conseil national sur la médecine traditionnelle avec une compétence en matière de normalisation des pratiques et des produits de la médecine traditionnelle ; et la création d'une structure permanente relevant du Ministère de la santé publique chargée de la supervision de la mise en œuvre de la politique nationale en matière de la médecine traditionnelle¹²⁴. L'OMS également dans sa *Stratégie pour la médecine traditionnelle*, fixe comme objectif stratégique le renforcement de l'assurance-qualité, l'innocuité, l'usage approprié et l'efficacité de la médecine traditionnelle au moyen de la réglementation des produits, pratiques et praticiens. Cet objectif vise donc à préciser et à compléter l'objectif de l'UA, les deux s'accordant sur la nécessité de réglementer le secteur de la médecine traditionnelle. Pour l'OMS, il est donc primordial de réglementer les produits, notamment par une procédure d'autorisation de mise sur le marché ; et de réglementer les pratiques et les praticiens afin précisément de réduire la perméabilité du secteur aux charlatans et aux pratiques pouvant fragiliser le malade dans sa santé et dans ses droits¹²⁵. Pour l'UNESCO, « *une réglementation adéquate de la médecine traditionnelle est un outil essentiel aux fins de son intégration au cadre général des systèmes de santé* »¹²⁶. Par conséquent, les domaines dans lesquels la réglementation est impérieuse sont nombreux¹²⁷. Malheureusement qu'aucun aspect n'est véritablement pris en compte, vu qu'il n'existe pas jusqu'à ce jour de réglementation portant sur la médecine traditionnelle au Cameroun¹²⁸. Il y a malheureusement lieu de remarquer que l'action du Ministère de la santé publique dans le développement et l'encadrement de la médecine traditionnelle se fait attendre. Ce qui justifie le fait que le MINRESI ait voulu se donner d'effort, sur recommandation du gouvernement, pour fabriquer de la chloroquine sur place afin de lutter contre la COVID-19. Bien que cela soit resté lettre morte, parce qu'enfin de compte ces médicaments seront plutôt importés de l'Inde et étiquetés « *Made in Cameroon* », le gouvernement aurait mieux gagné s'il s'était penché en faveur de la médecine traditionnelle, tout en la promouvant. Ainsi, les grandes Orientations et pratiques de la médecine traditionnelle données par les Organismes internationaux (la mise sur pied des protocoles de diagnostic, de soins, de

¹²⁴ UA, *Plan d'action de la décennie de la médecine traditionnelle (2001-2010)*, op. cit. pp. 7-8.

¹²⁵ OMS, *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023*, op. cit. p. 47 et seq.

¹²⁶ Comité international de bioéthique (CIB), op. cit. p. 17.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 18.

¹²⁸ FOE NDI (C.), op. cit., p. 302.

prévention et de promotion ainsi que la soumission aux procédures d'homologation et de mise sur le marché des produits issus de la pharmacopée traditionnelle) pris en compte par le Ministère de la Santé Publique¹²⁹ devraient simplement être observées. Ce qui aurait permis de revoir la qualité et la quantité du *Kledacurs*, médicament contre la COVID-19, mis sur pied par Monseigneur Samuel KLEDA. Même s'il est, par ailleurs, regrettable que les protocoles de diagnostic, de soins, de prévention et de promotion de la médecine traditionnelle n'aient pas été définis dans le projet de loi et qu'il soit fait un renvoi à un texte réglementaire qui le fera. Cette omission rendrait la loi inopérante dès son adoption et gênerait son action, au moins dans ces domaines, jusqu'à l'édiction de ladite norme réglementaire. Il en est de même pour les procédures d'homologation et de mise sur le marché qui n'ont pas été définies. Ces questions et bien d'autres nécessitent d'être abordées par le législateur afin qu'avec le soutien à la recherche et à la formation en médecine traditionnelle, que cette dernière connaisse une promotion sans précédente.

2- La nécessité de soutenir la recherche et à la formation en médecine traditionnelle

L'encadrement de la médecine traditionnelle constitue un acte de reconnaissance fort des opportunités que représente cette forme de médecine dans l'amélioration de l'état de santé des populations. Nous pouvons citer, comme exemple, le médicament *Kledacurs*, de Monseigneur Samuel KLEDA, qui, malgré le non-respect du protocole de recherche, a fait ses preuves en faisant recouvrer la santé à plusieurs camerounais atteints de la COVID-19. Toutefois, il ne suffit pas d'organiser la profession de tradi-praticiens et de réglementer les produits, les pratiques et les praticiens pour prétendre atteindre l'objectif escompté¹³⁰. En réalité, dans l'optique d'optimiser la contribution de la médecine traditionnelle dans la concrétisation du droit à la santé de toutes les personnes vivant au Cameroun, son arrimage au système de santé apparaît comme une mesure incontournable. Pour cela, au-delà de la mise sur pied d'un cadre de collaboration entre la médecine traditionnelle et la médecine conventionnelle, comme ce fut le cas lors du traitement de la COVID-19 aussi bien par la chloroquine que par le *Kledacurs*, il est nécessaire qu'un soutien soit fait par l'Etat à la recherche et de la formation en la médecine traditionnelle¹³¹.

Il nécessite de souligner, que la recherche et la formation en la médecine traditionnelle sont deux domaines complètement absents du projet de loi sur la médecine traditionnelle au Cameroun.

¹²⁹ Projet de loi portant organisation et exercice de la médecine traditionnelle au Cameroun, articles 3-7.

¹³⁰ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 309.

¹³¹ *Ibidem.*, p. 310.

Toutefois, le Ministère de la santé s'est doté d'une Division de la recherche opérationnelle en santé (DROS) qui est chargée entre autres de la promotion de la recherche opérationnelle et de la vulgarisation des résultats sur la lutte contre les maladies, la santé de la reproduction et la nutrition ; du suivi de la recherche sur l'utilisation des médicaments traditionnels améliorés, bien entendu en liaison avec le MINRESI ; de l'appui à la recherche sur les plantes médicinales et des relations avec l'enseignement supérieur dans le domaine de la formation initiale et continue¹³². Il nécessite de noter, d'après l'examen de ces missions, que cette division joue ou peut jouer un grand rôle dans la recherche et la formation en la médecine traditionnelle ; quoique l'épineuse question du financement de la recherche reste très faible au Cameroun¹³³. Ce qui fait que la recherche soit inexistante, ou encore embryonnaire du point de vue institutionnel. Cependant quelques chercheurs s'investissent, à titre individuel, dans la recherche en santé ; ce que l'Etat devrait d'ailleurs encourager afin de faire éclore les génies en la matière. Malheureusement, à cause des difficultés de financement, leur production reste également très faible. Il y a donc lieu pour les autorités publiques sanitaires du Cameroun de s'y investir¹³⁴.

Quand bien-même la recherche en santé, notamment dans le cadre de la médecine traditionnelle, doit recouvrir plusieurs domaines, d'après le *Plan d'action* de l'UA, elle doit cibler prioritairement des maladies spécifiques à l'Afrique afin de développer la pharmacie traditionnelle africaine normalisée¹³⁵. Pour l'OMS, les Etats membres doivent encourager la recherche sur des formes de médecine traditionnelle susceptibles d'être bénéfiques à leur population et centrer leur attention et leurs ressources limitées sur les produits, pratiques et praticiens les plus susceptibles d'apporter des bénéfices pour la santé¹³⁶. Par ailleurs, ils devraient être les mieux placés pour identifier les types de médecine traditionnelle qui font des promesses exagérées ou qui présentent un risque sanitaire réel¹³⁷. La recherche qui est prescrite en matière de médecine traditionnelle ne doit pas seulement porter sur la production des médicaments, mais aussi sur la réglementation des pratiques et des praticiens.

En effet, dans l'optique de la pérennisation des savoirs traditionnels et de la mise sur pied d'un cadre de collaboration fructueux entre la médecine traditionnelle et la médecine

¹³² Décret n° 2013/093 du 03 avril 2013 portant organisation du Ministère de la santé publique, article 29.

¹³³ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 315.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ UA, *Plan d'action de la décennie de la médecine traditionnelle (2001-2010)*, *op. cit.* p. 11.

¹³⁶ OMS, *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023*, *op. cit.* p. 46.

¹³⁷ *Ibidem*.

conventionnelle, la formation des tradipraticiens et celle des professionnels de santé conventionnelle apparaît comme inéluctable¹³⁸. En outre, les praticiens traditionnels devraient suivre une formation adéquate, afin de parvenir à une collaboration et une complémentarité effective au sein du système sanitaire¹³⁹. Tout ceci est bien conforme au *Plan d'action* de l'UA dans lequel les Etats sont invités à élaborer des programmes scolaires et de formation sur la médecine traditionnelle pour les praticiens de la médecine conventionnelle et à mettre en place des matériels de formation à l'intention des tradi-praticiens¹⁴⁰. Ce qui contribuera inmanquablement à accélérer le développement de l'industrie de la pharmacopée traditionnelle et à favoriser une sorte de tourisme médical ou médicinal au Cameroun ; dans la mesure où des praticiens ou tradipraticiens viendraient se former ou bien des personnes viendraient se faire soigner au Cameroun, ce qui serait également source de rentrée de devises¹⁴¹.

Conclusion

En somme, l'avènement de la pandémie du COVID-19 a permis au Cameroun de mettre en œuvre le principe de précaution dans la prévention du risque médical. En effet, pour faire face à cette pandémie sanitaire d'envergure mondiale, le gouvernement va opter pour une stratégie « *préventive immédiate* » en prenant des mesures barrières. Toutefois, malgré les mesures prises, le virus fera davantage de contaminés. Cette situation va inciter les chercheurs camerounais à s'investir dans les recherches médicales pour une meilleure gestion de la pandémie. Le traitement trouvé, issu de la pharmacopée traditionnelle, fera la promotion de cette médecine, encore fragile. Ce qui justifie la nécessité de la redéfinir, pour une efficacité sans précédente, au grand salut des patients. Entre temps, le vaccin anti-COVID, bien que faisant l'objet de polémique, est de plus en plus encouragé par le gouvernement comme moyen de prévention le plus efficace.

¹³⁸ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 318.

¹³⁹ Comité international de bioéthique (CIB), *op. cit.* p. 18.

¹⁴⁰ UA, *Plan d'action de la décennie de la médecine traditionnelle (2001-2010)*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹ FOE NDI (C.), *op. cit.*, p. 320.

La protection du suspect d'actes de terrorisme en procédure pénale camerounaise

Par :

SAWAWA SOUAÏBOU,
Doctorant en Droit Privé
Université de Maroua (Cameroun)

Résumé :

Dans la stratégie mondiale de lutte contre le terrorisme adoptée sous l'égide des Nations Unies, le respect des droits de l'Homme demeure l'un d'un des piliers importants. En effet, dans le contexte de lutte contre le terrorisme, l'État a l'obligation de respecter ses engagements découlant des traités et accords qu'il a signés en matière des droits de l'Homme. Pour donner une réponse pénale aux attaques sanglantes orchestrées par les groupes terroristes sur le territoire ou contre l'État camerounais, celui-ci, à travers son législateur a voté la loi n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme qui vient s'ajouter aux nombreuses autres qui forment le paysage du droit pénal camerounais. Toutefois, un constat se dégage. En effet, le Cameroun fait l'objet depuis un certain temps de plusieurs reproches pour violation des droits humains notamment du suspect d'actes relevant du terrorisme. Comment expliquer que nonobstant l'internalisation des Conventions internationales en matière de terrorisme dans l'ordre juridique camerounais, le Cameroun continue toujours d'être reproché de violations des droits inhérents au suspect d'actes terroristes ? Ainsi, il convient de dire que partant de l'absence de véritables dérogations du droit procédural camerounais en matière de terrorisme, les textes accordent certains droits et garanties au suspect d'actes terroristes, ce qui traduit sa protection ; mais qui sont inefficaces en réalité dans leur mise en œuvre d'où sa sous-protection.

Mots clés : actes de terrorisme, droits de l'homme, Boko Haram, internalisation, suspect, protection pénale, sous-protection.

Introduction

Le choix fait par les États dans le cadre de la lutte contre le terrorisme tend à construire une politique criminelle¹ considérant la catégorie de délinquant visés comme un ennemi, d'où l'idée de « guerre contre le terrorisme »² ou l'émergence du paradigme³ du « droit pénal de l'ennemi »⁴.

¹ Il s'agit de « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel ». La définition de la politique criminelle a fait l'objet de vives controverses dans la doctrine. Sur ces controverses, v. DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986, 388 p., spécialt. pp. 155 et s., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Coll. « Thémis – Droit privé », 1992, 462 p. ; DONNEDIEU DE VABRES (H.), *La crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, p. 3 ; DANET (J.), « Relire « la politique criminelle des États autoritaires » », in *Le champs pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Paris, D., 2006, pp. 37-52 ; MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse de doctorat d'État en droit, Université de Strasbourg, T. 1, 1987, 511 p., spécialt. p. 2. ; GUEYE (P.), *Les politiques criminelles à l'épreuve de l'évolution de la criminalité transfrontalière organisée en Afrique de l'Ouest*, Thèse, Cheikh Anta Diop de Dakar, 2016, 442 p., spécialt. n°s 32 et s. ; LAZERGES (Ch.), *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Traité de sciences criminelles », 2000, 141 p. spécialt. p. 6 ; . CARIO (R.), *Introduction aux sciences criminelles. Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité de Sciences Criminelles », 5^{ème} éd., 2005, 276 p., spécialt. pp. 202 et s. ; ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, Paris, Cujas, 1954, 2^{ème} éd. 1966, 3^{ème} éd. 1981, pp. 19 et s., *La défense sociale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1985 ; « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Arch. Pol. Crim.*, n° 1, 1975, p. 16. ; HERRAN (T.), « La politique anti-terroriste de l'Union européenne : mythe ou réalité ? », in *Les colloques de l'ISCSJ – n°1 – Les politiques criminelles antiterroristes en Europe*, 2017, pp. 49-68.

² Dans ce sens, v. ALIX (J.) et CAHN (O.) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, Paris, D., 2017, 300 p., CUMIN (D.), « Le droit militaire à l'épreuve de la « guerre contre le terrorisme » Opex et Opint : la problématique de la délimitation spatiale de la guerre et de la paix », in ALIX (J.) et CAHN (O.) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques, op. cit.*, pp. 189-199 ; ARLETTAZ (J.), « L'encadrement constitutionnel de la « guerre contre le terrorisme » », in ALIX (J.) et CAHN (O.) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques, op. cit.*, pp. 203-215 ; LINHARDT (D.), « La guerre contre le terrorisme n'aura pas lieu », in ALIX (J.) et CAHN (O.) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques, op. cit.*, pp. 265-274.

³ C'est-à-dire comme référence pour la construction d'un droit pénal nouveau, v. GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, n° 01, 2010, pp. 69-80. Le paradigme comme socle épistémologique tel qu'entendu par Gaston BACHELARD est un discours de circonstance qui ne saurait décrire une constitution définitive de l'esprit scientifique. D'après lui, il n'est pas impossible qu'un paradigme perde de son universalité, de son utilité et même de sa signification pour laisser émerger devant une expérience nouvelle, un nouveau paradigme, une nouvelle méthode ; v. BACHELARD (G.), *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, 17^{ème} éd., 1987, pp. 139 et s.

⁴ Pour aller plus loin dans la doctrine du droit pénal de l'ennemi, v. JAKOBS (G.), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, pp. 7 et s. ; ZAFFARONI (E. R.), « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC*, 2009, pp. 43-56 ; DELMAS-MARTY (M.), « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 2009, pp. 59-67 ; PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 2009, pp. 3-83 ; CONDE MUÑOZ (F.), « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » », *RSC*, 2009, pp. 19-29 ; CANTEGREIL (J.), « La doctrine du « combattant ennemi illégal », *RSC*, 2010, pp. 81-107 ; DONINI (M.), « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC*, 2009, pp. 31 et s. ; CHAPOUTOT (J.), « Droit Pénal et éradication de l'ennemi : le cas du III^e Reich », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 53-58 ; CORROYER (J.), « Droit pénal de l'ennemi et anticipation », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 131-144 ; DREUILLE (J.-F.), « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence, revue critique*, Université de Savoie, 2012, pp. 149-164 ; GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, n° 1, pp. 69-80 ; GOUPY (M.), « La notion de « criminalisation » de l'ennemi dans la théorie du partisan de Carl Schmitt », *Revue ASPECTS, Revue*

La pénétration du droit pénal de l'ennemi sous l'effet du terrorisme fut d'abord insidieuse puis plus explicite par un empilement dans nombre d'États de textes successifs destinés à lutter contre le terrorisme et la grande criminalité⁵. Le phénomène de terrorisme avait pris déjà de nouvelles couleurs au lendemain du 11 septembre 2001 qui marque selon certaines l'entrée dans une ère d'« hyperterrorisme »⁶. Tant en droit international qu'en droit interne, le terrorisme est conçu comme une criminalité spécifique qui appelle une réaction particulière du corps social, dérogoire du droit commun.

Toutefois, il convient de dire que « le châtement doit avoir l'humanité pour mesure »⁷ ou « il n'y a de droit pénal qu'à partir d'une restriction du droit de punir »⁸ ou encore mieux « le droit pénal est le pouvoir de punir de l'État limité par le droit »⁹. Face au terrorisme, les législateurs nationaux doivent agir pour mettre en place une législation efficace afin de prévenir les actes et le

d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie, n° 4, 2010, pp. 35-49 ; JÄGER (C.), « Le terroriste : Quelle personne juridique ? À propos des théories du droit pénal de l'ennemi », in GOGORZA (A.) et LACAZE (M.) (dir.), *Les colloques de l'ISCJ*, n°1, juin 2017, *Les politiques criminelles antiterroristes en Europe*, pp. 21-30 ; LAGORGETTE (D.), « Diaboliser autrui : étude linguistique des représentations langagières de l'ennemi, du moyen Âge au Journal de 20 heures », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 17-32 ; LAZERGES (Ch.) et HENRION-STOFFEL (H.), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC*, 2016, pp. 649 et s. ; Le BOUËDEC (N.), « Défendre la démocratie contre ses ennemis : légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'état sous la république de Weimar et dans la jeune république fédérale », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 59-79 ; LINHARDT (D.) et DE BELLAING (C. M.), « La doctrine du « droit pénal de l'ennemi » linéaments d'une approche Sociologique », *Jurisprudence-Revue critique*, *Droit pénal et politique de l'ennemi*, 2015, pp. 35-50, « La doctrine du droit pénal de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et société*, Lextenso, vol. 3, n° 97, 2017, pp. 615-640 ; MELANDRI (P.), « « Le terrorisme, voilà l'ennemi » les attentats et la politique étrangère des États-Unis », *Revue d'histoire*, 20^{ème} siècle, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), vol. 4, n° 76, 2002, pp. 45-63 ; PELLERIN (P.), « L'écrivain des lumières comme figure de l'ennemi dans la France de vichy », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 81-99 ; RAZAC (O.), « L'application des peines entre ennemi, citoyen, menace et usager », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 225-234 ; SAADA (J.), « Les « combattants illégaux », des ennemis du genre humain ? Contre le terrorisme en démocratie et malléabilité du droit », *Revue ASPECTS, Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie*, 2010, n° 4, pp. 15-34 ; GONGMOGA KINBABELE, « La figure de l'ennemi en droit pénal camerounais : essai d'une théorie par degré », *CJP*, 2019, pp. 115-138 ; SCALIA (D.), « Droit international pénal : un droit pénal contre l'ennemi », *Jurisprudence-Revue critique*, Droit pénal et politique de l'ennemi, 2015, pp. 147-158 ; THERY (R.), « Peut-on punir le terrorisme ? », *Rue Descartes*, vol. 3, n° 93, 2017, p. 5.

⁵ LAZERGES (Ch.), HENRION-STOFFEL (H.), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *op. cit.*, p. 650.

⁶ HEISBOURG (E), *Hyperterrorisme, la nouvelle guerre*, éd. Odile Jacob, 2001 ; ANDRÉ (Ch.), *Droit pénal spécial*, Paris, coll. « Cours Dalloz-série Droit privé », D., 4^{ème} éd., 2017, 495 p., spécialt. n° 465, p. 369 ; GOZZI (M.-H.), *Le terrorisme*, ouvrage préfacé par le juge Jean-Louis Bruguière, Poitiers, Ellipses, 2003, p. 6 ; AL KAABI (J.), *La gestion de la menace terroriste. Le système français de prévention et de répression*, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017, 383 p., spécialt. p. 4.

⁷ FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, éd. Gallimard, 1975, p. 77.

⁸ LALLEMAND (R.), « Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience », in De KERHOVE (M. V.) (dir.), *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 26.

⁹ ULKENS (F.), « Des peines sans droit », *Journal des tribunaux*, 1998, p. 583.

cas échéant, sanctionner leurs auteurs¹⁰. Les droits de l'homme se sont déployés comme limite au droit de punir dont disposent les États, limite pouvant « parfois être écartée », pour raison d'Etat¹¹.

En matière de terrorisme, le risque est de détruire les libertés au nom de la sécurité et l'équilibrage commence par « une pondération »¹². Lorsque le but recherché est de protéger la sécurité nationale ou la sécurité publique, l'esprit de liberté n'empêche pas d'imposer des restrictions aux droits de l'homme, mais il faut que ces restrictions soient prévues par une loi et contrôlées par un juge, ou une autorité impartiale et indépendante, dans leur légitimité, leur nécessité et leur proportionnalité¹³. Dans ces conditions, l'évaluation du dispositif procédural en matière de terrorisme doit se faire sur son efficacité à garantir la sécurité, à prévenir le terrorisme, mais également sur sa capacité à garantir les valeurs essentielles du procès pénal et les libertés individuelles. Ainsi, pour être performant, l'État renforce généralement la procédure en prenant des mesures spécifiques destinées à assurer la sécurité de tous, alors même que ces dernières sont de nature à porter atteinte à des droits fondamentaux qu'il est censé protéger¹⁴. Cependant la nécessité d'assurer la sécurité ne peut se faire au détriment des valeurs et libertés individuelles par les textes non nationaux mais aussi internationaux¹⁵.

¹⁰ La société internationale impose indirectement aux États de lutter contre le terrorisme, pour les textes généraux v. art. 3 DUDH, art. 9.1 PIDCP, art 5.1 ConvEDH ; pour les textes spéciaux, v. Résolution 1373 (2001), Conseil de sécurité des Nations-Unies, 28 septembre 2001, 4385^{ème} séance, S/RES/1373 (2001) par. 2.e) et Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme art. 1^{er} ; ils doivent prendre des mesures raisonnables et adéquates pour assurer la sécurité des personnes ; v. dans ce sens : CourEDH, Cour (plénière) 6 septembre 1978, *Klass et autres c. République Fédérale d'Allemagne*, req. n° 5029/71 par. 49 et même la Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme adoptée en 1999 à Alger en son paragraphe 2 de l'article 4 : « les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures légales pour prévenir et combattre les actes terroristes conformément aux dispositions de la présente convention ainsi que leur législation nationale respectives ».

¹¹ DELMAS-MARTY (M.), « Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme », *Séminaire Politique criminelle et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, p. ; DELMAS-MARTY (M.) et al, *Procès pénal et droits de l'homme : vers une conscience européenne ; travaux du colloque organisé*, Paris, PUF, 1992 ; DELMAS-MARTY (M.), « Droits de l'homme et systèmes de droit », *Le Débat*, vol. 83, n° 1, 1995, pp. 146-151.

¹² DELMAS-MARTY (M.), *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Le seuil, 2016, coll. « Sciences humaines H. C. », 156 p., spécialt. pp. 69 et s.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Face à une situation exceptionnelle, et légitimé par celle-ci, l'État adopte une prise en charge spécifique du phénomène par la mise en place d'instruments particuliers renforçant le dispositif existant et dérogeant aux règles classiques de procédure destinée à assurer un contrôle du pouvoir ; v. MONTFORT (M.), *La prévention du terrorisme*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, 826 p., spécialt. n° 227, p. 104.

¹⁵ Dans ce sens, v. TREAM (C.), « Au nom de la lutte antiterroriste, des dérives répressives », *Le Monde*, 12 Mars 2002, p. 02.

Comme dans la plupart des pays, le Cameroun a vécu et continue à souffrir de l'agression terroriste. Depuis 2014 au moins, la tranquillité, la stabilité, la sécurité et la salubrité de l'État camerounais sont menacées par des attaques répétées et atypiques des groupes terroristes¹⁶.

La réponse pénale au terrorisme a été au Cameroun similaire à celle de la plupart des autres pays¹⁷ avec une forte réaction autoritaire de la part de l'État et création d'un droit spécial pour les terroristes. « La réaction des États est devenue, partout, massivement sanglante, plus meurtrière que le terrorisme lui-même. Le contre-terrorisme tendrait ainsi à n'être rien d'autre que le terrorisme lui-même »¹⁸. Pour donner une réponse pénale aux attaques sanglantes orchestrées par les groupes terroristes sur le territoire ou contre l'État camerounais, celui-ci, à travers son législateur a voté une loi ayant pour objet la « répression des actes de terrorisme »¹⁹. Cette loi vient s'ajouter aux nombreuses autres, qui forment le paysage du droit pénal camerounais²⁰. Elle consacre un dispositif pénal dérogatoire tant de fond que de forme, applicable à la criminalité terroriste.

Ainsi la présente étude s'inscrit dans le cadre de la procédure pénale. Elle s'intéresse plus précisément sur le suspect d'actes terrorisme. Elle permet de parcourir l'arsenal juridique camerounais pour voir la place des droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme afin d'édifier l'État de droit au Cameroun, confronté avec l'État absolu caractérisant la doctrine anti-terroriste.

¹⁶ Il s'agit de la crise sécuritaire dans la région de l'Extrême-Nord, du Nord-Ouest et du Sud-Ouest du Cameroun.

¹⁷ Il s'agit des pays comme le Sénégal, le Tchad, le Maroc, la Côte d'Ivoire, la Tunisie etc. Sur la législation antiterroriste au Sénégal, v. NDIIOU (T. A.), « Réflexions sur la nouvelle législation sénégalaise antiterroriste », *Droits fondamentaux*, n° 16, janvier 2018, décembre 2018, en ligne : www.droits-fondamentaux.u-paris2.fr, 42 p., en Côte d'Ivoire, v. COULIBALY (M. K.), « Le terrorisme dans le droit pénal ivoirien : une méprise ou une option législative justifiée », *RAMReS*, pp. 17-52. Sur la réponse pénale au terrorisme en Europe et particulièrement en Espagne, v. DE LA CUESTA (J. L.), « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », *RSC*, 1987, n° 3, pp. 589-606 ; ASUA BATARRITA (A.), et ALVAREZ VIZCAYA (M.), « La répression du terrorisme en Espagne », *Arch. pol. crim.*, vol. 1, n° 28, 2006, pp. 215-236 ; LACAZE (M.), « La lutte contre le terrorisme en Espagne : l'État social et démocratique de droit », in ALIX (J.) et CAHN (O.) (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme. Implications juridiques*, op. cit., pp. 63-76.

¹⁸ SOULIER (G.), « Comment combattre le terrorisme ? », in *Le Monde Diplomatique*, Manière de voir, 11 septembre : Ondes de choc, n° 60, novembre - décembre 2001, p. 38 ; GUELDICH (H.), « Vers une coopération judiciaire de l'Union africaine dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in *Mélanges offerts Ridha Ben HAMMED*, 2019, pp. 01 et s.

¹⁹ Il s'agit de la loi n°2014/028 du 23 décembre 2014.

²⁰ Il s'agit entre autres des loi n° 97/009 du 10 Janvier 1997 modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal, loi n° 2016/007 du 12 Juillet 2016 portant Code pénal, loi n° 2005/007 du 27 Juillet 2005 portant Code de procédure pénale, loi n° 2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires, loi n° 2017/012 du 12 Juillet 2017 portant Code de justice militaire.

Dans ce sens, il convient de procéder aux clarifications conceptuelles comme l'a soulevé le Professeur Jean PRADEL, « La définition est un art difficile, car définir, c'est étymologiquement, tracer des limites »²¹.

D'abord, pour mieux appréhender l'expression « protection pénale », il conviendrait de clarifier distinctement ses composantes à savoir, les termes : « protection » et « pénale ». En effet, la protection vient du latin *proteger* : protéger. Elle consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels. Elle désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesures, régime, dispositif...) ²². Le terme « protection » vient du verbe « protéger », qui signifie mettre à l'abri de danger, d'incident²³. Pour dire simple, le concept de protection renvoie juridiquement à une garantie, aux mesures et mécanismes apportés par la loi à un sujet de droit. De son côté, dérivé du terme latin « *poenalis* », l'adjectif « pénale » renvoie à « *ce qui se rapporte aux peines* »²⁴.

Ensuite, si une personne poursuivie constitue une personne physique ou morale, faisant l'objet des poursuites judiciaires, sa dénomination cependant varie en fonction du stade procédural. En effet, au stade de la police judiciaire, elle est considérée comme un suspect²⁵, à l'instruction comme un inculpé²⁶, et au jugement comme un prévenu²⁷ ou un accusé²⁸. Ainsi, le suspect est un terme générique désignant une personne soupçonnée d'avoir participé à la commission d'une infraction et qui n'est pas encore poursuivie. On désigne parfois le suspect comme étant la « personne soupçonnée d'avoir participé à la commission d'une infraction sans que l'action publique ait été encore déclenchée »²⁹.

²¹ PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 18^{ème} éd., 2015, p. 16.

²² CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, D., 12^{ème} éd., 2016, p. 736.

²³ Dictionnaire, *Petit Larousse Illustré*, 2012, pp. 1057-1058.

²⁴ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 751.

²⁵ Dans ce sens, v. l'art. 9 al. 1 du CPPC « Le suspect est toute personne contre qui il existe des renseignements ou indices susceptibles d'établir qu'elle a pu commettre une infraction ou participer à la commission de celle-ci ».

²⁶ Dans ce sens, v. l'art. 9 al. 2 du CPPC « L'inculpé est le suspect à qui le Juge d'Instruction notifie qu'il est présumé désormais comme étant soit auteur ou co-auteur, soit complice d'une infraction ».

²⁷ Dans ce sens, v. l'art. 9 al. 3 du CPPC « Le prévenu est toute personne qui doit comparaître devant une juridiction de jugement pour répondre d'une infraction qualifiée contravention ou délit ».

²⁸ Dans ce sens, v. l'art. 9 al. 3 du CPPC « L'accusé est toute personne qui doit comparaître devant une juridiction de jugement pour répondre d'une infraction qualifiée crime », c'est -à-dire un fait punissable d'une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans.

²⁹ N'DIAYE (S. B.), *La protection pénale des suspects et des personnes poursuivies*, Mémoire Master 2 en Droit Privé, Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest, 2013, p. 2 ; SAWAWA SOUAÏBOU, *La protection pénale des personnes poursuivies pour actes de terrorisme en droit camerounais*, Mémoire de Master recherche, Université de Maroua, 2018, 131 p. ; FARAYE OUSMAN (Y.), *La protection des droits fondamentaux du suspect dans la procédure pénale camerounaise*, Thèse, Université de Maroua, 2021, 466 p.

Enfin, sur la définition d'actes du terrorisme, on relève d'emblée un profond scepticisme sur la possibilité de définir juridiquement le terrorisme. La qualification des actes de terrorisme, en une infraction pénale autonome, constitue une entreprise périlleuse, à laquelle il semble vain de vouloir se livrer³⁰. Le concept de terrorisme est « juridiquement incertain »³¹. Définir « l'acte terroriste » est une entreprise si variable et si subjective que cela s'apparente plutôt à « un exercice relevant de l'art que de la science »³². Autrement dit, la qualification du terrorisme est non seulement difficile³³ mais aussi introuvable³⁴. Par conséquent, toute tentative de définition est vouée à l'échec³⁵. Bien que les institutions internationales aient déjà offert des propositions³⁶, il n'existe pas de consensus établi dans la communauté internationale sur la définition du terrorisme. Aucune définition satisfaisante n'a pu être donnée du terrorisme autant en droit international, qu'en droit interne³⁷.

Le terrorisme est littéralement défini comme « l'emploi systématique de la violence pour atteindre un but politique »³⁸. L'acte de terrorisme est considéré, de manière générale, comme un acte de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus contre des personnes innocentes dans la poursuite d'un objectif idéologique³⁹. Le terrorisme peut également être perçu

³⁰ OTTENHOF (R.), « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *RSC*, n° 3, 1987, p. 611 ; MARGUÉNAUD (J.-P.), « La qualification pénale des actes de terrorisme », *RSC*, n° 1, 1990, pp. 01 et s.

³¹ Projet de loi n° 55, exposé des motifs.

³² BURGESS (M.), « Terrorisme : problèmes de définition », disponible sur le site internet : <http://www.cdi.org/program/document.cfm?documentid=1729&programID=39>, 2003 consulté le 14/04/2020.

³³ OTTENHOF (R.), « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *op. cit.*, p. 611.

³⁴ KOERING-JOULIN (R.), « Infraction politique et violence », *JCP*, I, 3066, n° 1, 1982, Denis SZABO dira qu'il s'agit d'une action « rebelle à toute définition » ; SZABO (D.), *Criminologie*, Montréal, PUM, 1965, p. 375. Le Professeur Jean PRADEL parle de la définition tautologique du terrorisme, v. PRADEL (J.), « Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal », *D.*, 39, 1987, p. 42.

³⁵ CARTIER (M. E.), « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *RSC*, 1995, n° 2, p. 228.

³⁶ La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée le 8 décembre 1999 par la Résolution 54/109 de l'Assemblée générale des Nations Unies, identifie comme acte terroriste (art. 2, para. 1(b)) ; des définitions plus partielles figurent à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée le 15 décembre 1997 par la Résolution 52/164 de l'Assemblée générale des Nations Unies (art. 2, para. 1) ainsi qu'à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977 (art. 1).

³⁷ SOULIER (G.), « Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, n° 3, 1987, pp. 663-675 ; in DELMAS-MARTY (M.), *Raisonnement la raison d'état, vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, pp. 29-49, spécialt. p. 663.

³⁸ Sur les autres appréhensions doctrinales de l'acte de terrorisme : DONNEDIEU DE VABRE (H.), « Répression du terrorisme », *RIDC*, 1973, p. 23 ; Le terrorisme est défini comme « une violence à motivation politique dirigée contre des non combattants », WILCOX (P.), « Le terrorisme reste une question mondiale », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006 ; « Le terrorisme est le recours à la violence ou à la menace de la violence afin de semer la panique dans la société, d'affaiblir ou de renverser les autorités en place et de susciter des changements politiques », LAQUEUR (W.), « Le terrorisme de demain : les nouvelles règles d'un jeu ancien », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006.

³⁹ DAVID (E.), *Éléments de droit pénal international : La répression nationale et internationale des infractions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} éd., éd. 1994, p. 212.

comme l'ensemble d'actes de violence commis par une organisation politique pour renverser le gouvernement ⁴⁰.

En tout état de cause, l'on peut partir d'un constat selon lequel le Cameroun fait l'objet depuis un certain temps de plusieurs reproches pour violation des droits humains⁴¹, notamment de la personne suspectée d'actes relevant du terrorisme. Or, il existe tout un arsenal juridique tant national⁴² qu'international⁴³ tendant à protéger cette dernière en tant que personne humaine. Se pose alors la question de savoir comment expliquer que nonobstant l'internalisation des Conventions internationales en matière de terrorisme dans l'ordre juridique camerounais, le Cameroun continue toujours d'être reproché de violations des droits inhérents à la personne poursuivie pour actes terroristes ? En guise de réponse anticipée, l'on peut dire qu'en partant de l'absence de véritables dérogations du droit procédural camerounais en matière de terrorisme, les textes accordent certains droits et garanties à la personne poursuivie pour actes de terrorisme, ce qui traduit sa protection ; mais qui sont inefficaces en réalité dans leur mise en œuvre d'où sa sous-protection.

Cette sous-protection se traduit non seulement en cas de privation de liberté (II), mais aussi en dehors de toute mesure privative de liberté (I).

I- LA SOUS-PROTECTION RELATIVE DU SUSPECT EN DEHORS DE TOUTE MESURE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

⁴⁰ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 177. Sur les autres appréhensions doctrinales de l'acte de terrorisme : « Le terrorisme est une organisation collective agissant par des moyens d'épouvante » ; DONNEDIEU DE VABRE (H.), « Répression du terrorisme », *op. cit.*, p. 23 ; Le terrorisme est défini comme « une violence à motivation politique dirigée contre des non combattants », WILCOX (P.), « Le terrorisme reste une question mondiale », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006 ; « Le terrorisme est le recours à la violence ou à la menace de la violence afin de semer la panique dans la société, d'affaiblir ou de renverser les autorités en place et de susciter des changements politiques », LAQUEUR (W.), « Le terrorisme de demain : les nouvelles règles d'un jeu ancien », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006.

⁴¹ À travers les différents rapports des organisations non gouvernementales notamment le comité des droits de l'Homme de l'ONU, Amnesty International.

⁴² Constitution du Cameroun, Code pénal, Code de procédure pénale, code de justice militaire.

⁴³ PIDCP, CADHP et la Convention contre la torture.

En procédure pénale, l'enquête⁴⁴ est « une mesure d'instruction consistant à recueillir les témoignages ou autres éléments permettant de parvenir à la manifestation de la vérité »⁴⁵. Ainsi définie, il faut dire que le Code de procédure pénale adopté en 2005 a consacré les principes fondamentaux gouvernant le procès pénal⁴⁶. Cependant, la consolidation de ces principes est confrontée par les législations de crise notamment le terrorisme. La mise en œuvre des règles de droit pénal est gouvernée par une idée maîtresse qui semble être l'âme de la justice pénale sans laquelle toute la puissance attribuée à ses instruments de répression ne serait que ruine de la société qu'ils sont censés protéger⁴⁷.

Partant de l'idée selon laquelle les dispositions du Code de procédure pénale et celles du Code de justice militaire sont applicables lorsqu'elles ne sont pas contraires aux dispositions de la loi de 2014 sur les actes de terrorisme, il faut dire que la sous-protection de la personne suspectée d'actes de terrorisme se traduit par les difficultés de reconnaissance des droits de la défense (B) mais aussi à travers la prédominance des considérations d'efficacité lors de la recherche des preuves mettant à mal les considérations de protection de la personne (A)⁴⁸.

A- La prédominance des considérations d'efficacité lors de la recherche des preuves

Pour faire surgir les preuves de la participation du suspect à la commission de l'infraction terroriste qui ne sont pas encore apparentes, la police judiciaire entreprend des investigations⁴⁹.

⁴⁴ Sur les enquêtes de la police judiciaire, v. DJOUTSOP (P. R.), « L'enquête de flagrance dans le Code de la procédure pénale camerounais », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 79-94 ; NKENGUE (J.-P. S.), « L'O.P. J, l'enquête de police et la torture », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, vol. 1, PUF, 2007, pp. 223-240 ; DÉCIMA (O.), « Les « droits du genre humain » dans l'enquête pénale de la vitalité du traité des délits et des peines », *RSC*, n° 2, 2015, pp. 287-296 ; MIEN (D.) et BARRE (J. F.), « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ Pénal*, 2004, pp. 235 et s. ; SUSINI (J.), « Les moments critiques de l'enquête (aspects de l'odyssée de l'aveu) », *RSC*, n° 04, 1982, pp. 821-829 ; CONTE (Ph.), « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale) », *RSC*, n° 03, 1985, pp. 471-503.

⁴⁵ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 403.

⁴⁶ Pour une analyse générale sur ce Code de procédure pénale, v. ANOUKAHA (Fr.), « La liberté d'aller et de venir au Cameroun depuis le nouveau code de procédure pénale », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 05-20 ; BOKALLI (V.-E.), « La protection du suspect dans le code de procédure pénale », *RASJ*, vol. 4, n° 1, 2007, pp. 9-30 ; DJILA (R.), « Du droit à être jugé sans retard excessif en procédure pénale camerounaise », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, 1998, T. 2, pp. 49 et s. ; FOKO (A.), « Le nouveau code de procédure pénale : la panacée des garanties des libertés individuelles et des droits de l'homme au Cameroun ? », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 21-55 ; MBUNJA (Y.), « Les droits de la défense dans le nouveau Code camerounais de procédure pénale », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 57-77.

⁴⁷ MEBU NCHIMI (J. C.), « Les auspices de la loi n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *RASJ*, n° 2, 2016, p. 25.

⁴⁸ Dans ce sens, v. NOUZIÈRES (R.), *La conciliation entre la lutte pénale contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux*, Mémoire de Maîtrise, Université Laval Québec, 2017, 142 p.

⁴⁹ BOKALLI (V.-E.), « La protection du suspect dans le code de procédure pénale », *RASJ*, vol. 4, n° 1, 2007, p. 19.

Elle va rechercher les papiers, les documents et autres objets susceptibles d'avoir un rapport avec l'infraction et d'apporter une certaine lumière sur les circonstances de celle-ci. La recherche d'efficacité en matière de lutte contre le terrorisme conduit les pratiques à s'orienter vers une finalité préventive au risque de porter atteinte aux libertés individuelles et à des droits fondamentaux tels le droit à la vie privée, à l'inviolabilité du domicile, à la liberté, à la sûreté ou encore aux droits de la défense, pourtant protégés tant nationalement qu'internationalement⁵⁰.

Cependant, en matière de lutte contre la criminalité terroriste, les moyens de recherche de preuve notamment les fouilles (1) et les mesures d'investigations (2) portent atteintes aux droits fondamentaux accordés aux suspects.

1- La mise en œuvre pratique des mesures de fouilles au détriment des droits fondamentaux

Conformément à l'article 87 alinéa 1 du Code de procédure pénale camerounais, les protagonistes aux fouilles sont les officiers de police judiciaire civils ou militaires et toute personne soupçonnée de porter une arme ou tout autre objet de nature à servir à la commission d'une infraction. Le droit de fouille concerne non seulement les personnes soupçonnées de porter une arme ou tout autre objet de nature à servir à la commission d'une infraction, mais aussi peut s'étendre aux véhicules, aux passagers et aux bagages⁵¹. Ainsi, la fouille a un caractère vaste. Elle peut être effectuée dans tout lieu public ou ouvert au public, privé. La personne à fouiller doit être au préalable informée des motifs de la fouille. Par ailleurs, dans le souci de préserver la dignité du suspect, la fouille ne doit en aucun cas être faite avec l'intention de soumettre la personne à fouiller ou un tiers à une forme quelconque d'humiliation ou de vice⁵². La fouille à corps ne doit être opérée que par une personne de même sexe que le suspect⁵³.

Les droits accordés à une personne suspectée de porter une arme ou tout autre objet de nature à servir à la commission d'une infraction terroriste sont restreints lors des opérations de fouilles surtout après une attaque terroriste. En effet, on observe souvent dans la pratique comment lors des différents contrôles routiers ou contrôles d'identité les personnes sont fouillées à corps par

⁵⁰ MONTFORT (M.), *La prévention du terrorisme*, op. cit., n° 229.

⁵¹ V. art. 87 al. 3 du CPP.

⁵² V. art. 87 al. 5 du CPP.

⁵³ V. art. 87 al. 2 du CPP ; v. aussi HERZOG-EVANS (M.), « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *RSC*, 1998, p. 737.

un officier de police judiciaire de sexe différent. Cela peut s'expliquer par le nombre restreint des officiers de police judiciaire civils ou militaires de sexe féminin.

Par ailleurs, les passagers ne sont même pas souvent informés au préalable des motifs de la fouille. Cependant, cela peut se justifier par le fait que les passagers savent au préalable à tel endroit il y aura des contrôles de passagers et de leurs objets, des contrôles d'identité. Ce qui fait que la pratique des fouilles est ancrée dans leurs habitudes. Mais cela n'empêche pas que les personnes qui feront l'objet d'une fouille soient informés au préalable de l'objet de la fouille.

2- Les mesures d'investigation attentatoires à la vie privée

Les mesures d'investigation concernent les perquisitions⁵⁴, saisies⁵⁵ et visites domiciliaires. La police va entreprendre des investigations pour faire surgir les preuves qui ne sont pas encore apparentes. Par conséquent, elle va rechercher les papiers, les documents, les données informatiques et autres objets susceptibles d'avoir un rapport avec l'infraction et d'apporter une certaine lumière sur les circonstances de celle-ci⁵⁶. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, on observe une saisie abusive des biens du suspect sans rapport avec le motif d'interpellation⁵⁷. Les éléments de la sûreté nationale ou de la gendarmerie nationale peuvent avoir recours à des mesures d'investigation qui ont été adaptées à ce type de criminalité⁵⁸. Ces mesures portent principalement atteinte à la vie privée. En effet, conformément aux dispositions de l'article 12 (b) du Code de justice militaire, les officiers de police judiciaire ne peuvent procéder à des perquisitions conformément aux règles du Code de procédure pénale. En principe, pour préserver

⁵⁴ La perquisition est définie comme « la recherche par des magistrats ou des officiers de police judiciaire, en des lieux normalement clos, et plus particulièrement au domicile des citoyens, des objets et documents susceptibles de constituer le corps du délit ou d'apporter la preuve d'une culpabilité », SPENER YAWAGA, *La police judiciaire au Cameroun*, Yaoundé, PUA, Coll. Vadémécum, 2009, n° 147, p. 118. Elle est considérée aussi comme une « mesure d'investigation effectuée en tous lieux (notamment au domicile de la personne poursuivie ou soupçonnée) et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tous les papiers, effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité [...] ; ordonnée soit par le procureur de la république, un officier de police judiciaire ou le juge d'instruction en cas d'infraction flagrante, soit par le magistrat instructeur [...] », CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 759. La perquisition n'est pas la simple présence de l'enquêteur sur les lieux. Elle suppose une intrusion, une pénétration dans les lieux en vue de la recherche d'objets relatifs aux faits poursuivis ; v. PRADEL (J.), *Procédure pénale*, op. cit., p. 374.

⁵⁵ La saisine est la mise de ces objets sous-main de justice. Elle est considérée comme la conséquence logique de la perquisition puisqu'elle tend à maintenir à la disposition de la justice, pendant le cours de la poursuite, le corps du délit ou les moyens de preuve découverts lors de la perquisition. Autrement dit, la saisie consiste à mettre un bien sous-main de justice ou plus généralement sous contrôle d'une autorité ; CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 759.

⁵⁶ BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Paris, D., 27^{ème} éd., 2020, 1210 p., spécialt. n° 537, p. 475.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ ROMANE NOUZIÈRES, *La conciliation entre la lutte pénale contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux*, op. cit., p. 72.

la paix et la tranquillité des familles, les perquisitions et visites domiciliaires ne peuvent avoir lieu de nuit, c'est-à-dire entre dix-huit (18) heures le soir et six (6) heures du matin⁵⁹. Une perquisition commencée avant dix-huit (18) heures peut se poursuivre au-delà sur autorisation du Procureur de la république et dans le cadre de notre étude par le Commissaire du gouvernement⁶⁰.

Cependant, malgré la réglementation des perquisitions, les mesures protectrices de la vie privée et de la dignité humaine lors des investigations des personnes suspectées d'actes de terrorisme sont loin d'être observées dans la pratique⁶¹. Lorsqu'il s'agit du terrorisme, l'ordre public est préservé au détriment des droits de la personne poursuivie. Considérant l'infraction de terrorisme comme un crime, on peut dire que l'exigence d'un mandat de perquisition est inopérante. C'est ce qui traduit généralement dans la pratique les perquisitions effectuées par les officiers de police judiciaire civils ou militaires surtout dans l'hypothèse de flagrance.

Relativement aux horaires des mesures d'investigation, en cas d'urgence avérée, de risque de disparition de preuves matérielles de l'infraction ou de menace contre l'intégrité physique ou la vie de tiers ou des officiers de police judiciaire, ceux-ci peuvent procéder à tout moment à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sur ordre du Commissaire du gouvernement, donné par tout moyen laissant trace écrite. On peut dire que le terrorisme constitue le domaine par excellence de cette exception. Car dans la pratique, on observe des perquisitions qui se font à cinq (5) heures du matin par les officiers de police judiciaire, des perquisitions nocturnes et sans le consentement de l'intéressé en cas de menace terroriste⁶².

B- La protection trompeuse des droits de la défense dans la phase policière

La procédure pénale camerounaise a connu une profonde mutation sous la double influence de la manière dont les enquêtes de police sont menées d'une part, et des garanties procédurales instaurées par divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels le Cameroun a adhéré d'autre part⁶³. Celle-ci se caractérise par l'existence dorénavant des droits de

⁵⁹ V. art. 99 al. 1 du CPP.

⁶⁰ V. art. 99 al. 2 du CPP.

⁶¹ Il en est de même dans le cadre de la répression de la cybercriminalité. À ce sujet, v. HAMAN ADJI (A. D.), « La protection du droit à la vie privée au Cameroun : quel avenir ? », *UMa LEX*, n° 2, vol. 1, 2021, pp. 103-125.

⁶² SAWAWA SOUAÏBOU, *La protection pénale des personnes poursuivies pour actes de terrorisme en droit camerounais*, op. cit., n°s 41 et s.

⁶³ Ce qui a conduit à la libéralisation des règles de droit pénal. Dans ce sens, v. ANOUKAHA (Fr.), « Droit pénal et démocratie en Afrique noire francophone : l'expérience camerounaise », *Juridis Infos*, n° 22, 1995, pp. 71-86, « Droit pénal et démocratie en Afrique noire francophone : l'expérience camerounaise (suite et fin) », *Juridis Infos*, 1995, n° 23, pp. 67-81 ; MINKOA SHE (A.), *Droits de l'Homme et droit pénal au Cameroun*, Coll. « La vie du droit en Afrique », Economica, 1999, 321 p., spécialt. p. 321.

la défense dès la phase de l'enquête de police⁶⁴. Il se concevait de moins en moins que soient extraites des garanties du procès pénal dès la phase policière de la procédure⁶⁵. La recherche des auteurs et des preuves de l'infraction fait en effet partie des actes qui permettent ultérieurement aux juridictions de jugement de rendre leur décision. Aussi, la situation des personnes poursuivies à ce stade se trouve-t-elle sensiblement améliorée. Le Code de procédure pénale entend non seulement reconnaître à leur profit un droit fondamental processuel, mais aussi leur accorde des droits particuliers qui doivent du reste leur être notifiés par l'officier de police judiciaire « dès l'ouverture de l'enquête préliminaire et ce, à peine de nullité » de la procédure⁶⁶.

La mutation de la procédure pénale⁶⁷ camerounaise en matière terroriste se traduit par l'ébranlement du principe de la présomption d'innocence (1) et l'exclusion de certaines garanties en matière de terrorisme (2).

1- L'ébranlement du principe de la présomption d'innocence

En dépit de l'affirmation nette de la présomption d'innocence en droit positif camerounais⁶⁸, celle-ci est passablement malmenée dans la pratique par la présomption de culpabilité. À l'inverse de la présomption d'innocence qui a pour dessein la protection de

⁶⁴ Sur les droits de la défense dans les procédures de droit commun et d'exception notamment en matière de terrorisme, v. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les droits de la défense en matière pénale », in CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (T.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, D., 6^{ème} éd., 2000, pp. 439-457 ; CLÉMENT (S.), *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse, Université de Nantes, 2007, 528 p. ; BELBARA (B.), *La dynamique des droits de la défense dans le code de procédure pénale : Cas de la préparation du procès*, Mémoire de DEA, Université de Ngaoundéré, 2008 ; ALIX (J.), « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *Recueil D.*, 2011, pp. 1699 et s. ; BIANCHI (V.), « Quels droits de la défense pour la personne placée sous surveillance de sûreté ou en rétention de sûreté ? », *AJ Pénal*, n° 03, 2014, pp. 106-109 ; MBUNJA (Y.), « Les droits de la défense dans le nouveau Code camerounais de procédure pénale », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 57-77 ; MIEN (D.) et BARRE (J. F.), « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ Pénal*, 2004, pp. 235 et s. ; TOUILLIER (M.), « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans » », *AJ Pénal*, n° 03, 2016, pp. 119-122.

⁶⁵ BOKALLI (V.-E.), « La protection du suspect dans le code de procédure pénale », *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ LAZERGES (Ch.), HENRION-STOFFEL (H.), « La mutation du droit pénal et de la procédure pénale sous le choc du terrorisme », *Cahiers de la sécurité et de la justice, Revue de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice*, n° 35-36, 2016, pp. 30-38.

⁶⁸ V. art. 14 al. 2 du PIDCP de 1966, art. 11 al. 1 de la DUDH, art. 7 al. 1b de la CADLHP, art. 8 al. 1 CPPC : « Toute personne suspectée d'avoir commis une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui seront assurées ». L'alinéa 2 de cet article prévoit qu'elle s'applique au suspect, à l'inculpé, au prévenu et à l'accusé. La jurisprudence a eu même à rappeler ce principe. C'est ainsi que dans une affaire, la Cour suprême a déclaré : « jusqu'à la déclaration de culpabilité et à sa condamnation, le prévenu bénéficie de la présomption d'innocence (...) », CS, 3 janvier 1980, affaire Onambebe Martin, inédit ; cité par MINKOA SHE (A.), *Droits de l'Homme et droit pénal au Cameroun, op. cit.*, n° 02, p. 188.

l'individu, la présomption de culpabilité est sous-tendue par la protection de la société⁶⁹. La théorie de la présomption de culpabilité cherche à protéger l'ordre public⁷⁰. Les exigences de la lutte contre le terrorisme doivent conduire à abandonner les principes qui devraient garantir les individus contre l'arbitraire⁷¹. Mais, plutôt qu'abandonnés, ces principes semblent être eux-aussi transformés, pour s'adapter à la lutte contre le terrorisme. Ainsi, la présomption d'innocence se transforme en présomption de dangerosité ou de culpabilité⁷².

La théorie du droit pénal de l'ennemi exclut les ennemis de l'ordre public et social que sont les terroristes, d'un certain nombre de garanties comme l'impossibilité du prononcé d'une peine indéterminée du type rétention de sûreté⁷³ fondée sur la dangerosité et non sur la culpabilité⁷⁴ « culpabilité *versus* dangerosité »⁷⁵. « Le droit pénal saisi par la dangerosité » en est

⁶⁹ La protection de la société constitue un obstacle à la mutation du droit pénal, v. PIRES (A.), « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal », *RGD*, 1995, vol. 26, n° 1, pp. 133-154.

⁷⁰ La notion d'ordre public est susceptible d'exégèses multiples. PLANIOL relève qu'« une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » ; MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1951, p. 265. L'ordre public renvoie à l'intérêt social. DUGUIT (L.) le rappelait dans ses écrits en relevant que : « L'ordre public ne peut être que l'intérêt social quelle que soit d'ailleurs la manière dont on le conçoit » ; MALAURIE (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1951, p. 262 ; COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, pp. 95-115, spécialt. n° 6, p. 101 ; v. dans ce sens MONEBOULOU MINKADA (H. M.), « La crise de la présomption d'innocence : regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », *Juridical Tribune*, vol. 4, Issue 2, 2014, n. 165, p. 92.

⁷¹ DELMAS-MARTY (M.), « De l'état d'urgence au depotisme doux », *Libération*, 16 juill. 2017, p. 03 ; *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation, op. cit.*, pp. 25 et s.

⁷² PERRIER (J.-B.), « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion (s) et désillusion (s) », *D.*, n° 36, 2016, pp. 2134-2140, spécialt., pp. 30 et s.

⁷³ La rétention de sûreté (RDS) est une mesure privative de liberté présentée comme ne pouvant intervenir qu'à titre exceptionnel par l'article 706-53-13 et qui permet d'enfermer ces personnes dans un « centre socio-médico-judiciaire de sûreté » après l'exécution de leur peine de réclusion, afin qu'elles y fassent l'objet d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique, aussi longtemps que leur dangerosité l'exige, pendant une durée pouvant être indéfiniment renouvelée. Il s'agit de l'une des branches d'une alternative destinée à lutter contre la récidive à côté de la surveillance de sûreté qui est une mesure simplement restrictive de liberté, applicable à des personnes lorsque leur dangerosité est moins élevée. Pour une analyse détaillée de ces mesures, v. DESPORTES (F.) et LE GUNHEC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 16^{ème} éd., 2009, 1248 p., spécialt. n° s 1163 et s., pp. 1098 et s. ; ODIER (G.), « Rétention de sûreté : quelles mesures pour quelle politique criminelle ? », *L'information psychiatrique*, John Libbey Eurotext, 2008/8, vol. 84, pp. 721-723. Christine LAZERGES parle de la peine après la peine ou la rétention de sûreté, v. LAZERGES (Ch.), « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, n° 03, 2010, pp. 725-741.

⁷⁴ Le glissement de culpabilité à la dangerosité ; v. LAZERGES (Ch.), HENRION-STOFFEL (H.), « La mutation du droit pénal et de la procédure pénale sous le choc du terrorisme », *op. cit.*, pp. 30-38 ; DELMAS-MARTY (M.), *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation, op. cit.*, pp. 25 et s. ; DONGOIS (N.) et LUBISHTANI (K.), « Un droit pénal publicisé dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste », in *Le droit public en mouvement Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, 2020, pp. 167-189.

⁷⁵ PIN (X.), *Droit pénal général*, Paris, D., 10^{ème} éd., 2018, 567 p., spécialt. n° 24.

bouleversé⁷⁶ : C'est la métamorphose de la justice pénale⁷⁷. En effet, le droit pénal de l'ennemi, en distinguant citoyens et ennemis, sonne le glas de l'universalité des droits et libertés fondamentaux, excluant de la communauté des hommes les ennemis⁷⁸.

L'hypothèse de flagrance est une illustration parfaite de la présomption quasi-irréfragable de culpabilité. Cette présomption de culpabilité est renforcée pour les infractions attentatoires à la sûreté intérieure⁷⁹ et extérieure⁸⁰ de l'État et l'infraction de terrorisme⁸¹.

2- La méconnaissance de certaines garanties en matière de terrorisme

La spécialisation de la répression du terrorisme exclut les mis en cause de pouvoir bénéficiant des garanties procédurales issues de la loi de 2005 portant Code de procédure pénale. Il s'agit entre autres de l'institution de la mise en liberté sous caution, des garanties issues de l'article 246 (g)⁸² et celles des articles 584 et suivants du code de procédure pénale instituant *l'habeas corpus*.

La garantie de mise en liberté sous caution de l'article 224 est ignorée devant la juridiction militaire et par ricochet en matière de répression du terrorisme car, le principe est ici celui de la systématique voire de l'automatisme de la détention⁸³. En effet, l'article 224 alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose : « Toute personne légalement détenue à titre provisoire peut bénéficier de la mise en liberté moyennant une des garanties visées à l'article 246 (g) et destinées à assurer notamment sa représentation devant un officier de police judiciaire ou une autorité judiciaire compétente ». Toutefois, les dispositions de cet article ne s'appliquent pas aux personnes

⁷⁶, GIUDICELLI-DELAGÉ (G.) et LAZERGES (Ch.) (dir), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2011, 320 p., spécialt. pp. 47 et s.

⁷⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, op. cit., pp. 25 et s.

⁷⁸ LAZERGES (Ch.), HENRION-STOFFEL (H.), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », op. cit., pp. 649 et s.

⁷⁹ V. art. 111 à 116 du CP.

⁸⁰ V. art. 102 à 108 du CP.

⁸¹ V. art. 1(2) du Règlement N° 08/05-UEAC-057-CM-13 portant adoption de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique Centrale, ratifiée par le Cameroun.

⁸² L'art. 246 (g) du CPP dispose : « Le juge d'instruction peut, par ordonnance, soumettre l'inculpé à des mesures de surveillance judiciaire ou substituer de telles mesures au mandat de détention provisoire, en l'astreignant, soit à une ou plusieurs des obligations prévues aux articles 41 et 42 du Code Pénal, soit à une ou plusieurs de celles énumérées ci-après : g) fournir, en vue de garantir sa représentation en justice : - soit un cautionnement dont le montant et les modalités de versement sont fixés par le Juge d'Instruction, compte tenu notamment des ressources de l'inculpé ; - soit un ou plusieurs garants conformément aux dispositions des articles 224 et suivants ».

⁸³ BIKIE (F. R.), « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi : Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *La Revue des droits de l'homme*, 11, 2017, 21 p. ; *RASJ*, n° 2, 2016, pp. 123-154, spécialt. n° 57, p. 12.

poursuivies pour crime passible de l'emprisonnement à vie ou de la peine de mort⁸⁴. L'infraction terroriste étant sanctionnée principalement, pour ce qui est des personnes physiques, de la peine de mort et de manière résiduelle de l'emprisonnement à vie ou à temps, la garantie de mise en liberté sous caution est donc exclue⁸⁵.

Par ailleurs, les garanties issues de l'article 246 (g)⁸⁶ et celles des articles 584 et suivants du Code de procédure pénale instituant *l'habeas corpus* sont exclues. Avec le principe de la systématique voire de l'automatisme de la détention en matière de terrorisme, ces garanties sont aussi exclues devant le Tribunal militaire statuant en la matière.

En outre, en matière de terrorisme, le droit à l'assistance d'un conseil est loin d'être efficace puisque malgré sa notification par l'officier de police à la personne suspectée d'actes relevant du terrorisme, celle-ci y renonce souvent. D'ailleurs, avec l'urgence qui anime la lutte contre le terrorisme, on doute du recours effectif à un conseil lors de cette phase procédurale. D'autant plus que l'avocat intervient véritablement à partir de la comparution de la personne accusée devant le Tribunal militaire. L'abus de ce droit peut bloquer le déroulement harmonieux des opérations de police et ce serait paralyser la justice. Ce droit doit se comprendre en la possibilité de s'abstenir de parler, de s'exprimer avant de prendre contact avec un avocat, pas en la possibilité de s'interdire de manière catégorique de répondre aux questions des enquêteurs, quel que soit le cas⁸⁷. Dans le cadre de lutte contre le terrorisme, l'analyse de certains procès-verbaux d'enquête préliminaire nous permettent de reconnaître de manière formelle ces garanties. Mais, ne s'agit-il pas d'une question de formalité ? En effet, avec l'urgence qui anime la lutte contre le terrorisme nous

⁸⁴ V. art. 224 al. 2 du CPP.

⁸⁵ Sur les sanctions prévues contre l'infraction terroriste, v. les art. 2, 3, 4, 5, 8, 9 de la loi de 2014 portant répression des actes de terrorisme. Sur la liberté provisoire sous caution ou la libération immédiate, v. KOUANKAM (R. A.), « Requiem pour la détention préventive : la généralisation du « bail » à tous les stades de la procédure pénale dans les provinces d'expression anglaise », *Juridis Périodique*, n° 46, 2001, pp. 76-81 ; TANKOUA (E.), « La libération immédiate. « Un jeu de Ping-Pong dans certaines juridictions » », *Juridis Périodique*, n° 53, 2003, pp. 113-118 ; DJILA (R.), « L'habeas corpus devant le juge de la liberté au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 104, 2015, pp. 104-113 ; KEUBOU (Ph.), « Réflexion sur le caractère exceptionnel de la détention provisoire au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 117, 2019, pp. 179 et s. ; HASSANA, « Le juge pénal camerounais et la protection des garanties du suspect place en garde à vue », *UMa LEX*, n° 2, vol. 1, 2021, pp. 138-151.

⁸⁶ Cet article dispose que : « Le juge d'instruction peut, par ordonnance, soumettre l'inculpé à des mesures de surveillance judiciaire ou substituer de telles mesures au mandat de détention provisoire, en l'astreignant, soit à une ou plusieurs des obligations prévues aux articles 41 et 42 du Code Pénal, soit à une ou plusieurs de celles énumérées ci-après : g) fournir, en vue de garantir sa représentation en justice : - soit un cautionnement dont le montant et les modalités de versement sont fixés par le Juge d'instruction, compte tenu notamment des ressources de l'inculpé ; - soit un ou plusieurs garants conformément aux dispositions des articles 224 et suivants ».

⁸⁷ BOKALLI (V-E.), « La protection du suspect dans le code de procédure pénale », *op. cit.*, p. 19.

pouvons dire que ces garanties sont loin d'être efficace. Il en est ainsi parce que d'autres garanties sont exclues en matière de terrorisme.

II- LA SOUS-PROTECTION RELATIVE DU SUSPECT EN CAS DE PRIVATION DE LIBERTÉ

Page | 450

Le droit à la vie constitue un droit fondamental. C'est dans ce sens que la constitution camerounaise dans son préambule dispose que : « toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale ». D'après le Dictionnaire constitutionnel, « le droit à la vie est le droit de ne pas être mis à mort par ordre ou sur autorisation de l'autorité publique et d'être protégé par l'autorité publique contre les menaces ou les risques d'atteinte à la vie »⁸⁸. La nécessité de protéger la vie s'entend à la protection de la vie privée qui elle-même n'est qu'un aspect de la liberté individuelle et de la sûreté⁸⁹. La protection de la liberté s'entend ainsi au respect de la vie privée et donc à son secret. Il ne peut y avoir atteinte à la vie privée que dans les limites fixées par la loi. La protection de la liberté individuelle s'entend au droit au respect de tout être humain.

Confronté toutes ces garanties avec le phénomène du terrorisme conduit à analyser l'état de protection de la personne suspectée d'actes de terrorisme par rapport au respect du droit à la dignité inhérente à la personne humaine. Ainsi, cette dernière est sous-protégée par la faiblesse des sanctions d'atteintes à ses droits fondamentaux (B). Par ailleurs, les mesures coercitives en cas de privation de liberté restent attentatoires à la liberté individuelle (A).

A- Les mesures coercitives attentatoires à la liberté individuelle

Malgré l'existence de tout cet arsenal juridique⁹⁰ qui tend à protéger une personne suspectée notamment pour actes de terrorisme⁹¹, les atteintes à son intégrité persistent (1). En outre l'atteinte à sa liberté d'aller et venir présente certaines entorses (2)

⁸⁸ DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 318 et 319, v. droit à la vie.

⁸⁹ NGONO (S.), *Le procès pénal camerounais au regard des exigences de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Thèse, Université Paris-Nord (Paris XIII), PUS, 2000, 551 p, spé. p. 219.

⁹⁰ V. art. 5 de la Déclaration universelle, art. 7 du PIDCP, art. 2 de la Convention contre la torture, art. 37(a) et 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 10 de la Convention sur les travailleurs migrants, art. 5 de la Charte africaine, art. 5(2) de la Convention américaine, art. 1 et 2 de la Convention interaméricaine contre la torture, art. 8 de la Charte arabe, art. 3 de la Convention européenne, principe 6 de l'Ensemble de principes, art. 2 et 3 de la Déclaration contre la torture ; art. 2(2) de la Convention contre la torture.

⁹¹ BOKALLI (V-E.), « La protection du suspect dans le code de procédure pénale », *op. cit.*, p. 19 ; BEGOUDE (J. P.), « La loi du 10 janvier 1997 contre la torture, un pas en avant dans la protection des droits de l'homme au Cameroun », *Juridis périodique*, n° 39, 1999, pp. 77-88 ; ONANA ETOUNDI (F.), « La responsabilité des membres de la police judiciaire depuis le nouvel article 132 (bis) du Code pénal sur la torture », *CADH*, n° 1, 1998, pp. 135-147 ; MAHOUE (M.), « L'interdiction de la torture à l'épreuve des circonstances exceptionnelles », *Juridis*

1- La persistance des atteintes à l'intégrité physique et morale du suspect d'actes de terrorisme

Les atteintes à l'intégrité physique et morale du suspect d'actes de terrorisme demeurent une réalité dans les centres de détention et en particulier dans les unités de police et de gendarmerie⁹². Les personnes suspectées d'avoir commis des infractions à la loi portant répression des actes de terrorisme sont même gardées dans les locaux qui ne sont pas les unités d'enquête ni même des maisons d'arrêts⁹³. Dans ces conditions, elles sont très souvent victimes de traitements inhumains, de tortures et d'atrocités aigues perpétrées par les forces de maintien de l'ordre dans le seul but d'extorquer l'aveu de celles-ci⁹⁴.

À l'analyse, on se rend là l'évidence que la pratique de la torture est de plus en plus utilisée compte tenu de la lutte contre le terrorisme. C'est dans ce sens que l'Organisation non gouvernementale Amnesty international en a fait de même et a conclu dans son rapport 2016/2017 que « Des dizaines d'hommes, de femmes et d'enfants accusés de soutenir les membres de BOKO HARAM ont été torturés par des membres du Bataillon d'Intervention Rapide, une unité d'élite de l'armée, sur la base militaire de SALAK, non loin de Maroua ainsi que par les agents de la Direction Générale des Recherches et d'Études, un service de renseignement à YAOUNDÉ ; Certains ont succombé à ces tortures et d'autres ont disparu »⁹⁵. Le recours à la technique de « balançoire », à l'enchaînement, au fouet, à l'isolement, au courant électrique, au feu, aux menaces, entre autres, demeurent monnaie courante dans lesdits centres⁹⁶.

2- Les entorses résultant du délai la garde à vue

Périodique, n° 40, 1999, pp. 88-92 ; GUIMDO DONGMO (B.-R.), « L'interdiction de la torture : une obligation fondamentale en péril ? », in *Études offertes à POUYOUÉ (P.-G.), L'obligation*, Yaoundé, L'Harmattan, 2015, pp. 297-313.

⁹² Pour ce constat, v. rapport d'Amnesty International, La situation des droits humains dans le monde, 2014-2015 ; rapport d'Amnesty International, La situation des droits humains dans le monde, rapport 2016-2017; rapport d'Amnesty International, La situation des droits humains dans le monde, rapport 2017-2018 ; rapport annuel d'Amnesty International, condamnations à mort et exécutions en 2017, rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun en 2015, CNDHL, 140 p ; rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun en 2016, CNDHL ; rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun en 2017, CNDHL ; rapport d'Amnesty International, Bonne cause, mauvais moyens : atteintes aux droits humains et à la justice dans le cadre de la lutte contre Boko Haram au Cameroun, juillet 2016 ; rapport d'Amnesty International, Chambres de torture secrètes au Cameroun violations des droits humains et crimes de guerre dans la lutte contre boko haram, 2017 ; rapport d'Amnesty International, Cameroun : les droits humains en ligne de mire : la lutte contre Boko Haram et ses conséquences, 2015 ; rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun, CDHB, 3^{ème} éd., 2017, p. 24.

⁹³ V. rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun, CDHB, 2^{ème} éd., 2016, p. 14.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ V. rapport d'Amnesty international 2016/2017 sur la situation des droits humain dans le monde publié le 21 février 2017.

⁹⁶ V. rapport sur l'état des droits de l'homme au Cameroun, CDHB, 1^{ère} éd., 2015, p. 10.

Le législateur camerounais de 2017 a adopté le principe unique des délais applicables soit deux (2) jours renouvelables une (1) fois, contrairement à la loi de 2008 qui prévoyait des délais de la garde à vue à deux niveaux : les délais de droit commun pour les gardes à vue décidées par les Officiers de police judiciaire⁹⁷ et le délai de 10 jours exceptionnellement prorogé, en cas de garde à vue ordonnée par le Commissaire du gouvernement⁹⁸. En effet, la durée de la garde à vue en droit commun est plafonnée à 144 heures, six (6) jours⁹⁹, celle relative aux autres matières relevant de la compétence des juridictions militaires est fixée à 48 heures renouvelables une fois¹⁰⁰. À l'expiration de ce délai, ajoute l'article 12 (d) du Code de justice militaire : « la garde à vue peut, sur autorisation écrite du Commissaire du gouvernement, être prorogée de deux (02) autres périodes de 48 heures chacune ». Ce qui fait également une durée maximale de 144 heures.

Pour toutes les autres matières relevant de la compétence du Tribunal militaire, le législateur a cru utile de prévoir des durées particulières. Ainsi, en matière de terrorisme, l'article 11 de la loi de 2014 se décline ainsi qu'il suit : « Pour l'application de la présente loi, le délai de garde à vue est de quinze (15) jours renouvelables sur autorisation du Commissaire du gouvernement compétent ». Analysant cette disposition, la doctrine camerounaise révèle l'institution d'une privation de liberté illimitée car, aucune précision n'est faite sur le nombre de

⁹⁷ V. art. 11 al. c, d et e. de la loi de 2008.

⁹⁸ V. art. 12 al. 4.

⁹⁹ V. art. 119 al. 2 (a et b) du CPP : « Le délai de la garde à vue ne peut excéder quarante-huit (48) heures renouvelables une fois » ; « Sur autorisation écrite du Procureur de la République, ce délai peut, à titre exceptionnel ; être renouvelé deux fois ». Pour une étude de cette durée, v. SPENER YAWAGA, « La garde à vue », in TCHAKOUA (J.-M.) (dir.), *Les tendances de la nouvelle procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, vol. 1, PUF, 2007, p. 66 et s. ; SPENER YAWAGA, « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais », in *Le droit au pluriel, Mélanges en hommage au Doyen Stanislas MELONE*, PUF, 2018, pp. 962 et s. ; BELBARA (B.), « Les techniques d'accélération de la procédure pénale en droit camerounais », *op. cit.*, pp. 894-895 ; *Le temps dans le procès pénal. Contribution à l'étude de la célérité de la procédure pénale en droit camerounais*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2017, n^{os} 49 et s. ; « Le terrorisme comme source des crises humanitaires. À propos de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », in SPENER YAWAGA (dir.), *Crises Humanitaires et Responsabilités*, L'Harmattan, 2018, pp. 292 et s. ; « Le droit d'être traduit dans le plus court délai devant le juge pénal en droit camerounais », *UMA LEX*, n° I, vol. I, 2020, pp. 161-180 ; ANOUKAHA (F.), « La liberté d'aller et de venir au Cameroun depuis le nouveau code de procédure pénale », *op. cit.*, pp. 11 et s. ; FOKO (A.), « Le nouveau code de procédure pénale : la panacée des garanties des libertés individuelles et des droits de l'homme au Cameroun ? », *op. cit.*, pp. 29 et s. ; TIMTCHUENG (M.) et ASSONTA (R.), « Le nouveau visage de la garde à vue dans la procédure camerounaise », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, T. 11, 2007, pp. 98 et s. ; NGAI (C.), « La loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant code de procédure pénale : excursion autour de la garde à vue », *Juridis Périodique*, n° 71, 2007, pp. 110-116 ; DJILA (R.), « L'enquête de police à l'épreuve des droits e l'homme », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, 1997, t. 1, vol. 2, pp. 123-136 ; AMBASSA (L. C.), « Le nouveau régime de la garde à vue dans le Code de procédure pénale camerounais : quel équilibre entre la recherche de la manifestation de la vérité et la protection des droits du suspect », *UMA LEX*, n° 2, vol. 1, 2021, pp. 25-35.

¹⁰⁰ V. art. 12 (c) du CJM.

renouvellement autorisé¹⁰¹. En réalité, ce délai évoque immédiatement la durée que le législateur du 19 décembre 1990 avait prévue en matière de maintien de l'ordre¹⁰².

Tout comme le législateur de 1990 sur le maintien de l'ordre, celui de 2014 en matière de terrorisme a uniformément fixé un délai plancher de 15 jours. Bien plus, il n'a pas cru utile de limiter le nombre de renouvellement admis. Considérant qu'aux termes des 15 premiers jours de garde à vue décidés par les officiers de police militaire, d'autres renouvellements peuvent indéfiniment l'être sur autorisation du Commissaire du gouvernement. Il s'ensuit qu'en réalité, la durée de la garde à vue pour des personnes suspectées de terrorisme n'est pas limitée dans le temps en droit camerounais, laissant ainsi libre accès à l'arbitraire du juge de l'opportunité des poursuites juridictionnelles. Le Commissaire du gouvernement peut alors faire détenir un suspect d'actes terroristes tout le temps nécessaire à la clôture de l'enquête.

Cette préoccupation peut s'expliquer par la complexité des affaires, la dangerosité¹⁰³ des auteurs et par le caractère souvent international des faits qui, notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Tout ceci peut obliger les autorités connaissant de l'infraction à procéder à des investigations lointaines¹⁰⁴. Malgré cela, il reste que cette solution est contraire aux exigences

¹⁰¹ SPENER YAWAGA, *La justice militaire au Cameroun. Réflexions à partir d'une discussion article par article du Code de justice militaire*, Yaoundé, Les éditions du Schabel, 2019, 236 p., spécialt. pp. 66-67 ; « Le principe de proportionnalité en matière pénale. Réflexion à partir du droit pénal camerounais », *op. cit.*, p. 963 ; MEBU NCHIMI (J. C.), « Les auspices de la loi n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 23 ; BIKIE (F. R.), « Le droit pénal à l'aune du paradigme de l'ennemi : Réflexion sur l'État démocratique à l'épreuve de la loi camerounaise n°2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *op. cit.*, n° 52 et 53, p. 11 ; BILOUNGA (S. T.), « L'État camerounais à la croisée des chemins de l'État de droit et de l'État de police (A propos de la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *CJP*, 2015, pp. 09 -32 ; *Recht Afrika* 19, 2016, p. 158 ; BELBARA (B.), « Le terrorisme comme source des crises humanitaires. À propos de la loi camerounaise n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *op. cit.*, n. 107, p. 293 ; BELBARA DJORANDI (A.), « La problématique répression du terrorisme en droit camerounais », *IMJST*, vol. 4, 2019, p. 533 ; *Droits de l'homme et lutte contre le terrorisme au Cameroun*, Thèse, Université de Ngaoundéré, 2020, 371 p. dans le même sens, v. MOUKOU BWO'NYAHRE (R.), « Le droit à un procès équitable au Cameroun : réflexions à partir de la répression du terrorisme au Cameroun », *UMA LEX*, n° I, vol. I, 2020, pp. 235-262.

¹⁰² Sur le maintien de l'ordre en droit pénal camerounais, v. DJILA (R.), « Contribution à l'étude de la protection de la liberté individuelle au Cameroun depuis 1990 », *Juridis Périodique*, n° 26, 1996, pp. 84-96 ; NGWA NFOBIN (E. H.), « Retour sur la question de la garde à vue administrative instituée par la loi n° 90/54 du 19 décembre 1990 relative au maintien de l'ordre », *Juridis Périodique*, n° 90, 2012, pp. 72 et s. ; KITIO (E.), « La garde à vue administrative pour grand banditisme et respect des droits de l'homme au Cameroun (application de la loi n° 90/054 du 19 décembre 1990 sur le maintien de l'ordre) », *Juridis Périodique*, n° 30, 1997, pp. 47-56.

¹⁰³ Sur les implications de la dangerosité, v. RAGNOLO- RAULT (S.), *Le traitement pénal de la dangerosité*, Thèse, Université Côte d'Azur, 2016, 428 p. ; FIECHTER-BOULVARD (F.), « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ Pénal*, 2012, n° 02, pp. 67-69 ; GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité-Droit pénal de l'ennemi », *op. cit.*, pp. 69-80.

¹⁰⁴ Sur la même observation, v. MEBU NCHIMI (J. C.), « Les auspices de la loi n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 23.

du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de décembre 1966¹⁰⁵ et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁰⁶. En l'occurrence, on peut penser que les personnes gardées à vue pendant 20, 30 ou 100 jours ne manqueront pas d'invoquer la violation de l'article 9 (3) du Pacte précité qui dispose : « Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré ». L'indétermination du nombre de renouvellement pourrait constituer une sérieuse entorse à la sûreté et à la liberté d'aller et venir de l'individu interpellé¹⁰⁷.

B- La faible sanction des violations des droits et garanties accordés au suspect en matière de terrorisme

L'activité des officiers de police judiciaire les conduit à l'accomplissement d'actes successifs menant vers la solution du procès projeté¹⁰⁸. Ces actes n'ont cependant de valeur juridique, d'efficacité, que lorsqu'ils sont réalisés selon certaines conditions de fond et de forme, mais aussi en certains lieux et par certaines personnes déterminées ou en présence de certaines personnes¹⁰⁹. Lorsque ces conditions de fond et de forme ne sont pas respectées, la sanction peut être prononcée tant au niveau de l'acte vicié qu'au regard de l'auteur de l'acte. La sanction atteignant l'acte est la nullité¹¹⁰.

Toutefois, en matière de terrorisme, il est très difficile de recourir à la nullité en cas de violation d'une règle de procédure pénale. Malgré que cette nullité puisse être soulevée devant le

¹⁰⁵ Ratifié par le Cameroun le 27 juin 1984, le PIDCP reconnaît à toute personne accusée d'une infraction à la loi pénale le droit d'être « jugé (e) sans retard excessif », et à disposer du « temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » (art. 14 § 3).

¹⁰⁶ Ratifiée par le Cameroun le 20 juin 1988, la CADHP reconnaît, à l'art. 7 (1d), le droit à toute personne d'être « jugé (e) dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale ».

¹⁰⁷ BILOUNGA (S. T.), « L'État camerounais à la croisée des chemins de l'État de droit et de l'État de police (A propos de la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁸ SPENER YAWAGA, *La police judiciaire au Cameroun*, *op. cit.*, n° 270, p. 207.

¹⁰⁹ CONCHON (H.), *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, Harmattan, 2002, p. 8 ; SPENER YAWAGA, *La police judiciaire au Cameroun*, *op. cit.*, n. 170, p. 207 ; *La justice militaire au Cameroun. Réflexions à partir d'une discussion article par article du Code de justice militaire*, *op. cit.*, pp. 84 et s.

¹¹⁰ Sur cette sanction, v. MBUNJA (Y.), « Les droits de la défense dans le nouveau Code camerounais de procédure pénale », *op. cit.*, p. 72. ; ASSIRA (Cl.), « Privations illégales de liberté : les défis de la Commission d'indemnisation des gardes à vue et de détentions provisoires « abusives » », *op. cit.*, pp. 176 et s. ; TEPI (S.), « L'indemnisation des détentions provisoires abusives dans le nouveau Code de procédure pénale », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, éd. spéciale sur le nouveau Code camerounais de procédure pénale, T. 11, 2007, pp. 179 et s. ; HASSANA, « Le juge pénal camerounais et la protection des garanties du suspect placé en garde à vue », *op. cit.*, pp. 188 et s.

juge militaire¹¹¹, il a été difficile pour ce dernier de prononcer cette nullité. Certaines pièces sont souvent écartées si leur obtention est en violation avec les règles de procédure pénale. Même si le juge peut les écarter, il ouvre le débat et va au fond¹¹². À l'égard de l'auteur de l'acte, les autorités défaillantes aux règles qui tendent à protéger la personne poursuivie notamment des infractions terroristes, s'exposent tant aux sanctions civiles et disciplinaires (1) qu'aux sanctions judiciaires (2).

1- Les faiblesses du recours aux sanctions extrapénales

Les sanctions civiles doivent être distinguées des sanctions disciplinaires. En effet, conformément aux dispositions de l'article 12 alinéa 2 du Code de justice militaire, en cas d'inobservation des droits et garanties accordées à une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction en violation de la loi sur le terrorisme, l'auteur de ces actes s'expose à des sanctions civiles. Ainsi, les poursuites en dommages-intérêts sont possibles contre tout officier de police judiciaire civil ou militaire, tout magistrat civil ou militaire ou tout autre axillaire de la justice ayant violé une règle protectrice des droits de la personne poursuivie notamment pour actes de terrorisme¹¹³.

Conformément aux dispositions de l'article 236 alinéa 1 du Code de procédure pénale, toute personne ayant fait l'objet d'une garde à vue ou d'une détention provisoire abusive peut, lorsque la procédure aboutit à une décision de non-lieu ou d'acquittement devenue irrévocable, obtenir une indemnité si elle établit qu'elle a subi du fait de sa détention un préjudice actuel d'une gravité particulière. Certes, l'institution du mécanisme indemnitaire par le législateur pénal 2005 constitue une avancée significative de l'État de droit au Cameroun et une « révolution dans notre

¹¹¹ Il convient de dire que des avocats ont eu à soulever la nullité des procès-verbaux entachés de vices de fond et de forme dans de nombreuses affaires devant le Tribunal militaire de Maroua. Propos recueillis lors des entretiens avec certains avocats. Sur ces nullités, v. AMBASSA (L. C.), « Le nouveau régime de la garde à vue dans le Code de procédure pénale camerounais : quel équilibre entre la recherche de la manifestation de la vérité et la protection des droits du suspect », *op. cit.*, pp. 25 et s.

¹¹² SAWAWA SOUÁIBOU, *La protection pénale des personnes poursuivies pour actes de terrorisme en droit camerounais*, *op. cit.*, n^{os} 122 et s.

¹¹³ Dans ce sens, v. SPENER YAWAGA, *La police judiciaire au Cameroun*, *op. cit.*, n^o 289 et s., pp. 225 et s. ; BELBARA (B.), *La dynamique des droits de la défense dans le code de procédure pénale : Cas de la préparation du procès*, *op. cit.*, n^{os} 174 et s. ; ANOUKAHA (F.), « La liberté d'aller et de venir au Cameroun depuis le nouveau code de procédure pénale », *op. cit.*, pp. 16 et s. ; KITIO (E.), « Observations sur le nouvel article 132 (bis) du Code pénal relatif à la torture (Loi n^o 97-9 du 10 Janvier 1997) », *op. cit.*, pp. 47-52 ; MBUNJA (Y.), « Les droits de la défense dans le système harmonisé actuel au Cameroun », *op. cit.*, p. 75 ; NGNINTEDEM (J- C), « La détention provisoire dans le nouveau Code de procédure pénale camerounais », *op. cit.*, p. 146 ; TEPI (S.), « L'indemnisation des détentions provisoires abusives dans le nouveau Code de procédure pénale », *op. cit.*, pp. 179 et s. ; ASSIRA (Cl.), « Privations illégales de liberté : les défis de la Commission d'indemnisation des gardes à vue et de détentions provisoires « abusives » », *Juridis Périodique*, n^o 116, 2018, pp. 173-179.

droit répressif »¹¹⁴ car sous l'empire du Code d'instruction criminelle, une telle institution n'existait pas. Toutefois, certaines difficultés entravent sa mise en œuvre dont l'une est relative à la personne suspectée et l'autre lui est extérieur. En effet, à l'égard de la personne suspectée, l'analphabétisme constitue un obstacle mettant à mal le mécanisme d'indemnisation¹¹⁵. En outre, la gravité de l'infraction terroriste fait en sorte que la personne qui a fait l'objet d'une garde à vue ou d'une détention provisoire abusive en cas d'une décision de non-lieu ou d'un acquittement devenue irrévocable cherche à être blanchi de cette infraction. Leur grande joie observée au Tribunal militaire de Maroua lorsque que le juge prononce leur acquittement fait en sorte que ces personnes poursuivies oublient ou méconnaissent qu'elles peuvent demander l'indemnité du préjudice subis. Par ailleurs, l'autre difficulté est relative au système d'indemnisation mis en place par le législateur de 2005¹¹⁶.

En outre, les textes portant statut des défèrent membres de la police judiciaire prévoient des sanctions disciplinaires. En effet, conformément aux dispositions de l'article 12 alinéa 2 du Code de justice militaire, en cas d'observation des droits et garanties accordées à une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction en violation de la loi sur le terrorisme, l'auteur de ces actes s'expose à des sanctions disciplinaires. La mise en œuvre de ces sanctions varie suivant le corps concerné¹¹⁷. Des sanctions disciplinaires ont été infligées contre les membres des forces de défense qui avaient commis des actes attentatoires aux droits de l'Homme¹¹⁸. Cependant, ces

¹¹⁴ SPENER YAWAGA, *L'information judiciaire dans le code camerounais de procédure pénale*, Yaoundé, PUA, Coll. Vadémécum, 2007, p. 150.

¹¹⁵ Sur ce facteur, v. FOKO (A.), « Le nouveau code de procédure pénale : la panacée des garanties des libertés individuelles et des droits de l'homme au Cameroun ? », *op. cit.*, pp et s.

¹¹⁶ Sur les insuffisances du système d'indemnisation mis en place par le législateur camerounaises, v. TEPI (S.), « L'indemnisation des détentions abusives dans le nouveau Code de procédure pénale », *op. cit.*, pp. 186 et s.; ANOUKAHA (F.), « La liberté d'aller au Cameroun depuis le nouveau code de procédure pénale », *op. cit.*, pp. 20 et s.; ASSIRA (Cl.), « Privations illégales de liberté : les défis de la Commission d'indemnisation des gardes à vue et de détentions provisoires « abusives » », *op. cit.*, pp. 173-179; HASSANA, « Le juge pénal camerounais et la protection des garanties du suspect placé en garde à vue », *op. cit.*, pp. 188 et s.; SAWAWA SOUAÏBOU, *La protection pénale des personnes poursuivies pour actes de terrorisme en droit camerounais*, *op. cit.*, n^{os} 125 et s.

¹¹⁷ En ce qui concerne la gendarmerie, l'article 19 du décret n° 2001/219 du 9 août 2001 portant statut des personnels non-officiers indique clairement l'existence d'une procédure disciplinaire dont l'organisation relève du règlement de discipline générale dans les forces armées. Les articles 17 et suivants du décret n° 2001/188 du 25 juillet 2001 portant aussi statut particulier des officiers des forces armées décrit les fautes débouchant sur les sanctions disciplinaires, organise la procédure de saisine et du déroulement du conseil de discipline. Par ailleurs, le décret de 2001 portant statut spécial des fonctionnaires de la Sûreté consacre les articles 89 et suivants au régime disciplinaire. Les articles 94 et suivants quant à eux sont consacrés à l'énumération des fautes disciplinaires. Alors que les dispositions qui suivent visent l'énumération des différentes sanctions et de la procédure disciplinaire.

¹¹⁸ V. rapport du Ministère de la justice sur l'état des droits de l'homme au Cameroun en 2015, Yaoundé, octobre 2016, n. 934, p. 313; octobre 2015, 406 p, spé., para. 101 et 102.

sanctions demeurent faibles au regard du nombre d'allégations des violations des droits fondamentaux.

2- La timidité du recours aux sanctions pénales

En vertu de l'article 12 alinéa 2 du Code de justice militaire, l'auteur de violations des droits fondamentaux des suspects s'expose à des poursuites pénales, aux sanctions de l'article 291 du Code pénal. Les sanctions sont aggravées du fait du statut des mis en cause, étant donné que les dispositions de l'articles 131 définissent la qualité de fonctionnaire et 132 qui fait de ce statut une circonstance aggravante permettant de doubler la peine normalement encourue.

Malgré ces poursuites judiciaires intentées contre ces auteurs, il existe un écart entre le nombre apparent et le nombre réel de ces cas de torture, de mauvais traitements inhumains et dégradants au regard des rapports émis par les Organisations Non Gouvernementales. En effet, dans le but de préserver l'éthique et la déontologie professionnelles, il est affecté auprès de chaque formation de combat, un détachement de gendarmes qui jouent un rôle de police et de prévôté. Ce détachement constitué d'officiers de police judiciaire a pour mission de relever les infractions, en rassembler les preuves et déférer les militaires mis en cause devant les juridictions compétentes¹¹⁹.

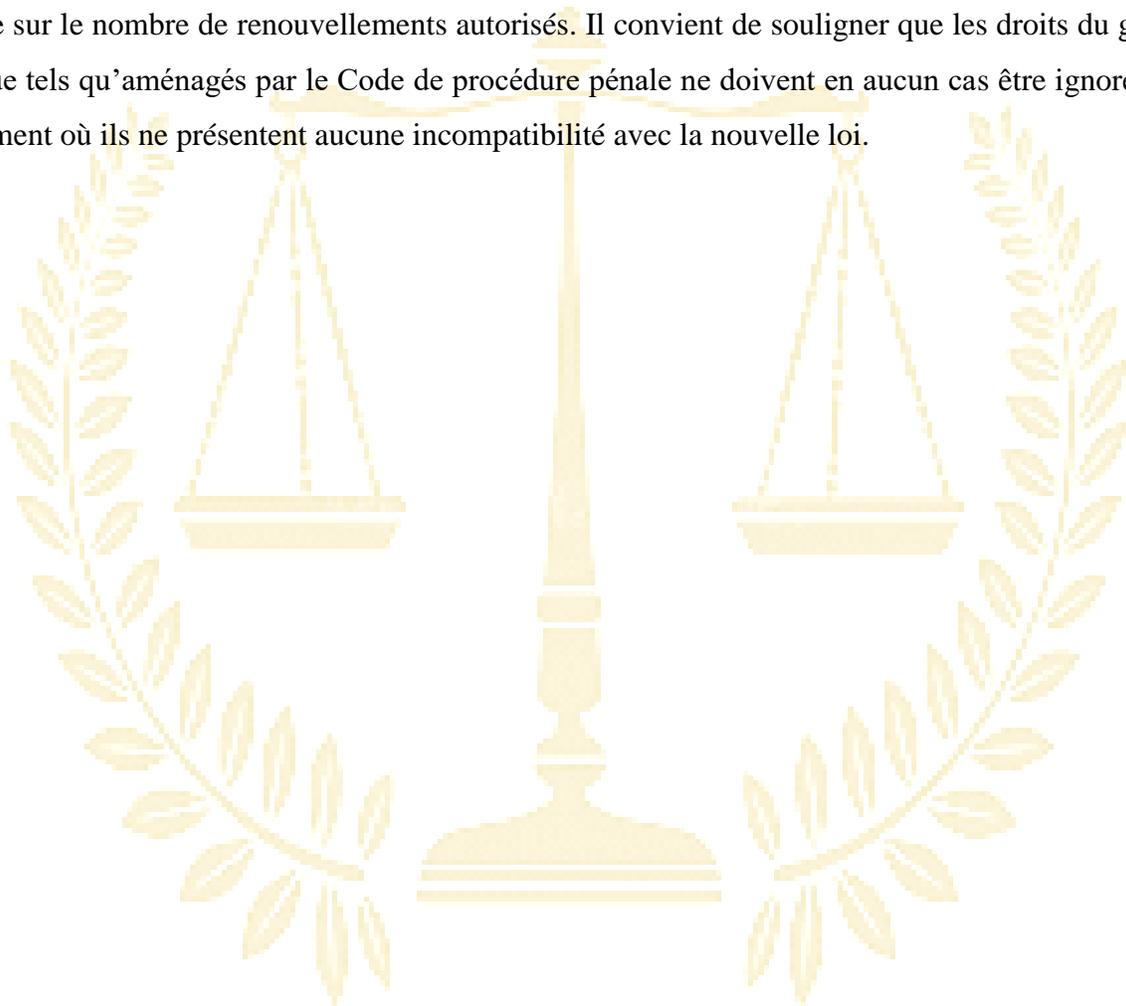
Conclusion

L'analyse de la protection pénale du suspect d'actes de terrorisme en procédure pénale camerounaise a permis de constater que ce dernier est sous-protéger. Cette sous-protection a été démontrée non seulement en dehors de toute privation de libertés, mais aussi en cas de privation de libertés.

D'une part, il convient de dire que la sous-protection s'est traduit par les effets négatifs de la reconnaissance de certains droits dans la pratique notamment la présomption d'innocence mise à l'écart par la présomption de culpabilité. Pour faire surgir les preuves de la participation du suspect à la commission de l'infraction terroriste qui ne sont pas encore apparentes, la police judiciaire entreprend des investigations. Toutefois, la prédominance des considérations d'efficacité lors de la recherche des preuves met à l'écart les considérations de protection des droits des personnes présumées d'activités terroristes à travers des mesures d'enquête au détriment des droits fondamentaux lors des fouilles, des mesures de perquisitions et saisies attentatoires à la vie privée.

¹¹⁹ V. rapport du Ministère de la justice sur l'état des droits de l'homme au Cameroun en 2015, Yaoundé, octobre 2016, n. 933, p. 312.

D'autre part, en cas de privation de liberté, la personne suspectée d'actes relevant du terrorisme est sous-protégée par la persistance des atteintes à l'intégrité physique et morale. Des allégations de violations de ce droit ont été enregistrées contre les forces de sécurité soupçonnées d'exécutions extrajudiciaires et des disparitions forcées. Ceci, malgré l'existence de tout cet arsenal juridique qui tend à protéger une personne poursuivie notamment pour actes de terrorisme. Par ailleurs, les mesures coercitives en cas de privation de liberté restent attentatoires à la liberté individuelle. En effet, le législateur a institué une garde à vue illimitée car, aucune précision n'est faite sur le nombre de renouvellements autorisés. Il convient de souligner que les droits du gardé à vue tels qu'aménagés par le Code de procédure pénale ne doivent en aucun cas être ignorés du moment où ils ne présentent aucune incompatibilité avec la nouvelle loi.



La clientèle en droit OHADA

Par :

Richard ALEMDJRODO

Assistant en Droit Privé
Université de Lomé (Togo)

Résumé :

La doctrine en droit OHADA a repris l'assertion selon laquelle la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce. Il est permis d'en conclure que la clientèle est l'élément indispensable du fonds de commerce. Le droit OHADA, à son corps défendant, se trouve de facto au cœur d'un débat controversé sur la notion de clientèle et sur sa réelle importance dans le fonds du commerce. Si l'essentialité de la clientèle questionne, c'est parce que les autres éléments constitutifs du fonds de commerce que sont, entre autres, l'enseigne, le nom commercial, les marchandises, semblent relégués en arrière-plan, au point de dire que la disparition de la clientèle seule met fin à l'existence du fonds. En analysant la doctrine et la jurisprudence en droit OHADA et en droit français, les nombreuses controverses entourant la notion de clientèle sont passées en revue, controverses par rapport, d'une part, à son caractère indispensable vis-à-vis des autres éléments du fonds, et d'autre part, à l'importance pour le droit OHADA de se démarquer par une position qui prenne en compte la diversité des fonds de commerce. La position ultime de cette étude est donc qu'il est important pour le droit OHADA de prendre en compte la réalité de la diversité ainsi que le caractère aléatoire du fonds de commerce, afin d'ajuster le régime juridique de la clientèle par rapport à certaines réalités nouvelles dans l'aire géographique OHADA, notamment l'expansion des centres commerciaux.

Mots clés : Clientèle, Fonds de commerce, Essentialité, Disparition, OHADA.

Introduction

La clientèle, un des éléments constitutifs du fonds de commerce, est une notion qui a suscité moult débats et controverses en France et ailleurs¹. Des auteurs tels que Ripert et Roblot estimaient que le fonds de commerce était un véritable « droit à la clientèle », de sorte qu'il constituerait un droit de propriété incorporelle analogue, à celui dont dispose l'inventeur sur son brevet². Mais cette position a été contestée, et le fait qu'aujourd'hui le droit commercial peut se construire à partir de la notion d'entreprise, implique qu'il n'est pas besoin de se référer à la clientèle, selon Legeais³. La tentation serait grande de croire que le débat est épuisé, d'autant plus que le droit commercial français et le droit de l'OHADA⁴, demeurent pour l'instant construits autour de la notion de fonds. En outre, la consécration de la clientèle comme élément essentiel du fonds de commerce en droit OHADA, droit dont l'un des objectifs est de rendre la zone OHADA économiquement attractive⁵, mérite que l'on étudie la conception retenue par le législateur communautaire africain⁶.

En droit commercial, la fonction première de la clientèle est de permettre au commerçant de gagner de l'argent, d'engranger des bénéfices. Cela se ressent souvent dans les développements consacrés à cette notion dans les ouvrages de droit commercial, puisqu'ils ont tendance à porter plus sur les moyens qui permettent au commerçant d'atteindre l'objectif premier de la clientèle,

¹ Au Québec, par exemple, ce débat a culminé avec la réforme de 1994, réforme qui a vu le Code civil du Québec supprimer la distinction entre « clientèle civile ou professionnelle » et « clientèle commerciale » en englobant les deux notions sous un seul concept extensif, celui d'« exploitation d'une entreprise » prévu à l'alinéa 3 de l'article 1525. À ce propos, voir A. Benadiba, « La clientèle: cet obscure objet d'appropriation – regards croisés France-Québec », *Revue du notariat*, Volume 114, numéro 3, décembre 2012.

² K. Demonte, *La spécialisation du droit des biens*, Thèse de doctorat, 2020, p. 109.

³ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Éditions Sirey, 1995, p. 70.

⁴ OHADA signifie Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle a été créée par le traité du 17 octobre 1993 signé à Port-Louis à l'Île Maurice. Ce traité a été révisé à Québec le 17 octobre 2008. De nos jours, le traité OHADA compte dix-sept États parties, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁵ Sur l'attractivité, voir P.-G. Pougoué, Y. R. Kalieu Elongo, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008, pp. 175 et s.

⁶ Après tout, le législateur OHADA aurait pu également choisir la voie du droit commercial sans l'institution du fonds de commerce, comme dans le système allemand, droit d'inspiration romaine également, qui privilégie une conception subjective et corporatiste (même si le corporatisme lui-même a évolué) du droit commercial, sans l'ambivalence originelle des réformes révolutionnaires françaises. Voir à ce propos, A. Guineret-Brobbe Dordman, « Le commerçant en droit allemand », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 61, n° 4, 2009, p. 785-813.

plutôt que sur les hommes et femmes qui constituent celle-ci⁷. Dans cette optique, le législateur OHADA n'a pas directement défini la clientèle, mais elle est citée dans la définition alléguée du fonds de commerce, de la réforme du 15 décembre 2010 de l'Acte Uniforme portant Droit du Commerce Général (AUDCG), en son article 135 (ancien article 103 de l'AUDCG⁸) : « Le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». La Cour d'appel de Bobo-Dioulasso reprend une définition de la chambre civile de la Cour de cassation française, définition qui semble prendre en compte les personnes derrière la notion : « *Attendu que la clientèle est l'ensemble des personnes qui sont disposées à entretenir des relations contractuelles avec un commerçant à condition que cette clientèle soit propre au commerçant et qu'elle lui soit personnellement attachée (Civ. 22 octobre 1974, Bull 111, p. 279)*⁹ ». En réalité, l'histoire de cette notion¹⁰ montre que plusieurs définitions sont proposées par la doctrine, française notamment, mais aucune ne permet d'arrêter une conception cohérente quant à sa qualification. D'après le dictionnaire de Gérard Cornu, la « clientèle » peut être définie comme un « ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce, cabinet civil) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués ». ¹¹ La floraison de définition continue avec Cohen, qui considère la clientèle comme l'ensemble des personnes se fournissant chez un commerçant ou recourant à ses services¹².

De plus, la clientèle tend parfois à être confondue avec l'achalandage. Le législateur français ne distingue pas les notions de clientèle et achalandage, mais les discussions doctrinales

⁷ D'où la fameuse phrase du Doyen Savatier : La clientèle est un peuple d'hommes et de femmes », in R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Rev. trim. civ.* 1958.331, 344-346. Dans cette étude, cependant, le sujet de l'incessibilité ou non de la clientèle civile n'est pas abordée.

⁸ Sur la législation antérieure, voir H.-D. Modi Koko Bebey, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Rev. Soc.* 2002, p. 255.

⁹ Cour d'appel de Bobo-Dioulasso, Chambre civile et commerciale (Burkina-Faso), Arrêt No 68 du 14 mai 2003, Société E. c/Société S., Ohadata, J-07-209, p. 5.

¹⁰ À Rome, la clientèle était constituée d'un ensemble de personnes – paysans, esclaves affranchis, citoyens endettés – qui se mettaient sous la protection d'un citoyen puissant en contrepartie de l'octroi de repas ou de faveurs. La clientèle permettait de contribuer à la bonne réputation du « patron » tout en lui fournissant l'appui politique qu'il recherchait. Voir à ce propos, S. Ferré-André, « De la patrimonialisation à la commercialisation des clientèles civiles et des professions libérales », *RTDCom* 1995, 566.

¹¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020.

¹² A. Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Éditions Sirey, t. I, 1937, p. 24, n° 37 ; G. Cendrier, *Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaires*, 6e éd., Dalloz 1934, p. 62, n° 88.

sont nombreuses. Certains auteurs considèrent que les deux termes sont synonymes¹³, alors que pour d'autres, tandis que l'achalandage est l'ensemble de personnes attirées par la situation du fonds, la clientèle est attirée par la personnalité, le renom du commerçant¹⁴. Enfin, une troisième catégorie d'auteurs affirme que la clientèle est une réalité et l'achalandage ne constitue qu'une potentialité¹⁵. En droit OHADA, des auteurs¹⁶ s'accordent pour dire que la clientèle désigne les personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un fonds de commerce en raison de la compétence et du savoir-faire du commerçant. Toutefois, force est de constater que l'intérêt de la discussion demeure purement théorique et qu'en pratique on considère que les deux termes sont synonymes. Ancré dans cette logique, l'AUDCG n'utilise nulle part le terme achalandage¹⁷. La clientèle, dont il est question, doit également résulter d'une activité commerciale, ce qui exclut naturellement une société anonyme qui exerce une activité civile : activité de location immobilière ou activité d'ingénierie.

Ces débats sur la notion de la clientèle avaient déjà cours avant l'adoption de l'AUDCG. Il faut rappeler que dans l'espace OHADA, avant l'entrée en vigueur de l'AUDCG, la loi française du 17 mars 1909 (dite loi Cordelet)¹⁸, alors texte de base en matière de fonds de commerce, avait été rendue applicable outre-mer de diverses manières en vertu de son article 38¹⁹. Seuls le Sénégal et le Mali s'étaient dotés de législations nouvelles, fortement inspirées du texte français de 1909 en matière de vente et de nantissement du fonds de commerce²⁰.

La controverse sur la clientèle ne s'arrête pas à sa définition. Son existence même est sujet à débat dans lequel deux courants doctrinaux s'affrontent. Le premier considère que le fonds de commerce est créé dès qu'il est ouvert au public, ce qui signifie que la clientèle existe dès le jour

¹³ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, par M. Germain, 7e éd., LGDJ, 1972, n° 539, p. 436.

¹⁴ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. III : LGDJ, 15e éd., 1928, n° 239 ; G. Cendrier, *Le fonds de commerce*, préc., n° 88.

¹⁵ M. Rotondi, « La nature juridique de l'achalandage », *Ann. dr. com.*, 1930, p. 137.

¹⁶ Voir notamment J. Nguebou, *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, p. 40 ; A. P. Santos, J. Yado Toé, *OHADA, Droit commercial général*, Collection Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, UNIDA Juriscope, 2002, p. 205.

¹⁷ P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 809.

¹⁸ F. Montier, G.-H. Faucon, *De la vente et du nantissement du fonds de commerce*, Éditions Rouen, 1914.

¹⁹ Au Cameroun, elle est rendue applicable par le décret du 26 juillet 1932 relatif à la vente et au nantissement des fonds de commerce dans les territoires placés sous mandat de la France. Pour d'autres pays comme la Mauritanie, la Guinée, la Côte-d'Ivoire, Bénin, Burkina-Faso, Niger, DRAP du 10 mars 1936 ; Centrafrique, Tchad, Gabon, Congo, DRAP du 19 mars 1935 ; Togo, DRAP du 10 août 1965 ainsi que Madagascar, DRAP du 10 novembre 1927.

²⁰ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 806.

de l'ouverture du fonds²¹. Le second exige un commencement effectif de l'exploitation du fonds pour affirmer sa création²². Allant dans le sens de l'existence dès l'ouverture, la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation soutenait qu'un fonds de commerce n'existe que s'il dispose d'une clientèle « réelle et certaine » et non pas seulement « potentielle »²³. Cependant, au moins deux décisions épousent la thèse du commencement d'exploitation du fonds de commerce²⁴. Mais, comme le souligne Salgado, « la jurisprudence n'a pas tranché de façon définitive dans un sens ou dans l'autre et, force d'admettre, que la question de la détermination du moment de la création du fonds de commerce est laissée à l'appréciation des juges du fond »²⁵. Une chose est cependant acquise, la clientèle doit être réelle et certaine²⁶, car une clientèle simplement potentielle ne suffit pas à caractériser le fonds²⁷, et autonome, c'est-à-dire « propre » au fonds²⁸.

La controverse continue sur la distinction entre clientèle commerciale et civile²⁹. Pour que les deux soient considérées équivalentes, il faut s'entendre sur une conception unitaire de la clientèle. Ce que la conception subjective de la clientèle a longtemps rejeté. En effet, pendant longtemps, en France, l'idée de la personnalisation de la clientèle a permis de justifier l'interdiction de sa cession. La clientèle, groupement d'hommes et de femmes, ne pouvait être captive pour faire l'objet de négoce. La conception subjective de la notion de clientèle prévalait au sein de la doctrine. L'adoption d'une conception objective de la clientèle a permis d'autoriser la cession des clientèles commerciales en France. Il a même été admis que la clientèle commerciale d'un concessionnaire

²¹ J. Derruppé, *Le fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, n° 4, spéc., 1994, p. 18. – A. Weill, obs. ss CA Chambéry, 24 nov. 1953 : JCP G 1954, II, 8294 ; RTD com. 1950, obs. A. Jauffret, p. 205, n° 5 ; RTD com. 1954, p. 75, n° 5, spéc. p. 76, et p. 593, n° 11.

²² V. A. Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Éditions Sirey, t. I, 1937, n° 118, p. 64.

²³ Cass. 3e civ., 18 mai 1978, n° 76-13.943 : Bull. civ. III, n° 205. Dans la même veine, il a été jugé que « la cessation temporaire d'activité n'implique pas en elle-même la disparition de la clientèle » (Cass. 3e civ., 15 sept. 2010, n° 09-68.521, JurisData n° 2010-016041. – Pour une cessation de 10 mois V., Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-22.690, JurisData n° 2013-001147. – Et pour une durée de 8 mois, V., Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-24.814, JurisData n° 2012-028628.

²⁴ L'une de la cour d'appel de Bordeaux (CA Bordeaux, 8 juin 1953 : JCP G 1954, II, 8118, note A. Cohen ; RTD com. 1954, p. 593, obs. A. Jauffret), l'autre de celle de Colmar (CA Colmar, 28 mai 1952 : D. 1952, jurispr. p. 528).

²⁵ M.-B. Salgado, *Synthèse – Fonds de commerce*, Lexis 360 entreprises (Consulté, le 25-03-2020).

²⁶ J. Derruppé, « Fonds de commerce et clientèle » dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, p. 231.

²⁷ Cass. com., 13 mars 1962, Bull. civ. 1962, IV, n° 158; Cass. 3e civ., 18 mai 1978, RTD com. 1978, p. 559, obs. J. Derruppé.

²⁸ Cass. com., 16 janv. 1990, JCP 1991, II, 21662. – Cass. 3e civ., 19 mars 2003, JurisData n° 2003-018270. – Cass. 3e civ., 19 janv. 2005, JurisData n° 2005-026521 ; D. 2005, AJ, p. 491, note Y. Rouquet. – Cass. 3e civ., 15 oct. 2008, préc. n° 29.

²⁹ M. Satanowsky, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 7 N°4, 1955. P 740.

automobile était parfaitement cessible ainsi que ses fichiers clients³⁰. Dans la même veine, il a été reconnu qu'un franchisé avait le droit de disposer de la clientèle comme élément constitutif de son fonds de commerce³¹. Tout comme la clientèle commerciale d'un franchisé, le voyageur, représentant et placier (VRP), soit un représentant de commerce, peut lui aussi prétendre à un droit sur la valeur de sa clientèle, sous certaines conditions³². La Cour de cassation a franchi un pas supplémentaire, de « cession de carte de représentant »³³ à « cession de clientèle »³⁴, et en est venue à considérer qu'il s'agit désormais d'une « cession de la valeur de la clientèle »³⁵ du VRP. Les tribunaux préfèrent rattacher la clientèle au fonds de commerce, évitant ainsi de se prononcer directement sur l'existence d'un droit réel sur la clientèle³⁶. Néanmoins, la cessibilité de la clientèle commerciale a été admise clairement par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000³⁷. En droit OHADA, il ressort de la définition de l'article 136 AUDCG que la notion de clientèle est utilisable aussi bien pour les professions civiles que pour les professions commerciales³⁸, s'inscrivant ainsi dans la logique de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce³⁹.

En restant dans l'hypothèse où la clientèle du fonds de commerce existe bel et bien, la question qui se pose est de savoir si, parce qu'elle est essentielle en droit OHADA, la disparition de la clientèle entraîne forcément celle du fonds de commerce⁴⁰. En réalité, on a une idée de la manière dont l'AUDCG considère les trois éléments qui forment le fonds de commerce : évitant de prendre position, le législateur OHADA consacre les deux positions contradictoires⁴¹. En effet,

³⁰ Paris, 4 oct. 2002, L.P.A. 2003.3, no 182, note Bertin, p. 4.

³¹ Cass. civ. 3e, 27 mars 2002, L.P.A., 2003.3, no 25, note Marot.

³² Cass. soc., 17 déc. 2002, JCP 2003.II.10157, note Vincente.

³³ Cass. soc., 23 avr. 1960, Bull. civ. IV, nos 385 et 386.

³⁴ Cass. soc., 23 mars 1999, pourvoi no 96-45574.

³⁵ Cass. soc., 17 déc. 2002, préc., note 30.

³⁶ F. Auque, « Application du statut des baux commerciaux au franchisé », J.C.P. éd. N. 2002.48.1651.

³⁷ Cass. civ. Ire, 7 nov. 2000, préc., note 55.

³⁸ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 808.

³⁹ Voir Universités francophones, *Droit commercial des sociétés en Afrique*, Édicef, 1988, p. 23 et s.

⁴⁰ Voir CCJA, Arrêt N° 049/2020 du 27 février 2020 : Société Ecobank Gabon SA contre Société M2A Groupe SARL. : « Attendu qu'en l'espèce, il est évident qu'à la suite des dysfonctionnements de son compte, M2A a perdu un contrat de fourniture en électroménager et sa clientèle; qu'il y a une relation de causes à effet entre les manquements imputés à ECOBANK Gabon et le préjudice qui en résulte pour la défenderesse; qu'en allouant à cette dernière, à titre de réparation, la juste somme de 300 000 000 de FCFA procédant de sa souveraine appréciation de la cause, le premier juge a fait une saine application du droit; qu'il y a lieu de confirmer également son jugement sur ce point. »

⁴¹ La première qui considère que la clientèle doit être appréhendée comme un élément constitutif du fonds, prenant appui sur la lettre de la loi du 7 mars 1909 relative à la vente et au nantissement, qui citait expressément dans ses articles 1 et 9, la clientèle parmi les éléments incorporels du fonds. À ce propos, voir M. Koné, *Le nouveau droit*

lorsqu'il définit la clientèle à l'article 135 de l'AUDCG, il fait usage de la seconde thèse qui considère que la clientèle n'est pas un bien au sens juridique du terme. Il le fait en soulignant qu'il est le but poursuivi par un commerçant au moment où il crée un fonds de commerce⁴². Mais lorsqu'il énumère les éléments constitutifs à l'article 136 de l'AUDCG, il fait une application fidèle de la thèse défendue par les partisans de la thèse de la clientèle regardée comme éléments du fonds⁴³.

L'intérêt théorique de cette étude est de prendre une position claire dans le débat doctrinal en droit OHADA par rapport à la disparition de la clientèle en tant qu'élément essentiel du fonds. Et ce, même si la doctrine communautaire africaine considère qu'il n'est pas important de chercher à classer de manière absolue la législation OHADA dans l'un ou l'autre camp, au motif que les deux positions ne sont pas cloisonnées et qu'elles sont appelées à se compléter en fonction de l'objectif poursuivi : simplement définir la notion dont il s'agit ou alors déterminer les différentes composantes du fonds⁴⁴. Sur le plan pratique, cette étude veut déterminer dans quels cas l'essentialité de la clientèle se manifeste sur le fonds, afin de savoir quel régime juridique est le mieux adapté à la réalité de tous les fonds de commerce.

Afin de répondre à la question posée, cet article abordera dans une première partie, le principe de l'essentialité de la notion de clientèle (I) en lien avec les autres éléments du fonds de commerce. Dans une seconde partie, la disparition de la clientèle (II), même si la première partie confirme le caractère central en droit OHADA de la clientèle, sera une occasion de nuancer l'affirmation selon laquelle la viabilité ou non du fonds dépend de sa présence ou de son absence. Comme précédemment indiqué dans les intérêts d'une telle étude, ce plan se justifie par la nécessité d'analyser d'abord la notion avec les nombreuses controverses qu'elle suscite par rapport, d'une part, à son caractère indispensable vis-à-vis des autres éléments du fonds, et d'autre part, à l'importance pour le droit OHADA de se démarquer par une position qui prenne en compte la diversité des fonds de commerce. Le plan se justifie, ensuite, par l'importance pour le droit

commercial des pays de la zone OHADA, comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, p. 357. La seconde, manifestement hostile à cette place attribuée à la clientèle, était accrochée à l'argument selon lequel la clientèle n'est pas un bien au sens juridique du terme. Dans cette optique, le commerçant n'a aucun droit sur ses clients et ceux-ci sont libres de s'approvisionner là où bon leur semble. Voir Y Guyon, *Droit des affaires, droit commercial général et des sociétés*, Economica, 11^{ème} édition, t. I, 2001, p. 734.

⁴² A. P. Santos, Commentaire sous article 103 de l'AUDCG, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^{ème} édition, Juriscope, 2008. Référence citée in P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 810.

⁴³ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 810.

⁴⁴ Idem.

OHADA de prendre en compte la réalité de la diversité ainsi que du caractère aléatoire du fonds, afin d'ajuster le régime juridique de la clientèle par rapport à certaines réalités nouvelles dans l'aire géographique OHADA, notamment l'expansion des centres commerciaux, et de la particularité de leur clientèle, qui n'est pas réglementée pour l'instant.

I- L'ESSENTIALITÉ DE LA CLIENTÈLE EN LIEN AVEC LES AUTRES ÉLÉMENTS DU FONDS

L'essentialité exprime le caractère de ce qui est essentiel, mais la portée de cette notion peut être mieux saisie dans son opposition à la notion d'inessentialité exprimée par Jean-Paul Sartre⁴⁵, c'est-à-dire à la contingence⁴⁶ d'un phénomène. La clientèle n'est pas contingente, le fonds de commerce ne peut pas se penser sans elle, elle est de sa nature intrinsèque, de son essence. C'est ainsi que l'article 136 de l'AUDCG indique que « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial ». Le premier constat tiré de cet article est que la clientèle demeure l'élément essentiel du fonds de commerce, auquel s'ajoute tantôt l'enseigne, tantôt le nom commercial (les deux éléments les plus permanents en ce sens qu'ils se retrouvent dans tous les fonds de commerce), ou ces deux éléments ensemble⁴⁷. Si les trois éléments constituent le noyau dur du fonds de commerce, la clientèle a toujours été considérée comme l'élément essentiel du fonds de commerce aussi bien par la jurisprudence que par la plupart de la doctrine⁴⁸.

En ce qui concerne la jurisprudence, elle considère que le fonds ne saurait exister sans clientèle⁴⁹. La Cour de cassation a ainsi déterminé que « l'élément essentiel et déterminant du fonds de commerce est une clientèle autonome attachée au fonds considéré⁵⁰. Néanmoins, cette solution de principe n'est pas exempte de critiques et certains auteurs considèrent que le fonds n'est autre chose que le droit à une clientèle⁵¹. Toutefois, il a été jugé qu'il ne peut y avoir cession

⁴⁵ J. Simont, « Sartre et Hegel: le problème de la qualité et de la quantité », Revue Internationale de Philosophie, Vol. 39, No. 152/153 (1/2).

⁴⁶ Sartre, *Qu'est-ce que la littérature ?*, NRF Gallimard, 1948, p. 17.

⁴⁷ P.-G. Pougoué (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, p. 74.

⁴⁸ M.-B. Salgado, Synthèse – Fonds de commerce, Lexis 360 entreprises (Consulté, le 25-03-2020).

⁴⁹ Cass. com., 29 mai 1953 : D. 1953, p. 599. - Cass. com., 31 mai 1988, 86-13.486, JurisData n°1988-001987; Bull. civ. 1988, IV, n° 180 ; Gaz. Pal., Rec. 1988, panor. cass. p. 228 ; Cass. 3e civ., 7 déc. 2010, n° 09-71.489, JurisData n° 2010-023533.

⁵⁰ Cass. 3e civ., 15 Oct. 2008, JurisData, n° 2008-045408.

⁵¹ En ce sens, voir, G. Ripert et R. Roblot par M. Germain, préc. n° 526, (G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 1, par M. Germain, 7e éd., LGDJ, 1972, n° 539, p. 436.

de fonds de commerce lorsque la clientèle qui s'y trouve attachée n'a pas été cédée⁵² et que « en l'absence de clientèle, il n'y a pas de fonds de commerce »⁵³. En revanche, il ne serait pas possible d'affirmer que le fonds de commerce n'existe plus alors qu'une clientèle était attachée et que l'activité permettait la réalisation d'un chiffre d'affaires⁵⁴ ou encore malgré la cessation d'activité temporaire due à la maladie du locataire, la clientèle n'ayant pas disparu⁵⁵.

Si la clientèle n'est pas contingente, cela veut dire qu'elle est le seul élément dont la disparition peut provoquer celle du fonds de commerce lui-même. Cette assertion de l'essentialité de la clientèle peut être vérifiée en analysant le retrait des autres éléments du fond, qu'ils soient incorporels (A) ou corporels (B).

A- Le rapport de dépendance entre la clientèle et les autres éléments incorporels du fonds

La clientèle est rendue essentielle par le fait qu'on la retrouve dans plusieurs situations pour la viabilité du fonds. Élément incorporel elle-même, la clientèle est un élément indispensable du fonds de commerce, sans laquelle il ne saurait exister⁵⁶. Toutefois, faut-il encore le rappeler, la cessation temporaire de l'exploitation du fonds n'entraîne pas nécessairement la disparition de la clientèle. C'est le cas notamment lorsque demeure l'achalandage attaché au fonds, constitué d'une clientèle de passage⁵⁷. Son influence sur les autres éléments incorporels permet de déterminer son essentialité. Mais à travers l'article 136 de l'AUDCG, il apparaît impossible de séparer les autres éléments de nature intellectuelle de la clientèle (1). Quant au droit au bail, il est étudié à part à cause du rôle qu'il joue dans la rétention de la clientèle (2).

1- L'impossible séparation des autres éléments de nature intellectuelle de la clientèle

Les éléments dont il est question ici se divisent entre la personnalité de la clientèle et les éléments incorporels qui caractérisent une société commerciale, à savoir le nom commercial, l'enseigne, le sigle, ainsi que les signes distinctifs⁵⁸.

⁵² Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18447, inédit.

⁵³ Cass. 3e civ., 7 déc. 2010, n° 09-71.489, JurisData n° 2010-023533. Très récemment la Haute juridiction a rappelé que l'existence du fonds de commerce ne dépend que du maintien de sa clientèle (Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-20.562).

⁵⁴ Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-24.814, JurisData n° 2012-028628.

⁵⁵ CA Paris, pôle 5, ch. 9, 5 févr. 2015, n° 14/21865, JurisData n° 2015-002504.

⁵⁶ Cass. req., 15 févr. 1937 : D. 1938, I, p. 13, note Cordonnier ; Cass. com., 16 janv. 1990 : JCP. N 1991, II, p. 28.

⁵⁷ En l'occurrence les pèlerins venant à Lourdes : Cass. 3e civ., 15 sept. 2010 : Bull. 2010, III, n° 155 ; JCP E 2011, 2065, obs. Ph.-H. Brault. – Sur la notion d'achalandage : J. Derruppé, Clientèle et achalandage, Écrits en l'honneur de Jean Savatier : PUF 1992, p. 167.

⁵⁸ Le fonds de commerce peut également comprendre : des brevets (V. JCl. Roulois, fasc. 1125, Biens) ; des licences et autorisations d'exercer dans la mesure où elles ont un caractère réel et sont transmissibles : licence de débit de boissons, contingent de mouture, par exemple. Attention : Lors de la cession du fonds, il convient de s'assurer de

La question de la personnalité ou l'autonomie de la clientèle n'est pas abordée clairement ni par le législateur OHADA ni par la jurisprudence de cette aire géographique. Mais un auteur préconise que, dans chaque État, l'on s'en tienne à la solution antérieure à l'entrée en vigueur de l'AUDCG⁵⁹ (pas seulement sur la question de l'autonomie, mais également sur celle du caractère commercial et licite de la clientèle), mais d'autres doctrinaires pensent qu'il faut plutôt aller dans le sens de la jurisprudence française⁶⁰, car elle semble de nature à résoudre plus efficacement les problèmes soulevés sur ce point⁶¹. L'autonomie de la clientèle a été, en effet, abondamment commenté en droit français. En clair, la propriété d'un fonds de commerce dépend du fait de savoir si le commerçant possède effectivement une clientèle propre, sans que les juges aient à chercher si cette clientèle est prépondérante par rapport à celle de l'établissement qui l'héberge⁶², établissement qui peut notamment être un supermarché, un club de vacances, un terrain de sport, une gare. En matière de cession de fonds, il importe d'empêcher le cédant de « reprendre » la clientèle cédée, d'où des règles de garantie d'ordre public et l'interdiction de se rétablir généralement convenue dans le contrat de cession⁶³.

La condition d'une clientèle propre au fonds de commerce est exigée par une jurisprudence constante⁶⁴. La question s'est posée à propos des fonds donnés en location-gérance⁶⁵, des concessions exclusives d'installation⁶⁶, des agents commerciaux⁶⁷ ou, de manière plus générale, lorsque le commerçant exploite son activité au sein d'une autre entreprise – galerie marchande, centre commercial, enceinte d'un hôtel, etc. Traditionnellement, le commerçant dont l'exploitation est localisée au sein d'une autre entreprise ne dispose pas, en principe, de son propre

la cessibilité de ces éléments et d'en respecter les conditions. Ainsi, il a été jugé que la caducité d'une licence de débit de boissons peut entraîner la disparition du fonds, si elle était nécessaire à l'exploitation, et provoquer la nullité de la cession pour dol (Cass. com., 11 mai 1970 : Bull. civ. 1970, IV, n° 128).

⁵⁹ M. Koné, « Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français », Thèse de doctorat en droit, Bordeaux, 2002, p. 361.

⁶⁰ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 814.

⁶¹ A. Foko, Contribution à une étude juridique de la clientèle », Revue internationale de droit africain EDJA, 2009.

⁶² Cass. 3e civ., 19 mars 2003, n° 01-17.679 : JCP E 2003, n° 30, 1115, obs. M. Keita ; JCP G 2003, II, 10143, note G. Clamour et I. Tosi ; JCP N 2005, n° 46, 1452, obs. S. Rezek.

⁶³ V. JCl. Roulois, fasc. 3020.

⁶⁴ Cass. com., 7 avr. 2009, JurisData n° 2009-047893 ; Voir également, Cass. com., 28 mai 2013, n° 12-14.049, JurisData n° 2013-010948, JCP E 2013, 1391.

⁶⁵ CA Paris, 18 mars 1970, RTD com. 1971, p. 291, obs. M. Pédamon; Cass. 3e civ., 7 déc. 2010, n° 09-71.489, JurisData n° 2010-023533.

⁶⁶ Cass. ass. plén., 24 avr. 1970, Bull. civ. 1970, AP, n° 3 ; JCP G 1970, II, 16489, obs. B. Boccara ; D. 1970, p. 381, note R.-L. – A contrario, Voir CA Nancy, 9 mars 2011, n° 09/00912.

⁶⁷ Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772, JurisData n° 2008-042945.

fonds de commerce. C'est ainsi que dans les commerces inclus⁶⁸, les fonds ne bénéficiant d'aucune autonomie de gestion⁶⁹ ou ceux bénéficiant uniquement de la renommée d'un site⁷⁰ n'ont pas de clientèle propre. Dans ce sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé et a considéré que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision lorsqu'elle avait retenu que l'exploitant d'une location de bateaux dans le jardin de Luxembourg ne justifiait pas d'une clientèle propre étant donné qu'il était soumis au règlement intérieur dudit jardin, qu'il ne pouvait exercer son activité que pendant les horaires d'ouverture du jardin, qu'il bénéficiait de l'attractivité exercée par le site du jardin et ne démontrait aucune fidélisation de clients qui résulterait de ses qualités de commerçant. Dans ces conditions, l'exploitation était privée d'autonomie et l'exploitant n'était pas titulaire d'un fonds de commerce⁷¹. En revanche, l'adhésion à un magasin collectif ou à une coopérative de commerçants détaillants ne saurait remettre en question l'existence d'une clientèle propre au fonds de commerce⁷². Quant aux éléments incorporels qui caractérisent l'entreprise, trois sont retenus dans le cadre de cette étude : le nom commercial, l'enseigne et le sigle.

D'abord, le nom commercial. C'est la dénomination sous laquelle une personne physique ou morale commerçante désigne son entreprise qu'elle soit commerciale, industrielle, agricole ou artisanale⁷³. L'article 136 AUDCG le consacre comme un élément important du fonds de commerce qui est cédé en principe en même temps que le fonds. Cet article n'est pas très loquace sur le nom commercial, mais on comprend que cet élément doit forcément être associé à la clientèle lors de la cession du fonds. Le nom commercial, indépendamment du fonds de commerce peut faire l'objet d'une protection par le droit de la propriété industrielle en particulier le droit de l'OAPI. Pour cela, le nom commercial doit faire l'objet d'enregistrement auprès de l'OAPI⁷⁴. Il

⁶⁸ Voir Cass. 3e civ., 5 févr. 2003, n° 01-16.672, JurisData n° 2003-017496 ; Bull. civ. III, n° 25 ; D. 2003, act. jurispr. p. 910, obs. Y. Rouquet ; RTD com. 2003, p. 275, n° 2 obs. J. Monéger. Pour la doctrine, voir J. Monéger, « Enfin on sait ce qu'est la « propriété commerciale », *Loyers et copropriétés*, Repère 4, avril 2021, p. 1 ; F. Kendérian, La « propriété commerciale » explicitée à l'aune de la convention européenne des droits de l'homme (Civ. 3e, 11 mars 2021), *RTD Com.*, 2021, pp. 297 et s.

⁶⁹ Cass. 3e civ., 1er oct. 2003, n° 02-11.239, JurisData n° 2003-020380.

⁷⁰ Cass. com., 7 avr. 2009, Inédit.

⁷¹ Cass. 3e civ., 5 avr. 2018, n° 17-10.466, JurisData n° 2018-005382.

⁷² Voir JCl. Entreprise individuelle, fasc. 1100.

⁷³ Y. R. Kalieu Elongo, « La protection du nom commercial par le droit OAPI », <https://kalieu-elongo.com/la-protection-du-nom-commercial-par-le-droit-de-loapi> (consulté le 20 octobre 2021). Cette définition n'est pas loin de celle de la Cour d'appel de Paris : Le nom commercial est « la dénomination sous laquelle une personne physique ou morale désigne l'entreprise ou le fonds de commerce qu'elle exploite pour l'identifier dans ses rapports avec la clientèle » (CA Paris, 24 févr. 1999 : PIBD 1999, 678, III, 258.

⁷⁴ Y. R. Kalieu Elongo, préc.

doit, plus précisément, être enregistré au registre spécial des noms commerciaux suivant la procédure prévue à cet effet et contre paiement des taxes y relatives. Toutefois, le nom commercial peut être protégé même en l'absence d'enregistrement lorsqu'il fait l'objet d'usage.

Le nom commercial est donc l'appellation sous laquelle une personne exerce son commerce. Ce peut être le patronyme de ce commerçant, un pseudonyme, ou un nom composé, un prénom, un nom de fantaisie⁷⁵. Il est librement choisi par le titulaire du fonds. Le nom commercial s'acquiert par le seul usage et n'est subordonné à aucune formalité ou déclaration. Son exploitation est créatrice de droit si elle porte sur un nom vacant⁷⁶. Le nom commercial se perd par le non usage dans le cas de disparition du fonds ou d'abandon par le commerçant. En principe, le nom commercial est cédé en même temps que le fonds de commerce, même dans les cas où il s'identifie au nom patronymique de l'exploitant⁷⁷. Toutefois, rien n'interdit d'exclure, par convention, le nom de la cession du fonds. S'il disparaît, le fonds reste tant que la clientèle et l'enseigne ne sont pas cédés.

L'article 136 AUDCG lie l'enseigne à la clientèle. Même si cet article ne le définit pas, l'enseigne est un signe extérieur apposé sur le local d'exploitation du fonds permettant d'attirer et de retenir la clientèle. Elle permet d'individualiser le fonds de commerce exploité dans le local commercial. Tout comme le nom commercial, elle est acquise par le premier usage⁷⁸. Elle est cédée en même temps que le fonds de commerce, sauf convention contraire. Dans certains cas, l'enseigne est un élément fondamental permettant d'attirer la clientèle du commerçant et donc d'empêcher la disparition du fonds⁷⁹. Il s'agit d'un « attribut du fonds de commerce » de telle sorte que le bailleur est tenu de permettre au locataire d'apposer son enseigne sur l'immeuble. Son refus s'analyse comme un manquement du bailleur à son obligation de délivrance⁸⁰. En cas de disparition de l'enseigne, le fonds survit avec la clientèle associée au nom commercial.

⁷⁵ A. Santos et al., *Droit commercial général*, Juriscope, 2020, n° 670.

⁷⁶ Cass. com., 7 juill. 2004, n°02-17.416, JurisData n° 2004-024595; Bull. civ. 2004, IV, n° 149; Lamy droit des aff., 10-2004, n° 75; D. 2004, AJ, p. 2151, obs. C. Manara; JCP E 2005, p. 333, obs. C. Duart-Berton.

⁷⁷ Pour un exemple des conditions devant être respectées en cas de cession du nom commercial, V. Cass. com., 19 janv. 2010, n° 09-10.980, JurisData n° 2010-051188; Bull. civ. 2010, IV, n° 15; D 2011, p. 540; RTD civ. 2010, p. 775.

⁷⁸ Cass. com., 17 oct. 1995, n° 94-11.934, JurisData n° 1995-002804.

⁷⁹ Pour un exemple de non disparition du fonds de commerce lorsque l'enseigne demeure, V. Cass. com., 20 nov. 1998, n° 96-15.107; JurisData n° 1998-003911; Bull. civ. 1998, IV, n° 248; D. 1999, p. 299; RTD com. 1999, p. 67.

⁸⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 3e, 5 janv. 2011, n° 09/12098, JurisData n° 2011-000086.

Les signes distinctifs participent de la renommée du fonds. Ils sont donc un moyen pour le successeur de conserver la clientèle. De ces signes distinctifs du fonds de commerce, il convient de rapprocher les marques, qui sont des signes distinctifs des produits et qui font l'objet d'une protection analogue à celles des brevets (article 137 AUDGC), à condition d'être déposées et enregistrées⁸¹. Les signes distinctifs permettant d'individualiser les fonds de commerce et d'attirer, de retenir et de fidéliser la clientèle, font partie des éléments incorporels du fonds⁸². Leur disparition n'est pas de nature à faire disparaître le fonds tant que la clientèle survit à cette disparition.

Le droit au bail est un autre élément à considérer dans la détermination de l'essentialité de la clientèle. Il tient une place importante dans le dispositif législatif de l'OHADA et est même considéré par la jurisprudence comme un élément important dans la rétention de la clientèle⁸³. Mais le fait qu'il ait besoin d'être lié à la clientèle en relativise la portée.

2- Le rôle du droit au bail dans la rétention de la clientèle

Selon Dioh, le droit au bail⁸⁴, qui confère au fonds l'assise territoriale stable indispensable pour la clientèle, constitue un élément essentiel du fonds de commerce⁸⁵. Le droit au bail constitue en général un élément important d'un fonds de commerce et c'est la raison pour laquelle il fait l'objet d'une protection spéciale de la part du législateur⁸⁶, connue également sous le terme de « propriété commerciale ». Ce droit au bail est en effet assorti d'un droit au renouvellement, dans les conditions des articles 123 et suivants de l'AUDCG qui tendent à lui assurer une certaine pérennité⁸⁷. Cette importance ressort également de ce que l'acte de vente doit énoncer

⁸¹ V. CPI, art. L. 711-1 et s. – JCl. Roulois, fasc. 1125, Biens.

⁸² En France, certains sont inclus dans le fonds par les dispositions de la loi du 17 mars 1909 (désormais codifiée dans le Code de commerce. - C. com., art. L.142-2) ; il s'agit du nom commercial, de l'enseigne et des marques. D'autres, le nom de domaine et les médailles et récompenses, ont trouvé leur place au sein du fonds suite à différentes décisions rendues par la jurisprudence ou à la volonté du législateur.

⁸³ Paris, 6^{ème}, ch., 6 fév., 1996, RTD Com, 1996, p. 237, obs. J. Dérruppé.

⁸⁴ Article 101 et suivants de l'AUDCG.

⁸⁵ A. Dioh, « Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit OHADA », *Revue de l'Ersuma* - n° 6, 2016.

⁸⁶A. D. Eyangou Djombi, « La notion de bail professionnel en droit OHADA et ses implications sur la théorie générale du fonds de commerce », *Juridical Tribune / Tribuna Juridica* . 2016, Vol. 6 Issue 1, 2016.

⁸⁷ V. les auteurs suivants : A. A. Kuagbenu, « Le bail à usage professionnel de l'entrepreneur en droit uniforme OHADA », *Journal de la recherche scientifique de l'Université de Lomé*, volume 22 (2020); A.A. Tsakadi, « Le renouvellement tacite du bail à usage professionnel », *Revue de l'Ersuma*, 2019-1 ; A. Ayewouandan, « L'entrepreneur en droit uniforme OHADA », *RRJ* 2013-1 ; K. Alemawo, *Liberté contractuelle dans le bail commercial de l'AUDCG*, Thèse de doctorat Université de Lomé, 2009.

certaines éléments relatifs au bail⁸⁸ et, encore, de ce que, dans un souci de protection des créanciers inscrits sur le fonds, certaines opérations affectant le bail doivent leur être signifiées, par exemple la résiliation de celui-ci⁸⁹. La jurisprudence OHADA reconnaît ce droit au renouvellement du bail en rapport avec la clientèle. Ainsi, le refus de renouvellement du bail à usage professionnel, alors que le locataire a engagé des dépenses de rénovation⁹⁰ est considérée comme un élément préjudiciable à la rétention de la clientèle. Dans cette affaire, l'attendu principale affirme ce qui suit : « Attendu qu'à l'appui de sa demande d'indemnité d'éviction, la Clinique SOKHNA FATMA a produit les états financiers des années 1995, 1996 et 1997, desquels il ressort des chiffres d'affaires respectifs de 31.303.176 francs, 52.374.059 francs et 7.973.569 francs ; qu'il n'est pas non plus discuté que la Clinique SOKHNA FATMA a réalisé des investissements sur le local loué pour le rendre fonctionnel pour sa destination, investissements qu'elle chiffre à 25.315.688 francs ; qu'en plus ladite Clinique était située sur la route de Ouakam dans une zone fréquentée dans le quartier résidentiel du Point E et qu'il existe de difficultés réelles pour la Clinique de trouver un local approprié dans la même zone géographique avec pour conséquence une perte de clientèle ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le Tribunal a fait une saine appréciation des faits de la cause et qu'il y a lieu de confirmer le jugement attaqué en ce qu'il a alloué à la Clinique SOKHNA FATMA la somme de 65.000.000 francs au titre de l'indemnité d'éviction. »

Certains commerçants sont propriétaires des immeubles dans lesquels ils exercent leur activité professionnelle. Tel est le cas de la plupart des entreprises industrielles et des grands magasins. Mais le plus souvent, le professionnel de commerce (le commerçant) n'est pas propriétaire du local dans lequel il exerce son activité et se doit alors de conclure une convention de bail à usage professionnel avec une autre personne (le bailleur). Dans le cas spécifique du commerçant qui prend à bail un local ou un immeuble pour les besoins de son activité professionnelle, le droit qu'il acquiert à cet égard fait partie des éléments constitutifs de son fonds de commerce et peut valablement être cédés avec le fonds, dans les conditions prévus aux articles 147 et suivants de l'AUDCG⁹¹.

⁸⁸ V. JCl. Roulois, fasc. 3020.

⁸⁹ V. JCl. Roulois, fasc. 3030

⁹⁰ . CCJA, arrêt N° 017/2006 du 26 octobre 2006 : SONATEL contre Clinique SOHKNA FATMA.

⁹¹ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 815.

La raison pour laquelle l'essentialité du droit au bail⁹² n'égale pas celle de la clientèle est qu'un fonds de commerce peut exister sans bail. Ainsi, il a été jugé que, quelle que soit son importance, le droit de bail ne constitue pas de plein droit un élément nécessaire du fonds, qui peut exister en dehors de lui⁹³. Cette situation se rencontre lorsque le propriétaire du fonds est en même temps propriétaire du local dans lequel ce fonds est exploité ou lorsque le local fait l'objet d'un droit d'usage⁹⁴. C'est aussi ce qui se produit lorsque le fonds est exploité sur le domaine public ; les autorisations accordées par l'Administration sont en général incessibles, mais cela n'empêche pas l'existence d'un fonds de commerce, en raison de la clientèle. En France, la loi Pinel⁹⁵ est venue officialiser l'exercice d'une activité commerciale sur le domaine public, à l'exclusion du domaine public naturel. Dorénavant, « un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre »⁹⁶.

À l'issue de cette première partie, il peut être affirmé que si certains des éléments analysés ont pu bousculer un peu la suprématie de la clientèle, leur essentialité n'est pas à la hauteur de celle que la loi consacre à la clientèle, soit parce qu'ils ont besoin d'être liés à cette dernière pour toute cession du fonds de commerce, soit leur impact n'est signalé que dans la mesure où il permet de retenir la clientèle. Toutefois, avant toute déduction finale, il importe d'analyser également l'essentialité de la clientèle par rapport aux éléments corporels.

B- La quasi-inexistence des éléments corporels en face de la clientèle

Les dispositions de l'article 137 AUDCG énumèrent diverses catégories de biens meubles corporels susceptibles d'intégrer le fonds de commerce. Il s'agit surtout du matériel et du mobilier (commercial) nécessaires pour l'exploitation du fonds. Cette liste est complétée dans le même article par les marchandises considérées comme faisant partie des éléments du fonds de commerce⁹⁷. Les marchandises sont les stocks de matières premières ou de produits destinés à la vente. Leur lien avec le fonds est beaucoup plus lâche, car elles sont exclues du nantissement du

⁹² Le droit français assimile au droit au bail, la concession immobilière (L. n° 67-1253, 30 déc. 1967, art. 51), le droit d'occupation privative sur un marché d'intérêt national (V. D. n° 68-659, 10 juill. 1968, art. 31, al. 3).

⁹³ Cass. com., 27 avr. 1993 : JCP G 1993, IV, 1557 ; Defrénois 1993, art. 35631, note P. Le Cannu.

⁹⁴ Cass., 27 avr. 1993, préc.

⁹⁵ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

⁹⁶ Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, art. L. 2124-32-1.

⁹⁷ En réalité, parmi les éléments corporels pouvant faire partie du fonds de commerce, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général retient également les installations, les aménagements et agencements. Mais tel que justement remarqué par un auteur, cette présentation des rédacteurs de l'article 137 de l'AUDCG est superflu, dans la mesure où il n'y a pas de différences fondamentales entre les différents concepts et que les uns sont définis à partir des autres (voir à ce propos, P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 816).

fonds de commerce, ce qui montre leur caractère non-essentiel (2).. Elles font partie de l'assiette du privilège du vendeur, mais en cas de vente, elles sont libérées les premières⁹⁸. Quant au matériel et mobilier, ce sont des biens meubles affectés à l'exploitation du fonds : machines, outillage, matériel roulant, mobilier, etc. Comme le précise Legeais, si le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble et qu'à raison de l'aménagement spécial de celui-ci, ces machines ou matériel présentent le caractère d'immeubles par destination, ils ne font plus partie du fonds (1).

1- Le matériel au service de la clientèle

Le matériel fait partie des éléments qui doivent contribuer à attirer la clientèle, mais cette dernière peut très bien exister sans le matériel. Le matériel comprend les divers objets meubles servant à l'exploitation du fonds : machines, outillage, agencements, mobilier de bureau, etc. On remarque que certains de ces objets mobiliers peuvent devenir immeubles par destination, ou même par nature⁹⁹, s'ils appartiennent au même propriétaire que l'immeuble dans lesquels ils sont placés. Si le local dans lequel le fonds est exploité appartient au propriétaire du fonds, cela aura des conséquences quant à l'assiette des droits respectifs des créanciers inscrits, les uns sur l'immeuble, les autres sur le fonds, et dans une éventuelle répartition entre les uns et les autres¹⁰⁰. Il a été affirmé, par exemple, que les lignes téléphoniques et installations techniques, mises à disposition du commerçant, par France Télécom, demeurent la propriété de cet établissement et ne font pas partie du fonds de commerce¹⁰¹.

Les objets mobiliers servant à l'exploitation du fonds de commerce constituent le matériel. L'inclusion de ce bien parmi les éléments du fonds résulte des dispositions de l'article 137 AUDCG¹⁰² et a été affirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence¹⁰³. Le matériel est soumis à l'exercice du privilège du vendeur, mais il n'est pas compris dans le nantissement du fonds de commerce. L'article 162 de l'Acte Uniforme portant Sûretés (AUS) exclut le matériel et les marchandises de la surenchère publique qui permet au vendeur d'obtenir un prix supérieur d'un sixième du prix des éléments incorporels du fonds tel qu'il est porté dans l'acte de cession initiale.

⁹⁸ D. Legeais, préc., p.69.

⁹⁹ V. JCl. Roulois, fasc. 1125, Biens.

¹⁰⁰ Pour une application, V. CA Limoges, 26 nov. 1990 : D. 1992, p. 452, obs. Prévault.

¹⁰¹ T. com. Châtillon-sur-Seine, 18 nov. 1949, D. 1950, 224.

¹⁰² Article L. 142-2 du Code de commerce français.

¹⁰³ Cass. com., 18 janv. 1984, JurisData n° 1984-700119; CA Colmar, 3e ch., 17 déc. 1981, JurisData n° 1981-042162.

Néanmoins, la cession du matériel ne permet pas d'affirmer la cession de la clientèle¹⁰⁴. Le législateur ainsi que la jurisprudence en France sont conscients de ce fait et permettent ainsi à l'acheteur ou au locataire, en cas de cession ou de location du fonds, lorsqu'il poursuit la même activité que son prédécesseur, de demander à conserver le numéro d'appel sous lequel l'entreprise était connu des clients¹⁰⁵. Page | 475

En plus de ne pas être un élément essentiel du fonds de commerce, le matériel doit être distingué du droit au bail. En effet, les agencements d'un magasin qui ne sont que du mobilier commercial servant à l'exploitation du fonds constituent du matériel, distinct du droit au bail, dont la valeur n'est pas incluse dans celui-ci au titre de l'équipement des lieux loués, mais dans celle du fonds¹⁰⁶. Le matériel est comparable sur un point avec les marchandises, car le matériel immobilisé par destination ne peut pas faire partie des éléments du fonds de commerce tout comme le matériel pouvant être qualifié de marchandise – notamment dans les cas où il est destiné à la vente, soit en l'état, soit après transformation.

2- Le caractère non essentiel des marchandises

De même que le matériel, les marchandises doivent contribuer à attirer la clientèle, cela ne fait pas d'elles, cependant, un élément indispensable par rapport à la clientèle. En effet, le fonds de commerce comprend en général des marchandises et matières premières, c'est-à-dire des biens mobiliers destinés à la clientèle (éventuellement après transformation). Les marchandises constituent ce qu'il est convenu d'appeler le stock et sont fongibles. Les termes « matériel » et « marchandises » n'ont pas un sens juridique unique et établi, et le législateur OHADA est resté silencieux sur la question. Leur définition varie en fonction de la règle qui doit leur être appliquée. Ainsi, par exemple, constituent des marchandises, au sens de la législation douanière, tous les objets applicables en argent, susceptibles de transmission et d'appropriation¹⁰⁷ ; sont donc exclus de la définition, les biens « hors commerce » comme les pièces de monnaie ayant cours légal¹⁰⁸ ; au sens de l'article L 213-1 du Code de la consommation français (qui réprime les tromperies sur les caractéristiques des produits) toutes les choses mobilières qui se pèsent, se comptent et se

¹⁰⁴ Pour un exemple, V., CA Paris, ch. 6, sect. B, 6 avr. 2001, JurisData n° 2001-155051.

¹⁰⁵ Rép. Destremau, JORF Déb. AN, 24 juin 1972, p. 2846 ; T. com. Grenoble, 18 sept. 1991, PA 1^{er} oct. 1994, p. 4: cette jurisprudence reconnaît même que le fonds de commerce comprend la jouissance du numéro de téléphone.

¹⁰⁶ Cass. Com., 9 oct. 1990, RIDA 1, 91, no 1.

¹⁰⁷ CJCE 10 décembre 1968, Rec. 618: Cass. Crim., 22 juin 1977, Bull. crim., p. 581.

¹⁰⁸ CJCE, 23 nov. 1978, Rec. 2247.

mesurent¹⁰⁹ ; au sens des articles L 624-12 s. du Code de commerce français autorisant la revendication des marchandises par le vendeur lorsque l'acheteur est en redressement judiciaire, toutes les choses mobilières, y compris l'outillage et le matériel¹¹⁰.

En droit OHADA, l'inclusion des marchandises parmi les éléments du fonds de commerce ne fait aucun doute. Elles sont visées par l'article 137 AUDCG qui les inclut dans l'assiette du privilège du vendeur. La jurisprudence le fait de manière constante¹¹¹. Elles se distinguent du matériel par leur affectation ou leur destination, car « elles sont faites pour être vendues »¹¹². Elles doivent être distinguées du matériel, et comme elles ne peuvent pas être comprises dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce. La distinction peut se révéler délicate, notamment dans le cas des matières premières, car la qualification des matières premières dépend de l'usage qui en est fait : lorsqu'elles rentrent dans la composition des biens vendus et y sont intégrées après avoir été transformées, elles ont la qualité de marchandises. Ainsi, par exemple, sont tenues pour marchandises, les pièces détachées destinées à être intégrées dans le bien vendu : le bois pour une scierie, le papier pour une imprimerie¹¹³.

En France, la doctrine est claire sur la place des marchandises dans le fonds de commerce : si elles font bien partie du fonds de commerce, elles ne constituent pas un élément essentiel de celui-ci¹¹⁴. Elles ne font donc aucunement concurrence à la suprématie de la clientèle dans le fonds.

Certains éléments précédemment étudiés, tels que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, semblent avoir une importance comparable, par certains aspects, à celle de la clientèle. Cependant, tel que l'article 136 est libellé, il apparaît que leur disparition n'emporte pas celle du fonds, tant que la clientèle reste un élément dans ce dernier. Mais cela ne présume en rien le fait que d'autres éléments, dans la pratique, peuvent mettre fin à l'existence du fonds sans une disparition ou une cession de la clientèle.

II- LA TEMPÉRENCE DU RÔLE DE LA CLIENTÈLE DANS LA DISPARITION DU FONDS

¹⁰⁹ Cass. Crim., 5 déc. 1977, GP 1978, 1, 127 : exclusion des biens incorporels.

¹¹⁰ CA Aix, 13 oct. 1983, Bull. Cour d'Aix 1983, 3, p. 79.

¹¹¹ Cass. com., 4 mars 1969: Bull. civ. 1969, IV, n° 83; CA Paris, 5e ch. sect. A, 21 juin 1983: JurisData n° 1983-026385.

¹¹² Y. Guyon, Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés : Economica, 7e éd., n° 696, p. 697.

¹¹³ F. Lefebvre, *Droit commercial*, LGDJ, 22^{ème} édition, 2014, no 2540.

¹¹⁴ Idem.

La jurisprudence française a clairement affirmé à plusieurs reprises que la disparition de la clientèle entraîne la disparition du fonds de commerce¹¹⁵. Cette assertion pourrait inciter à proclamer de manière absolue que la clientèle est l'élément indispensable de chaque fonds de commerce¹¹⁶. En droit OHADA, l'AUDCG ne proclame pas expressément le caractère essentiel de la clientèle, mais celle-ci est réaffirmée par la jurisprudence. En effet, le Tribunal de grande instance de Ouagadougou indique que la clientèle étant l'élément-clé d'un fonds de commerce, une cession n'est valable que lorsque celle-ci est cédée¹¹⁷. En réalité, le caractère indispensable de la clientèle apparaît nettement lors de la cession du fonds de commerce (B). D'ailleurs, en droit français également, des auteurs considèrent que la clientèle est à la fois un élément du fonds et le résultat de la réunion de tous les autres éléments¹¹⁸. La Cour de cassation a confirmé cette analyse en reconnaissant au franchisé l'existence d'une clientèle autonome¹¹⁹. Ainsi, en restant dans la logique de la cession, la raison principale qui commande la prudence vis-à-vis de l'essentialité de la clientèle dans l'absolu est que le fonds de commerce peut disparaître en dehors de toute cession directe de la clientèle (A).

A- La disparition de la clientèle en dehors d'une cession

La logique de l'essentialité de la clientèle est que sa disparition commande forcément celle du fonds de commerce. A contrario, cette affirmation n'est pas valide, puisque le fonds de commerce peut disparaître sans une intervention de la clientèle. C'est notamment le cas dans la cessation prolongée de l'activité du commerçant¹²⁰, de la fermeture définitive ou de la cession séparée des éléments composant le fonds – par exemple, matériel, marchandises, droit au bail, avant fermeture (ce qui va à l'encontre de la lettre de la loi). Toutefois, la cessation temporaire d'activité n'implique pas la disparition de la clientèle et, en conséquence, du fonds de commerce¹²¹.

¹¹⁵ Cass. 3e civ., 18 mai 1978, Bull. civ. 1978, III, n° 205; RTD com. 1978, p. 559, obs. J. Derruppé; Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-16241, inédit. - CA Versailles, 12 févr. 2009, n° 08/00262.

¹¹⁶ P.-G. Pougoué (dir.), préc., p. 813.

¹¹⁷ TGI Ouagadougou, jugement No 984 du 12 décembre 2001, Ohadata J-04-03.

¹¹⁸ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 21^e édition, 2015, p. 69. O. Barret, *Les opérations sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001.

¹¹⁹ Civ.3^e, 27 mars 2002, JCP E 2002, 1252, note F. Auque : « la clientèle locale n'existe que par le fait de moyens mis en œuvre par le franchisé parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail ; cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel, avec ses fournisseurs et prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls ».

¹²⁰ Cass. com., 10 juin 2009, JurisData n° 2009-048508.

¹²¹ Cass. com., 18 févr. 2004, préc. ; Pour un exemple de disparition du fonds pour inexploitation V. Cass. 3e civ., 16 juin 2010, n° 09-13.156, JurisData n° 2010-009353; Bull. civ. 2010, III, n° 126; D. 2010, p. 2608.

Mais, cette étude se fonde sur deux éléments pour étayer l'argumentaire selon lequel le fonds de commerce peut aussi bien disparaître en dehors de la cession de la clientèle : par le fait des créanciers (1) ou d'un événement extérieur (2).

1- Le rôle des créanciers dans la disparition de la clientèle

Page | 478

Le démembrement du fonds peut intervenir lorsque les créanciers exercent des poursuites de saisie-exécution et de vente sur des éléments séparés du fonds de commerce. Dans le cas du droit français, des dispositions sont prises pour protéger les créanciers inscrits : l'article L. 143-10 du Code de commerce précise qu'il ne peut être procédé à la vente d'un ou plusieurs éléments d'un fonds de commerce grevé d'inscriptions, que dix jours au plus tôt après la notification de la poursuite aux créanciers inscrits quinze jours au moins avant cette notification. De plus, l'alinéa 2 du même article prévoit que le matériel et les marchandises sont vendus en même temps que le fonds sur des mises à prix distinctes, ou moyennant des prix distincts si le cahier des charges oblige l'adjudicataire à les prendre à dire d'expert. Cette mesure était déjà présente dans l'article 20 de la loi de 1909¹²² sur la vente et le nantissement qui a longtemps servi de fondement à plusieurs pays membres de l'OHADA. Par ailleurs, il a été jugé que le défaut de délivrance, lors de la cession du fonds de commerce, pouvait être considéré comme l'une des causes de la disparition du fonds¹²³.

Tout comme le droit français, le droit OHADA a mis en place une réglementation destinée à protéger les créanciers qui ont accepté de faire crédit au vendeur sur la base du nantissement du fonds de commerce (ou de ses éléments cessibles) ou même ceux qui ont accepté de lui faire crédit sans garantie, c'est-à-dire, ceux qui n'ont qu'un droit de gage général et qui risquent de voir échapper cet élément important du patrimoine de leur débiteur¹²⁴. Dans cette optique, il impose à l'acquéreur l'obligation de publier la vente pour leur permettre d'exercer leur droit d'opposition au paiement du prix entre les mains du vendeur et leur droit de surenchère contre toute vente portant sur un prix dérisoire afin de concourir au paiement du prix dans la mesure où, tous ont droit au paiement de leur créance à l'échéance.

¹²² Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement.

¹²³ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10350, inédit.

¹²⁴ Pour une étude exhaustive de cette réglementation, voir A. Balla Kalto, « La protection des créanciers du vendeur de fonds de commerce dans l'espace OHADA », *Revue de l'Ersuma*, n° 6, 2016 ; Voir également, G. S. Tsetsa, « Le formalisme de la saisie immobilière en droit OHADA », *Revue de l'Ersuma*, n° 6, 2016.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), dans ses articles 28 et suivants, accorde la faculté à tout créancier impayé de recourir à l'exercice des voies d'exécution. Cette garantie appartient sans distinction à « tout créancier chirographaire ou privilégié » dans les conditions définies par l'article 31 de l'Acte Uniforme qui déclare que « l'exécution forcée n'est offerte qu'au créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles ». Le juge OHADA joue également sa partition par rapport à la sécurisation des créanciers du vendeur de fonds de commerce. Il le fait en appliquant des normes légales dans le cadre de son pouvoir d'intervention en matière de recouvrement des créances¹²⁵. Dans cette optique, les créanciers du vendeur de fonds de commerce, auront à choisir parmi le bouquet de mesures légales que lui offre le législateur OHADA, avec le concours des personnes habilitées (huissiers de justice ou agents d'exécution) dans leur mise en œuvre. Dès lors qu'il n'y a pas eu de règlement à l'amiable et que le juge est saisi, il doit statuer en appliquant les normes OHADA, conformément à l'article 10 du Traité ou alors, il doit renvoyer aux règles nationales supplétives¹²⁶. Parmi les panoplies de mesures d'exécution existantes décrites, ils auront à choisir celles qui s'adaptent à leur cas d'espèce, en optant soit pour les mesures conservatoires, soit en faveur des mesures d'exécution forcée¹²⁷.

2- La disparition de la clientèle du fait d'un événement extérieur

La disparition de la clientèle, et donc du fonds de commerce, peut être liée à un événement extérieur. Ainsi, l'arrêt de l'exploitation du fonds de commerce peut être dû à un cas fortuit ou une force majeure. La disparition peut être due à l'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque l'immeuble frappé d'expropriation ne peut plus abriter le fonds de commerce. Il en sera de même en cas de fermeture pour cause d'ordre public – inexécution des mesures légales de sécurité et de salubrité, par exemple – ou pour sanctionner la commission d'un délit¹²⁸. Le fait que l'expropriation d'un immeuble puisse causer la fin de l'exploitation du fonds, alors qu'il suffise que le propriétaire trouve un autre immeuble pour abriter son fonds¹²⁹, relève encore une fois la

¹²⁵ A. Balla Kalto, préc.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Pour un exemple de perte de la propriété résultant de l'omission fautive du notaire et de la fraude commise par le locataire-gérant, V. Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, n° 08-15.937, JurisData n° 2009-050335; Bull. civ. 2009, I, n° 229.

¹²⁹ Il faut cependant préciser que la recherche d'un immeuble ne fait pas partie de la clientèle. En effet, la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui retenait que « le mandat de recherche d'un bien immobilier à

place inconfortable de l'immeuble dans le fonds de commerce¹³⁰. Le législateur OHADA, même s'il ne le dit pas directement et expressément, exclu les immeubles du fonds de commerce¹³¹, car les immeubles sont traditionnellement rattachés au droit civil¹³². En réalité, l'exclusion de l'immeuble du fait de la nature mobilière du fonds de commerce apparaît plus déclarative que valable scientifiquement¹³³. Gary convenait que le fonds de commerce n'était qualifié de meuble incorporel que par une « fiction elliptique », à des fins de simplification quant au régime pouvant lui être appliqué¹³⁴. Constatant la variabilité de cette fiction, il renonçait par ailleurs à attribuer une nature juridique particulière à l'universalité de fait¹³⁵.

Un des arguments couramment invoqués pour justifier de l'exclusion des immeubles du fonds de commerce découle de la conception essentialiste retenue jusqu'ici. La clientèle ayant été présentée par la jurisprudence comme l'élément essentiel et suffisant à la constitution du fonds de commerce, l'application de la règle de l'accessoire interdisait¹³⁶ en conséquence l'inclusion de l'immeuble dans le fonds de commerce, un immeuble ne pouvant se révéler être l'accessoire d'un meuble incorporel, en l'occurrence la clientèle. Or le déclin de cette approche essentialiste, présentant non plus la clientèle comme un élément du fonds mais plutôt comme le but de ce dernier, et la preuve de son existence, modifie la portée de la règle de l'accessoire dans l'organisation du fonds de commerce¹³⁷. De ce fait, son importance dans la justification de l'exclusion de l'immeuble de la composition du fonds est d'autant plus relative. Si la clientèle n'est plus l'élément essentiel à proprement parler, ce statut s'est transféré sur le ou les éléments servant de support à

acquérir fait partie de la clientèle d'un fonds de commerce d'agent immobilier », Cass. com., 28 juin 2017, n° 15-17.394, JurisData n° 2017-012580.

¹³⁰ M. Bourdais, *Etude critique des modes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire*, Thèse de doctorat, Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2017.

¹³¹ G. Pougoué (dir.), préc., p. 816.

¹³² A. Fénéon, J. R. Gomez, *Droit commercial général*, Edicef, 1999, p. 31.

¹³³ Exemple de la législation belge. La loi du 25 octobre 1919, qui règle les modalités de la mise en gage du fonds de commerce, et qui constitue donc à ce titre un équivalent de notre loi du 17 mars 1909, s'éloigne de cette dernière en ce que la liste des éléments composant ce dernier n'est pas limitative.

¹³⁴ Sur ce point, voir R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Thèse, Bordeaux, 1931.

¹³⁵ Voir M. Bourdais, préc., note 491 : De « rares décisions reconnaissent la possibilité d'une fiction de « mobilisation par destination » et considéraient que « des immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, qu'il en est ainsi, notamment des immeubles compris dans un fonds de commerce. » Voir CA Montpellier, 29 novembre 1897, DP 1899, I, p.353) ou CA Pau, 6 novembre 1917, S. 1913 2 193, note Wahl. Néanmoins cette initiative a été rejetée par la Haute juridiction au motif de son incompatibilité avec la « summa divisio rerum », qui veut que la distinction entre meubles et immeubles soit d'ordre public, et qu'en conséquence il ne puisse y être dérogé par la volonté individuelle. »

¹³⁶ O. Barret, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris, L.G.D.J, spéc. n°20, 2001.

¹³⁷ M. Bourdais, préc., p. 254.

celle-ci. Rien n'interdit dans ce cas, théoriquement, que cet élément attractif de la clientèle puisse être un immeuble. Or, si l'élément essentiel du fonds, car principal responsable de l'attraction de la clientèle, est un immeuble, l'invocation de la règle de l'accessoire comme justification à l'exclusion de celui-ci du fonds n'est plus crédible. En d'autres termes, d'accessoire à un meuble incorporel, l'immeuble devient dans ce cas le principal. Page | 481

Que le fonds disparaisse par le fait des créanciers ou de celui d'un événement extérieur, certaines formalités sont liées à une telle disparition. Le titulaire du fonds de commerce doit se faire radier du registre du commerce et des sociétés, dans le délai d'un mois à compter de la cessation d'activité (art. 55 et s. AUDCG ; art. 120, 120-5 AUSCGIE¹³⁸). Cette radiation donne lieu à une insertion au Registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM)¹³⁹. Le centre de formalités des entreprises (CFE) du ressort du tribunal du siège de l'établissement principal peut prendre en charge les formalités de publicité, sauf si le déclarant souhaite réaliser lui-même les déclarations au RCCM. La même inscription au RCCM est requise en cas de cession de la clientèle.

B- La cession de la clientèle face à la diversité des fonds

L'article 147 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général prévoit que la cession du fonds de commerce obéit aux règles générales de la vente, sous réserve des dispositions particulières prévues dans l'Acte uniforme et des textes spécifiques à l'exercice de certaines activités commerciales. Les règles relatives à la cession du fonds de commerce visent un triple objectif : protéger les créanciers du vendeur contre les ventes clandestines, garantir le vendeur contre la faillite de l'acquéreur puisque la vente est souvent faite à crédit, et enfin, protéger l'acquéreur par la mention dans l'acte de vente des renseignements destinés à l'éclairer sur la consistance et la valeur du fonds¹⁴⁰. Il s'agit de la vente du fonds de commerce, même si le terme de cession de fonds de commerce est plus usité dans la pratique comme dans la doctrine¹⁴¹. Il existe beaucoup de débats autour de la cession du fonds de commerce : l'attention particulière à accorder aux droits des créanciers (régime de l'indisponibilité du prix¹⁴², vente forcée du fonds peu usitée

¹³⁸ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

¹³⁹ I. F. Kamnang Komgouep, « Le contentieux de l'immatriculation du commerçant au registre de commerce et du crédit mobilier en droit OHADA », 46 R.D.U.S., 2016.

¹⁴⁰ A. P. Santos et J. Yado Toé, OHADA, *Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 219.

¹⁴¹ F. Dekeuwer-Defosse, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, LGDJ, 2019.

¹⁴² A. Dejoie, « Le sort du prix de vente du fonds de commerce », Défrenois, 2009, p. 801.

en droit OHADA¹⁴³, le prix de la cession et l'évaluation des éléments du fonds de commerce (éléments corporels et éléments incorporels)¹⁴⁴. Mais cette étude se focalise sur la disparition de la clientèle et donc sa cession spécifique lors de la vente du fonds de commerce (1). Cela implique que le législateur OHADA reconnaît que la clientèle est cessible, mais cette cession ne peut occulter la diversité de la clientèle ainsi que des fonds de commerce (2).

1- La cession de la clientèle d'un fonds de commerce classique

La clientèle retrouve sa force et son essentialité dans la cession du fonds, de commerce. L'article 148 de l'AUDCG précise que la cession du fonds de commerce porte nécessairement sur les éléments énumérés à l'article 136 de l'AUDCG (clientèle et enseigne ou clientèle et nom commercial). Dans son alinéa 2, ledit article insiste sur le fait qu'en l'absence de cession simultanée des éléments précités, la cession d'autres éléments du fonds (énumérés à l'article 137 de l'AUDCG) demeure possible mais n'emporte pas cession du fonds de commerce, quelles que soient les dispositions convenues dans l'acte constatant la cession. Il a été abondamment dit dans cet article que la cession du fonds de commerce emporte nécessairement transfert de la clientèle qui en est l'élément essentiel. La jurisprudence précitée¹⁴⁵ du TGI de Ouagadougou insiste sur la cession de la clientèle dans la cession du fonds de commerce.

Peu importe que la clientèle ne soit pas expressément visée dans l'acte de vente. Il n'est pas possible de céder un fonds de commerce sans la clientèle qui lui est attachée. D'ailleurs, la cession de la clientèle équivaut à la cession du fonds de commerce. Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris indique, par exemple, que le fait que la marque et l'enseigne ne soient pas cédées est sans incidence sur la qualification de l'opération¹⁴⁶, décision qui va plus loin que les exigences de l'article 236 de l'AUDCG. La doctrine est catégorique là-dessus : si, par la volonté expresse ou tacite des parties, la clientèle était exclue de la vente, l'opération cesserait de constituer une vente de fonds de commerce¹⁴⁷. Ainsi, il a été jugé que la cession du seul matériel ne constitue pas une cession de fonds de commerce déguisée dès lors qu'il n'est pas établi que l'acheteur a conservé la clientèle du cédant¹⁴⁸.

¹⁴³ A. Balla Kalto, préc., p. 197.

¹⁴⁴ F. Vauvillé, « Examen de notaire (1^{ère} valeur) », Défrénois, 1995, p. 783.

¹⁴⁵ Voir note 117.

¹⁴⁶ CA Paris, 13 mars 1998, JurisData n° 1998-020443.

¹⁴⁷ A. Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Éditions Sirey, t. I, 1937, n° 455.

¹⁴⁸ Cass. com., 2 déc. 1997, JurisData n° 1997-005029.

La cession de la clientèle fait qu'elle ne peut plus être regardée comme « une addition d'individus, mais plutôt comme une masse, un pouvoir attractif représentant une valeur patrimoniale »¹⁴⁹. C'est la combinaison d'éléments matériels (le nom, l'enseigne, les moyens matériels de production), intellectuels et intangibles (les droits sur le local, le numéro de téléphone, les fichiers des clients), comprenant aussi la force de travail du professionnel, qui permettra à ce dernier de générer et de maintenir ce flux de clients. La conception objective de la clientèle permet d'envisager son appropriation de même que sa cession¹⁵⁰. Dans cette vision, la clientèle est considérée comme un système attractif ayant « une valeur représentée par la masse des clients, c'est-à-dire par le chiffre d'affaires qu'elle représente »¹⁵¹. La conséquence de cette approche objective est que les tribunaux vont progressivement accepter les cessions directes de clientèles civiles ou professionnelles, ce qui correspond plus à une vision économique de la notion de clientèle. En France, la pratique prévoyait, dans les conventions de cessions indirectes, la rémunération de la « présentation d'un successeur » et la stipulation d'une clause de non concurrence, forçant ainsi les juges à évoluer afin d'admettre, par un tel « tour de passe-passe »¹⁵², la cession de la clientèle.

La cession de la clientèle devient également un élément important dans la location-gérance, puisque la disparition de la clientèle du fait du locataire gérant entraîne la disparition du fonds de commerce ce qui justifie la résiliation du contrat de location-gérance¹⁵³. L'importance de la clientèle dans la location-gérance est si grande que lorsque le locataire gérant exerce une activité autre que celle intéressant la clientèle attachée au fonds, le contrat de location-gérance doit être requalifié en sous-location¹⁵⁴. Dans la même veine, la Cour de cassation a déclaré que la cession du fonds de commerce dont la clientèle avait disparu du fait d'un locataire-gérant, ce que le cédant avait dissimulé intentionnellement, est nulle¹⁵⁵.

2- L'atténuation de l'essentialité de la clientèle par les commerçants sans fonds

La place prétendue prépondérante de la clientèle dans le fonds de commerce est discutable dans la mesure où il existe dans le paysage commercial ceux que l'on appelle les « commerçants sans

¹⁴⁹ A. Benadiba, préc., p. 490.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ F. Violla, Rép. civ. Dalloz, voir Clientèle, 2012, note 29, no 29.

¹⁵² P. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les obligations*, 3e éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 490.

¹⁵³ Cass. com., 17 mars 2015, n° 09-15.433, JurisData n° 2015-006033 ; Loyers et Copr. 2015, n° 5, comm. 119, E. Chavance.

¹⁵⁴ Cass. 3e civ., 20 mai 2014, n° 13-12.116, JurisData n° 2014-021497.

¹⁵⁵ Cass. com., 6 janv. 2015, n° 13-27340, JurisData n° 2015-000025 ; JCP N 2015, n° 4, act. 185.

fonds de commerce », une catégorie *sui generis* de professionnels qui se classent en deux catégories : les commerçants exploitant une clientèle « dépendante » et ceux qui attirent et retiennent une clientèle « illicite »¹⁵⁶.

La règle de l'autonomie de la clientèle permet de régler le sort de la première catégorie, qui se retrouve sans fonds de commerce, car n'ayant pas de clientèle personnelle : la clientèle doit être fortement attirée par le fonds¹⁵⁷. Cette catégorie de commerçants peut se prévaloir de plusieurs avantages recensés¹⁵⁸ : droit de jouir de la prescription courte ; bénéfice de la liberté des preuves ; soumission à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ; droit d'être électeur et éligibles aux tribunaux de commerce et aux chambres de commerce et d'industrie ; droit de donner son fonds de commerce en location-gérance ; droit de tirer bénéfice de la propriété commerciale ; droit d'insérer dans son contrat une clause compromissaire¹⁵⁹. Par contre, il n'est pas soumis à certaines contraintes telles que l'accomplissement des mesures de publicité, l'enregistrement au registre du commerce ; le respect des règles de la libre et de la loyale concurrence, etc.¹⁶⁰. Les pays membres de l'OHADA vont devoir trancher ce débat qui va s'accroître avec la multiplication des centres commerciaux¹⁶¹ dans les villes de plus en plus urbanisées.

Plus que pour le commerçant franchisé, dont on peut se demander si la clientèle est fidélisée à cause du commerce ou pour l'enseigne du franchiseur, il peut s'avérer difficile, en pratique, d'apprécier l'existence de la clientèle et, surtout, son caractère personnel, dans le cas du commerçant dit « enclavé », c'est-à-dire celui qui se situe dans un espace plus vaste comme un centre commercial. Il n'y a aucune preuve que les clients sont-ils attirés par son le commerce lui-même. L'enjeu est important car l'existence de la clientèle permet de déterminer l'application du régime juridique du fonds de commerce et du droit au bail. Dans ces hypothèses, il appartiendra au commerçant de démontrer qu'il dispose bien d'une clientèle propre grâce aux efforts déployés et moyens mis en œuvre pour l'attirer. Cette absence de clientèle personnalisée est due à l'objectif du centre commercial, celui d'attirer une clientèle importante à travers le regroupement de

¹⁵⁶ F.-X. Vincensini, *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, PUA, 1998, p. 109 et s.

¹⁵⁷ Il a été ainsi jugé que le commerçant qui ne fait que bénéficier de la clientèle d'un autre, parce qu'il est situé à proximité, n'est pas titulaire d'un fonds de commerce : Amiens, 26 juin 1978, RDC, 1979, p. 94, obs. J. Derruppé.

¹⁵⁸ Voir P.-G. Pougoué (dir.), p. 812.

¹⁵⁹ P.-G. Pougoué, A. Foko, *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, collection Vademecum, PUA, 2006, p. 235.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ « un ensemble d'au moins 20 magasins et services totalisant une surface commerciale utile (surfaces de vente + bureaux + réserves) minimale de 5 000 mètres carrés, conçue, réalisée et gérée comme une entité » : J. Lafond, « Bail commercial-Centre commerciaux », *J.Cl.*, Fasc. 1500, LexisNexis, décembre 2017, n° 5.

plusieurs activités dans une même aire géographique et en profiter pour avoir un impact commercial maximum¹⁶². Ensuite, la mise en commun des moyens pour l'atteinte de cet objectif. Enfin, l'instauration d'une « discipline » nécessaire non seulement pour cette finalité mais aussi pour l'organisation des rapports entre professionnels exerçant dans le centre. Ces éléments conduisent à se demander si le commerçant dans un centre commercial, tout comme l'intermédiaire de commerce¹⁶³, peut avoir une clientèle propre.

Quant aux commerçants qui exploitent illicitement une clientèle, l'illicéité de la clientèle fait obstacle à la qualification du fonds de commerce, des moyens mis en œuvre pour l'attirer et la conserver¹⁶⁴. Ainsi, le tenancier d'une maison de tolérance par exemple est un simple commerçant de fait¹⁶⁵. La situation la plus préoccupante est celle des commerçants dans les centres commerciaux dans l'espace OHADA et il est urgent que le législateur communautaire africain reconnaisse que l'essentialité de la clientèle ne se manifeste pas dans tous les cas, afin de pouvoir légiférer pour encadrer le bail à usage professionnel dans les centres commerciaux pour éviter les abus qui peuvent en résulter.

Conclusion

En droit OHADA, le débat sur l'essentialité de la clientèle doit, selon certains auteurs, être déplacé sur un autre terrain, celui de savoir si une fois acquis qu'elle mérite de faire partie des composantes du fonds de commerce, il est permis d'en conclure qu'en toute occurrence, elle en constitue l'élément primordial¹⁶⁶. Au-delà de ce constat, il est nécessaire pour le droit OHADA de clarifier sa position par rapport à la notion d'élément primordial. Si de par la volonté du législateur OHADA, elle forme l'élément central du fonds commercial¹⁶⁷, et en définitive celui du fonds de commerce, la clientèle n'a pas le statut d'élément indispensable dans tous les cas de figures. Même en l'absence de jurisprudence assez étoffée pour l'instant dans l'aire géographique OHADA, faute de pratique, des leçons peuvent être tirées de l'expérience française qui montre clairement la

¹⁶² Voir P. Pétél, «Le bailleur d'un centre commercial », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier*, LexisNexis et Dalloz, 2021, p. 519.

¹⁶³ Cité par P.-G. Pougoué, p. 812 : R. Y. Ngo Ndjigui, Les intermédiaires de commerce dans l'Acte uniforme OHADA portant droit commercial général, Mémoire de D.E.A., Dschang, 1998.

¹⁶⁴ P.-G. Pougoué, Encyclopédie du droit OHADA, préc., p. 812-813.

¹⁶⁵ F.-X. Vincensini, préc., p. 111.

¹⁶⁶ G. Pougoué (dir.), préc., p.811.

¹⁶⁷ L'expression fonds commercial était contenue dans l'article 104 de l'AUDCG avant la réforme de 2010. Le nouvel article 136 de l'AUDCG, équivalent de l'article 104, ne l'a plus reconduit, peut-être pour éviter toute confusion avec la notion de fonds de commerce.

diversité des fonds de commerce. De manière générale, le rôle indispensable de la clientèle dans la disparition du fonds est remis en cause par le fait des créanciers et d'un événement extérieur, mais plus encore et de manière spécifique, l'exemple des commerçants dans les centres commerciaux illustre la problématique de la diversité des fonds de commerce. Il s'ensuit que la clientèle ne doit pas toujours être considérée comme monolithique et se comportant de la même manière quel que soit le fonds en présence.

Toute législation en droit OHADA, dans ce contexte, doit également saisir la question des clauses de non-concurrence présentes dans les cessions de clientèle, car si la clientèle n'est plus personnalisée, comme dans le cas des centres commerciaux, son caractère aléatoire se confirme. Déjà, la clientèle demeure un élément aléatoire dans la mesure où sa cession ne peut garantir la fidélité à l'acquéreur du fond. C'est la raison pour laquelle les contrats de vente ou de cession doivent respecter les règles de la libre et de la loyale concurrence. En droit français, le cédant est tenu d'une obligation légale de non concurrence qui est d'ordre public et généralement la cession comporte une clause de non rétablissement¹⁶⁸. Le droit OHADA ne réglemente pas explicitement la clause de la non-concurrence, même si cette dernière est présente dans la cession du fonds de commerce, mais également dans d'autres contrats de droit commercial, tels que ceux de la location-gérance, de la distribution, de l'intermédiation commerciale, de la location-gérance, de la franchise, de l'agence commerciale, le contrat de commission, le contrat de cession de clientèle ou encore la cession de parts sociales ou d'actions.

En réalité, reconnaître que la clientèle n'a pas dans tous les cas le caractère indispensable à elle prêtée, fait ressortir le débat sur le caractère aléatoire de la cession de clientèle attachée à un fonds de commerce et, de ce fait, renvoie à la question de la nature particulière du bien-clientèle; bien incorporel dont l'appropriation ne peut être absolue. Ce constat n'empêche pas sa qualification en bien, objet susceptible d'appropriation et ayant une valeur économique¹⁶⁹, si on s'accorde à considérer les différents éléments attractifs de la clientèle qui lui permettent d'exister en tant qu'objet de droit. Ces éléments structurants, qui agissent comme des éléments fédérateurs, sont le plus souvent détachables de la personne du commerçant et permettent précisément de la rendre cessible¹⁷⁰.

¹⁶⁸ V. JCl. Notarial Formulaire, V° Fonds de commerce, fasc. 80.

¹⁶⁹ A. Benadiba, préc., p. 408.

¹⁷⁰ Idem.

Plaidoyer pour l'instauration d'un principe de libre établissement des sociétés dans l'espace ohada

Par :

ABDOUSSALAM

Doctorant en droit privé

Université de Maroua (Cameroun)

Résumé :

L'uniformisation de leurs législations a été l'objectif des États africains de la zone franc lorsqu'ils ont décidé de créer l'OHADA. Cette dernière a eu pour but premier l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées aux économies des États parties. En cela l'OHADA est une organisation d'intégration juridique, elle n'est ni une union politique ni une communauté économique. L'intégration économique par la création d'un marché intégré même si elle est visée par le préambule du traité OHADA, n'est pas l'objectif direct mais plutôt indirect de l'OHADA. Pour cela, elle se différencie alors du modèle d'intégration existant au sein de la CEMAC ou de l'UEMOA en Afrique et de l'Union Européenne en Europe. Car ces organisations ont pour but initial une intégration économique. Elles utilisent pour cela des moyens directs pour créer un marché sans frontières. C'est à ce titre qu'elles ont consacré un principe de libre établissement dans leurs traités fondateurs. Par ce fondement du libre établissement, ces organisations d'intégration économiques ont pu limiter ou lever des obstacles à la circulation des sociétés au sein du marché intégré créé. Quant à l'OHADA, peut-elle par le seul biais de l'uniformisation du droit faciliter les activités intracommunautaires des entreprises ? N'étant pas a priori une organisation d'intégration économique, l'OHADA pourra-t-elle réussir malgré tout à mettre en place ce marché intégré tant souhaité ? Peut-elle se passer du principe de libre établissement pour faciliter la circulation des entreprises ? Il y'a lieu de répondre par la négative à toutes ces interrogations car, sans nier l'intérêt de l'unification du droit dans la facilitation des activités intracommunautaires, nous pensons que celle-ci doit être accompagnée en droit OHADA, de la consécration d'un principe de libre établissement des sociétés. Nous avons tout au long de ce travail examiné l'opportunité d'un tel principe dans l'espace OHADA, mais également les mécanismes de mise en œuvre de ce principe.

Mots clés : liberté d'établissement, espace OHADA, mobilité des sociétés.

Introduction

Le rôle des sociétés dans les affaires et le développement n'est plus à démontrer. En termes de volume, plus de 95 % des affaires se font par le truchement des sociétés¹. Mais, ces sociétés commerciales sont de nos jours tournées vers l'économie, la conquête du marché et la recherche de la compétitivité en vue de faire face à la rudesse de la concurrence que les lois ont d'ailleurs toujours voulu libre pourvu qu'elle soit loyale². L'intérêt du développement d'une entreprise est de ne pas rester cantonné à un territoire, de se trouver des points d'attache à l'extérieur, sur d'autres territoires qui permettront le développement de son activité. Cependant, alors que les personnes physiques pouvaient circuler, et ce parfois très librement, les personnes morales et plus précisément les sociétés commerciales étaient souvent restées « *captives* »³ de l'État de leur naissance c'est-à-dire celui de leur constitution. Ce traitement différencié a été bien résumé par un auteur qui affirme que « *les sociétés ont bien une nationalité mais ne disposent pas de passeport leur permettant de se déplacer librement d'un pays à l'autre* »⁴. On peut aussi noter qu'il régnait même « *un certain pessimisme* »⁵ à propos de la possibilité qu'elles puissent circuler un jour. Mais, cette situation pouvait pourtant paraître paradoxale au regard des intérêts⁶ que peut avoir une société commerciale à se mouvoir pour s'établir dans un État autre que celui de sa constitution. Il fallait donc sortir de ce paradoxe et lever les obstacles entravant la circulation des sociétés commerciales. Or il a été développé que la levée des entraves à la mobilité des sociétés passait par une intégration juridique et l'harmonisation ou l'unification des législations qui l'accompagne⁷. C'est dans cette optique que certains pays africains ont décidé de créer l'OHADA⁸. Cette dernière

¹ POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), TOUKAM (J.N.), *la présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997*, ouvrage disponible sur <http://www.ohada.com/>, p. 6, n° 14

²GATSI (J.), « filiale, succursale, groupe de sociétés », in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.-G. POUGOUE (sous la direction de), Lamy, 2011, p. 793, n° 1.

³SYNVET (H.), « La société européenne et les fusions transfrontalières, technique de concentration d'entreprises », in *L'entreprise dans le marché unique européen*, La documentation française, 1995, p. 293.

⁴PALMER (S.), « Transfert de siège social », *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2010 n° 4, p. 426.

⁵LECANNU (P.), Préface de la Thèse de M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, p. XV

⁶ Ces intérêts sont notamment exposés dans sa thèse par MENJUCQ (M.), *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, p. 8, n° 8. L'auteur y identifie d'une part l'intérêt des opérations de fusion et scission qui sont des instruments de concentration communautaire des entreprises afin de les emmener à atteindre une taille qui leur permettra de faire face à une concurrence désormais mondialisée. D'autre part celui du transfert de siège qui permet notamment à une société dont le centre de gravité économique a été modifié depuis sa constitution de le faire coïncider avec son centre juridique.

⁷DESSAINT (P.), *Les fusions transfrontalières dans l'UE : l'exemple franco-belge*, thèse, Lille 2, 1999, p.376.

⁸ L'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) a été créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 oct. 1993 à Port-Louis et révisé à

a eu pour but premier « l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées » aux économies des États parties⁹. En cela l'OHADA est une organisation d'intégration juridique, elle n'est ni une union politique ni une communauté économique¹⁰. C'est d'ailleurs pourquoi un auteur a pu à juste titre affirmer que « le but de l'OHADA est une intégration juridique dont on espère qu'elle facilitera ensuite l'intégration économique des États membres, but médiat de l'organisation »¹¹. L'intégration économique ne se fera là qu'indirectement par l'intermédiaire de l'intégration juridique. C'est dans ce contexte qu'il a pu être dit que, pour cette organisation, l'intégration juridique serait le levier de l'intégration économique¹². Au regard de ces observations, il apparaît clairement que l'OHADA n'étant pas une communauté économique, elle se différencie alors du modèle d'intégration existant au sein de la CEMAC¹³ ou de l'UEMOA¹⁴ en Afrique et de l'Union Européenne en Europe. Car ces organisations ont pour but initial une intégration économique. Elles utilisent pour cela des moyens directs pour créer un marché sans frontières. C'est à ce titre qu'elles ont consacré un principe de libre établissement dans leurs traités fondateurs¹⁵.

Québec au Canada, le 17 oct. 2008. Elle regroupe aujourd'hui 17 Etats: le Bénin, le Sénégal, le Burkina Faso, les Comores, la Côte d'Ivoire, le Congo, le Gabon, le Mali, le Niger, la Guinée-Bissau, le Cameroun, le Togo, la Centrafrique, la Guinée Equatoriale, le Tchad et la Guinée Conakry et la République démocratique du Congo.

⁹ Article 1er du traité.

¹⁰ POUGOUE (P.-G.), « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.-G. POUGOUE (sous la direction de), Lamy, 2011, p. 1328, n° 35.

¹¹NGOUMTSA ANOU (G.), « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », LexisNexis, *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 170, 2014, n°6.

¹² POUGOUE (P.-G.), « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *op cit.* p. 1321, n° 16.

¹³ La CEMAC a été créée par un Traité signé à N'Djamena (Tchad) le 16 mars 1994. Elle regroupe 6 pays à savoir le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République de Centrafrique et le Tchad. Sa mission est de promouvoir un développement harmonieux des Etats membres dans le cadre d'un véritable marché ouvert. Elle est née des cendres de l'ancienne Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale (UDEAC –A964) précédée de l'Union Douanière Equatoriale (UDE – 1959)

¹⁴ La Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest créée par le traité de Lagos du 28 mai 1975, la C.E.D.E.A.O. regroupe quinze États de l'Ouest africain : Bénin, Burkina, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone, Togo. Son objectif principal est de favoriser l'intégration économique en promouvant la constitution d'un marché intra régional.

¹⁵ Ce sont les articles 91 et 92 du Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994 tout comme celui de 2003 qui consacrent la liberté de circulation, de résidence et d'établissement. L'art. 92 dispose : « 1. Les ressortissants d'un Etat membre bénéficient du droit d'établissement dans l'ensemble du territoire de l'Union. 2. Sont assimilés aux ressortissants des Etats membres les sociétés et personnes morales constituées conformément à la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union ». Au niveau de la CEMAC, le Traité ne mentionne pas cette liberté. Mais la liberté d'établissement est devenue définitive avec la décision des Chefs d'Etat de la sous-région prise le 6 mai 2015, d'appliquer immédiatement l'Acte additionnel y afférent.

La liberté d'établissement a pour objectif de favoriser l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'espace communautaire dans le domaine des activités non salariées. Cette liberté donne la possibilité à un ressortissant communautaire de participer de façon stable et continue à la vie économique d'un ou plusieurs États membres autres que son État d'origine¹⁶. Page | 490

Pour les sociétés, cette faculté s'exerce par la constitution et la gestion d'entreprises¹⁷, ce qui permet à leurs fondateurs d'établir durablement des entités dans un ou plusieurs États de leur choix. Toutefois, la liberté d'établissement doit se distinguer de certaines notions voisines. En effet, la théorie générale du droit communautaire recense ainsi quatre grandes libertés intégratives, toutes présupposant le déplacement des personnes d'un Etat à l'autre : (i) la liberté de circulation, (ii) la liberté de séjour, (iii) la liberté d'établissement et (iv) la liberté de prestation de services. Ces quatre libertés sont intrinsèquement liées au droit qu'auront désormais les peuples de partir librement de leur Etat d'origine vers tel autre Etat membre de l'espace intégré. Les quatre libertés citées associent leur régime juridique pour apporter toutes leurs réponses aux questions de déplacement des peuples¹⁸. Ces libertés intégratives dites économiques, si elles sont étroitement connectées au déplacement, apportent chacune des réponses de mobilité en vue de projets économiques distincts. La liberté de circulation des travailleurs ne concerne que la circulation de la main d'œuvre salariée à l'intérieur de la Communauté. La liberté de prestation de services, elle, concerne les professionnels non-salariés qui ont des missions ponctuelles à exécuter dans un Etat autre que leur Etat d'origine ou d'installation. La liberté d'établissement, pour sa part, concerne les professionnels non-salariés qui souhaitent partir de leur Etat d'origine vers un autre Etat pour s'installer et exercer de manière définitive leur activité¹⁹.

Par ce fondement du libre établissement, les organisations d'intégration économiques ont pu limiter ou lever des obstacles à la circulation des sociétés au sein du marché intégré créé. Quant à l'OHADA, peut-elle par le seul biais de l'uniformisation du droit faciliter les activités intracommunautaires des entreprises ? N'étant pas a priori une organisation d'intégration économique, l'OHADA pourra-t-elle réussir malgré tout à mettre en place ce marché intégré tant

¹⁶SANTORO (G.), « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue internationale de droit économique* 2010, p. 352

¹⁷ Voir par exemple articles 49 TFUE (ex-article 43 TCE) et 54 TFUE (ex-article 48 TCE)

¹⁸ KAMWE MOUAFFO (M.C), « la liberté d'établissement dans la CEMAC », *Revue de droit Uniforme*, volume 22, numéro 3, aout 2017, p. 530

¹⁹ *Idem*

souhaité ? Peut-elle se passer du principe de libre établissement pour faciliter la circulation des entreprises ?

Il y a lieu de répondre par la négative à toutes ces interrogations car, sans nier l'intérêt de l'unification du droit dans la facilitation des activités intracommunautaires, nous pensons que celle-ci doit être accompagnée en droit OHADA, de la consécration d'un principe de libre établissement des sociétés. Avant de voir par quels mécanismes institués ce principe (II), il convient au préalable de relever l'opportunité d'un tel principe dans l'espace OHADA (I).

I- L'OPPORTUNITE D'UN PRINCIPE DE LIBRE ETABLISSEMENT DES SOCIETES DANS L'ESPACE OHADA

L'institution d'un principe de libre établissement présente un intérêt certain pour l'espace OHADA. A l'observation, on constate que les prérequis d'une telle initiative sont bien réunis (A) et devrait susciter une considération sérieuse. Des arguments également existent pour soutenir une telle idée (B).

A- L'existence des présupposées théoriques

L'OHADA dispose des atouts impressionnants pour favoriser l'instauration d'un principe de libre établissement au sein de son espace. Ces atouts se déclinent à deux niveaux : l'uniformisation de l'environnement juridique (1) et l'édiction des techniques communes pour la promotion de la mobilité des sociétés (2).

1- L'uniformisation de l'environnement juridique de l'entreprise comme un acquis pour la liberté d'établissement

Dans le cadre du droit communautaire européen, les autorités communautaires ont mis en place, pour la mise en œuvre de la liberté d'établissement, plusieurs directives et règlements²⁰. Ils sont relatifs à la coordination des droits nationaux, en matière de sociétés, à l'harmonisation du droit des sociétés, du droit social, du droit comptable et la création d'un groupement d'intérêt économique. Toute cette œuvre législative communautaire a été faite en vue de faciliter la liberté d'établissement. Contrairement au législateur communautaire européen qui, pour faciliter la liberté d'établissement, est obligé de mettre en place une législation nouvelle, celui de l'OHADA pourra dans une majorité des cas bénéficier des acquis communautaires. En effet, plusieurs Actes

²⁰ Directive 68/151 du 03 Mars 1968 sur les sociétés ; Directive 77/191 du 13 décembre 1976 sur les sociétés.

uniformes, relatifs à l'environnement de l'entreprise ont été adoptés. Mais nous n'évoquerons que quelques-uns dans le cadre de cette étude.

Tout d'abord l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et Groupement d'intérêt économique : en effet, si l'OHADA est, *prima facie*, un espace géographique regroupant les Etats signataires, elle est surtout un espace matériel, le droit des affaires. L'élaboration de règles simples, modernes et adaptées doit faciliter les échanges et les investissements pour faire de l'espace géographique en question un nouveau pôle de développement en Afrique. Dans le monde désormais très ouvert, les économies ne sont véritablement viables qu'à l'échelle des régions, voire des continents. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, par la flexibilité dans sa conception pour offrir des choix et la rigidité dans sa technicité pour protéger les associés, les tiers, l'économie et la société tout entière, est de nature à faciliter la liberté d'établissement et dynamiser l'économie dans l'espace OHADA. Tout cela montre la place prépondérante de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE dans l'émergence d'une véritable zone économique d'importance en Afrique indispensable à cette ère de la mondialisation des échanges. C'est certainement par rapport aux autres Actes uniformes, celui qui laisse peu de place aux législations nationales non seulement à cause de la réglementation minutieuse et détaillée de ses dispositions, mais aussi du caractère d'ordre public de la plupart de celles-ci²¹. De la sorte, il instaure un véritable ordre juridique dans l'espace OHADA. C'est pourquoi, l'unification du droit noient les frontières et les dispositions nationales des Etats membres de l'espace communautaire OHADA et rattache les sociétés commerciales à l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire, aux dispositions de l'Acte Uniforme portant droit des sociétés commerciales. Ainsi, c'est en conformité avec la délimitation de son champ d'application que ses dispositions s'appliquent à toutes les sociétés dont le siège social se situe sur le territoire de l'un des Etats parties.²² Cette délimitation du champ d'application du droit communautaire des sociétés consacre un critère de rattachement communautaire qu'est le siège social. Que la société en question ait son siège social dans tel ou tel Etat partie, le droit qui lui est applicable est le même. Le rattachement communautaire consiste à donner aux sociétés implantées dans l'espace OHADA un ordre juridique unique auquel elles sont soumises. En effet, quel que soit l'Etat membre où se situe leur siège, les sociétés sont soumises aux mêmes règles

²¹ POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.), TOUKAM (J.N.), *la présentation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997*, *op cit.* p. 6 n° 13

²² Art 1^{er} aliéna 1 AUDSC

substantielles d'origine communautaire régissant la plupart des aspects de leur existence (de leur constitution à leur dissolution). C'est pourquoi nous pouvons dire que l'harmonisation ou pour être plus précis l'unification du droit, noie les frontières et les dispositions nationales des Etats membres de l'espace communautaire OHADA et rattache les sociétés commerciales à l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Les sociétés commerciales OHADA sont ainsi de réelles sociétés de droit communautaire²³. Ceci est un atout au principe de libre établissement des sociétés.

En outre, d'autres Actes uniformes ont été également consacrés dans le cadre de l'OHADA, qui pourront constituer une aubaine pour la liberté d'établissement. Il s'agit entre autres de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, qui va moderniser la vie des acteurs commerciaux. En effet, dans le cadre de l'OHADA, plusieurs dispositions de cet Acte uniforme constitueront un acquis indispensable à la liberté d'établissement. L'entreprise en tant que notion du droit des affaires, est d'abord une réalité économique. Il en ressort que l'entreprise comporte en plus de moyens de production et une organisation, une activité économique. Cette activité économique permet à l'entreprise, si elle veut exister, de se livrer à des opérations de production ou de prestation de services. Dans le cadre du nouveau droit de l'OHADA, l'Acte uniforme sur le droit commercial général a apporté beaucoup d'innovations tendant à moderniser les biens affectés à l'entreprise²⁴. L'organisation, la gestion et la protection du fonds de commerce ont été modernisées, il en va de même du bail commercial, de la définition du commerçant et des actes de commerce, de l'immatriculation au registre de commerce, l'inscription de sûretés mobilières et des intermédiaires de commerce tel que le Commissionnaire, le courtier et les agents commerciaux. La vente commerciale a été également réglementée, l'ensemble de ces dispositions sont applicables de manière uniforme dans l'ensemble des pays de l'OHADA, ce qui constituera un acquis pour la liberté d'établissement.

Enfin, le droit OHADA à travers l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a règlementé les procédures collectives internationales²⁵. L'inclusion de telles dispositions constitue une originalité de cet Acte uniforme tant pour les Etats

²³ MBAYE (M. N.), *Fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique*, thèse Paris 10 Nanterre, 2006, n° 115.

²⁴ En matière de bail commercial et du fonds de commerce.

²⁵ Cf. articles 247 à 256 de l'AUPC

parties au traité OHADA que pour la plupart des Etats du monde. Le système juridique OHADA présente, en matière de procédures collectives internationales, un caractère hybride, en ce sens qu'il fait appel de façon distributive à la thèse de l'unité de la faillite et à celle de la pluralité des faillites. La première thèse limite, aux seules juridictions de l'Etat-partie sur le territoire duquel le débiteur a son principal établissement, le droit d'ouvrir la procédure. La seconde offre la possibilité de l'ouverture à tous les Etats-parties dans lesquels le débiteur possède un établissement secondaire, une succursale ou même certains éléments de son patrimoine. Ce système a apporté une réponse aux nombreux investisseurs qui évoquent le risque de procédures d'insolvabilité longues ou complexes à l'étranger comme raison principale les dissuadant d'investir en dehors de leur propre pays. Cela constitue une avancée remarquable qui mérite d'être soulevée dans la perspective d'instituer un principe de libre établissement dans l'espace OHADA.

En tout état de cause, il serait fastidieux d'énumérer tous les acquis communautaires qui seront au service de la liberté d'établissement. En vérité, c'est l'ensemble du droit OHADA qui constituera un atout pour ce principe. Mais au-delà de ces règles communes facilitant l'instauration de la liberté d'établissement, le droit OHADA a développé un ensemble de techniques juridiques pour encourager la mobilité des sociétés dans son espace.

2- L'édiction des techniques communes pour la promotion de la mobilité des sociétés

L'unification du droit des sociétés OHADA a entraîné l'élaboration de techniques destinées à définir les bases communes de l'entreprise à vocation communautaire et de son environnement juridique car, encourager la mobilité des sociétés²⁶ à l'intérieur de l'espace intégré, est un objectif fondamental du processus d'intégration.

Il devenait nécessaire de répondre à la demande pressante (des sociétés) de mettre à leur disposition des textes qui leur permettent enfin de réaliser des fusions transfrontalières avec des sociétés, d'autres États membres ou encore de transférer leur siège social dans un autre État membre sans avoir à se dissoudre en maintenant leur personnalité juridique antérieure tout en

²⁶ La mobilité des sociétés exprime le déplacement de la société d'un territoire à un autre. Il s'agit en réalité d'un raccourci terminologique visant à désigner l'exercice du droit d'établissement des sociétés. La mobilité visant les structures juridiques et/ou matérielles de l'entreprise sociétaire, elle s'entend dans une perspective de continuité de la vie sociale, d'une part d'un déplacement transfrontalier du siège social et d'autre part par l'implantation à l'étranger d'établissements secondaires. (Voir sur ce point : MIGLIORINI (S.), « Le transfert de siège social d'un État membre à un autre, entre droit européen et droit international privé », *Gazette du Palais*, 19 novembre 2013 n° 323, p. 11. Voir également : MENJUCQ (M.), « La circulation internationale des sociétés », *Bulletin Joly sociétés*, 2001, n°3, p. 234.

appliquant le droit du nouveau siège. Ou encore de créer un établissement secondaire sans contrainte. A ce propos, un auteur affirme : « *ce que souhaitent les milieux économiques, c'est de disposer de l'ensemble de moyens juridiques de restructuration des entreprises, de façon en particulier à pouvoir réaliser des opérations de concentration... de dissociation... permettant d'organiser de façon optimum des branches d'activité à l'aide d'éléments qui peuvent se situer dans plusieurs Etats membres.*²⁷ » Le droit des sociétés OHADA a répondu aux attentes en instituant un cadre législatif simple pour la réalisation de ces techniques.

Tout d'abord, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales met en place un certain nombre de règles qui s'appliquent aux fusions et opérations assimilées aussi bien internes qu'intracommunautaires, c'est-à-dire dont les sociétés participantes ont leur siège social dans un Etat différent. Ce régime unifié constitue une aubaine pour la réalisation de ce type d'opération au sein de l'espace OHADA car désormais, ainsi que le précise le législateur, « *La fusion, la scission et l'apport partiel d'actifs peuvent concerner des sociétés dont le siège social n'est pas situé sur le territoire d'un même Etat partie. Dans ce cas, chaque société concernée est soumise aux dispositions du présent acte uniforme dans l'Etat partie de son siège.* »²⁸. Il s'agit d'une innovation du législateur OHADA qui offre sur ce point un régime juridique d'apport partiel d'actif transfrontalier. Cette technique peut permettre à une société d'un Etat de se rapprocher d'une autre société relevant d'un autre Etat. Elle poursuit un objectif de renforcement de la capacité concurrentielle desdites sociétés. Avec cette innovation, le droit OHADA devrait faciliter la mobilité internationale au sein de la zone d'application de l'OHADA puisqu'il permet, par son caractère communautaire, d'éviter les conflits de lois applicables pour les restructurations impliquant des sociétés ayant leur siège social dans différents Etats membres. L'apport partiel d'actifs ainsi que le prévoit le législateur africain qui l'appréhende comme « *l'opération par laquelle une société fait apport d'une branche autonome d'activité à une société préexistante ou à créer. La société apporteuse ne disparaît pas du fait de cet apport. L'apport partiel d'actif est soumis au régime de la scission* »²⁹ Par la consécration de ce principe, des sociétés situées sur des Etats différents, pourraient non seulement transmettre une partie de leurs activités à d'autres relevant d'Etats différents mais également transmettre tout ou partie de leur patrimoine à d'autres

²⁷ BEGUIN (J.), « la difficile harmonisation du droit des fusions transfrontalières » : *mélanges Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 20.

²⁸ Article 199 AUDSCGIE

²⁹ AUDSC art.195.

entreprises. Les procédures applicables seront les mêmes sans possibilité de recours à des règles spécifiques. Cette extension a le mérite de favoriser la libre mobilité des entreprises à l'intérieur de l'espace OHADA sans restriction d'aucune nature d'une part et d'autre part, semble concorder avec la volonté du législateur africain de favoriser l'intégration et permettre la libre circulation et le libre établissement des entreprises dans l'espace OHADA.

Ensuite, le droit OHADA a donné possibilité de créer un établissement secondaire sans contrainte : Au sein d'une entreprise, est qualifié d'établissement secondaire, un établissement dont les activités sont subordonnées, pour l'essentiel, aux directives émanant d'un établissement principal. Selon l'article R.123-40 du code de commerce français « *est un établissement secondaire, tout établissement permanent, distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par la personne tenue à l'immatriculation, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec les tiers.* » L'entreprise, dans l'optique d'une stratégie de déconcentration de ses activités, peut choisir de s'établir à l'étranger au moyen des implantations secondaires, directes, c'est-à-dire par l'intermédiaire de filiales, ou indirectes, c'est-à-dire par l'intermédiaire de succursales.

Dans cet élan, le droit des sociétés a mis en place diverses techniques. Il consacre la situation des liens de droits entre sociétés dont la caractéristique majeure en droit OHADA est la liaison en capital. Ces liaisons permettent à la société de constituer des groupes, des véritables géants économiques. C'est le fait de la relation mère et filiale où la première est réputée détenir le pouvoir effectif au sein de la seconde à travers la participation de plus de 50% dans le capital de celle-ci. Cette situation cache deux réalités : d'une part, il s'agit de deux sociétés juridiquement autonomes et d'autre part, il s'agit d'une inféodation économique de la société mère sur la filiale³⁰. Dans le but de faciliter les activités intracommunautaires, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales autorise la création de groupes réunissant des sociétés juridiquement indépendantes et implantées dans différents pays membres. Il suffit notamment d'utiliser la possibilité offerte par ses articles 84 et 85 qui permettent à une société dont le siège est situé dans l'un des Etats parties de faire un appel public à l'épargne dans tous les autres Etats membres. Ces textes admettent notamment qu'« *une société dont le siège social est situé dans un Etat-partie [puisse] placer ses titres dans un ou plusieurs autres Etats-parties en sollicitant leur public...* »³¹ à condition dans la mise en œuvre

³⁰ GATSI (J.), « filiale, succursale, groupe de sociétés », », *op cit.* p. 793, n° 1.

³¹ Article 84 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.

de ce droit, qu' « ... un ou plusieurs établissements de crédit de cet autre Etat- partie [garantissent] la bonne fin de l'opération si le montant global de l'offre dépasse cinquante millions de francs CFA »³². Dans tous les cas, indifféremment du montant de l'offre, le recours dans cet autre Etat- partie à un ou plusieurs établissements de crédit est indispensable.

Les entrepreneurs recourent aussi parfois aux succursales. A quelques égards près, la succursale est une pseudo-filiale. Toutefois, elle n'est pas une personne morale mais simplement un département décentralisé dénué de patrimoine et jouissant de la surface financière et du crédit de son propriétaire auquel elle est rattachée ; en dépit de son autonomie de gestion, elle n'a pas de personnalité juridique propre. Elle est immatriculée au Registre du commerce et du crédit immobilier et quand elle appartient à une société étrangère à l'espace OHADA, elle est obligée de se filialiser³³. Dans le droit des Etats membres de l'espace communautaire OHADA, l'unification du droit des sociétés dispense la société qui a son siège dans ledit espace de procéder à la filialisation en cas de création d'une succursale. Tout ceci est une manière de promouvoir la mobilité des sociétés au sein de son espace.

Il ressort de ce qui précède que le droit OHADA est plus que jamais prêt pour mettre en place le principe de libre établissement dans l'espace communautaire. Des arguments forts existent également pour soutenir une telle position.

B- Les arguments d'opportunité

Ces arguments découlent d'un certain nombre de constats liés à l'insuffisance du droit OHADA à garantir un droit d'établissement paisible pour les sociétés commerciales. Ainsi, ce principe viendra alors combler ces insuffisances. Il s'agit notamment : de lever toute ambiguïté sur le statut des sociétés d'un Etat membre dans les autres en droit OHADA (1) et de créer des conditions favorables aux activités intracommunautaires des sociétés (2).

1- Un moyen de lever l'ambiguïté sur le statut des sociétés d'un Etat membre dans les autres en droit OHADA

³² Article 85 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.

³³ L'article 120 de l'AUDSCGIE dispose à cet effet : « quand elle appartient à une société étrangère, la succursale doit être apportée à une société de droit, préexistante ou à créer, de l'un des Etats Parties, deux ans au plus tard après sa création, à moins qu'elle ne soit dispensée de cette obligation par un arrêté du ministre chargé du commerce de l'Etat Partie dans lequel la succursale est située ».

Parlant du statut de société d'un Etat membre dans les autres, revient à s'interroger sur la place de celle-ci dans l'ordre communautaire. Autrement dit, quelle qualité attribuée à une société ayant son siège social dans l'espace OHADA et souhaitant s'établir dans un Etat membre : s'agit-il d'une société étrangère ou une société communautaire ? Quels droits peuvent prétendre celles-ci ? Le droit OHADA ne donne pas une réponse précise.

En effet, deux types de sociétés existent dans l'espace OHADA ou déploient leurs activités dans ledit espace. Il s'agit d'une part de la société dont le siège se situe dans un Etat tiers et d'autre part la société dont le siège est localisé dans un Etat membre, donc dans l'espace communautaire. La qualité d'étranger des sociétés ayant leur siège hors du territoire communautaire ne faisant pas de doute, on s'interrogera sur le point particulier de savoir quel statut attribué à la société d'un Etat membre dans les autres. Il est évident pour les sociétés ayant leur siège dans des Etats tiers qu'elles sont étrangères dans l'espace communautaire³⁴. Cela se justifie car non seulement elles sont constituées à l'étranger et n'ont par conséquent la nationalité d'aucun des Etats membres dont la somme des territoires forme l'espace communautaire. Celles-ci sont étrangères que l'on les appréhende du point de vue de l'ordre juridique communautaire ou que l'on les appréhende à partir de l'ordre juridique de tel ou de tel autre Etat membre. Il n'y a guère de doute que dans tous les textes où le législateur supranational évoque la société étrangère, elles sont principalement visées.

Qu'en est-il des sociétés d'un Etat membre ? Peuvent-elles être considérées comme étrangères dans les autres Etats et conclure que lorsque le législateur supranational emploie la notion de société étrangère elles sont aussi visées ? L'absence d'une définition de la notion de société étrangère par le législateur OHADA ne rend pas aisée la réponse à cette interrogation. Aucun texte de l'OHADA ne définit nettement la notion. Cette lacune amène à hésiter sur le point de savoir s'il faut, en plus des sociétés ayant leur siège dans un Etat tiers, considérer que les sociétés des différents Etats membres sont aussi étrangères dans les autres. Certes, les textes qui émanent d'un législateur supranational ont une vision communautaire. Cette vision communautaire les amène à tout appréhender par rapport à l'espace communautaire de sorte que ce qui est étranger serait seulement ce qui est en dehors de l'espace communautaire. La société

³⁴ C'est la position que beaucoup des auteurs utilisent dans leur analyse voir par exemple Olivier Boisseau Chartrain qui a analysé la condition des succursales des sociétés étrangères en droit uniforme OHADA dans son article intitulé, « Quel avenir pour les succursales des sociétés étrangères dans l'OHADA ? », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2000.

étrangère serait par conséquent seulement la société qui aurait son siège dans un Etat tiers. Dans leur interprétation de l'article 120 de l'AU.SCGIE, certains auteurs ont pu conclure dans ce sens que « *la personne étrangère [visée par ledit texte] est [...] tout ressortissant d'un pays non membre de l'OHADA* »³⁵. Mais ce serait oublier qu'il n'y a pas en droit OHADA de société communautaire. Autrement dit, il n'existe pas encore de *société africaine* à l'image de la *société européenne*³⁶ proposée par Berthold GOLDMAN. Il y a plutôt des *sociétés de type africain* à l'image de la *société de type européen* telle que suggérée par le projet Sanders dans la Communauté Economique Européenne (CEE). Ces sociétés sont donc rattachées aux ordres juridiques des Etats membres conformément au critère du siège social. Malgré leur rattachement aux Etats membres, les sociétés constituées avec intervention d'organes communautaires n'en demeurent pas moins soumises aux règles uniformes. Tout comme les autres sociétés, quelle que soit la nationalité de l'Etat membre qui leur sera attribuée, cette nationalité leur assurera l'application des règles uniformes. C'est en toute logique que la société d'un Etat membre dont l'activité la conduit dans un autre Etat membre sera traitée d'étrangère.

Les seuls avantages résultant de l'uniformisation du droit des sociétés pour celles dont le siège est fixé dans l'espace communautaire se situent sur le terrain des conflits de lois pour la détermination de la loi applicable à leur statut et sur le terrain de leur reconnaissance dans l'espace communautaire. Cela reste insuffisant. Les sociétés ayant leur siège dans l'espace OHADA doivent faire face à la plupart des difficultés que rencontre toute société dans l'ordre international à savoir celui de l'exercice de leurs activités au-delà des frontières de l'Etat membre abritant leur siège.

Dans cet espace, non seulement les sociétés elles-mêmes prennent de plus en plus de l'importance dans le développement des activités économiques mais aussi, et surtout, leurs activités prennent une dimension communautaire. L'idée de l'émergence d'un ordre juridique communautaire³⁷ qui supplanterait ceux des Etats membres n'étant pas acquise, les rapports intracommunautaires, en l'occurrence les activités intracommunautaires des sociétés, s'analysent

³⁵ POUGOUE (P.G.), NGUEBOU-TOUKAM (J.) et ANOUKAHA (F), Commentaires de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2e édition, Juriscope, 2002, p. 336.

³⁶ GOLDMAN (B.), « Quelle organisation juridique pour l'entreprise sociétaire au seuil du grand marché », Analyse critique de la réglementation européenne et de ses méthodes d'élaboration, *Communication au colloque sur l'organisation juridique de l'entreprise sociétaire au seuil du grand marché* : [http : www.creda.ccip.fr](http://www.creda.ccip.fr)

³⁷ ISSA-SAYEGH (J.), « L'ordre juridique OHADA », Communication au colloque ARPEJE, ERSUMA, Porto Novo, 3 juin 2004, *Ohadata D-04-02* (doctrine OHADA), www.ohada.com

plus comme des rapports internationaux que des rapports internes. Dès lors, les sociétés, qu'il s'agisse de celles dont le siège est situé dans un Etat membre ou qu'il s'agisse de celles ayant leur siège dans un Etat tiers dont l'activité s'étend à l'espace communautaire, posent dans l'espace OHADA, des problèmes relatifs à leur établissement. Dans ce contexte, il n'y a que le principe de libre établissement qui va permettre s'il est institué, de définir de manière claire le statut de société d'un Etat membre dans les autres en droit OHADA. C'est à partir de ce principe que les législateurs supranationaux institués par les traités d'intégration économique ont pu définir le statut des sociétés dans l'espace intégré³⁸. C'est ainsi que la société d'un Etat membre, même si elle est établie ou si elle agit dans un autre Etat membre n'est pas étrangère dans la mesure où elle demeure dans l'espace communautaire. Seule la société d'un Etat tiers aura la qualité d'étrangère dans l'espace uniforme.

2- Un moyen de créer des conditions favorables aux activités intracommunautaires des sociétés

Le principe de libre établissement lorsqu'il sera consacré par le droit OHADA donnera plus de flexibilité aux sociétés ayant des activités transfrontalières. Il se dégage des opportunités suivantes :

Un principe concourant à une coordination des normes régissant les sociétés commerciales : S'il existe un ordre juridique communautaire qui fédère en quelque sorte les territoires des Etats membres et qui prime leurs ordres juridiques quand il s'agit de l'application des règles uniformes, il doit en résulter que la loi uniforme s'applique de façon identique partout dans l'espace uniforme à tout rapport entrant dans le domaine des règles uniformes. Or au regard de la condition particulière que l'on réserve à l'étranger dans les Etats membres, il y a de nombreux risques que l'application de la loi uniforme soit mise en échec lorsque l'individu impliqué dans le rapport, ou l'individu auquel les droits prévus par les règles uniformes doivent s'appliquer, agit sur le territoire d'un Etat dont il n'est pas le national, même s'il est ressortissant d'un autre Etat membre. La mise en place d'un principe de libre établissement des sociétés dans le cadre de la dynamique de l'harmonisation en Afrique du droit des affaires faciliterait les choses et imposerait l'application des règles uniformes sur l'ensemble des sociétés ayant en commun les règles identiques de

³⁸ On précisera que ces traités, notamment l'UEMOA et la CEMAC, affirment le principe de liberté d'établissement. La position des législateurs qu'ils instituent quant à la définition de statut d'une société d'un Etat membre dans les autres se justifie par le respect de ce principe.

constitution, de fonctionnement et de liquidation. Cette liberté permettrait à une société de créer des filiales et des succursales et de maintenir des centres d'activités sur n'importe quel Etat partie sans craindre une quelconque discrimination³⁹.

Un principe offrant plus de choix dans l'exercice des activités intracommunautaires : les libertés d'établissement permettent d'offrir aux agents économiques de l'espace OHADA le choix le plus étendu et le plus libre entre plusieurs façons d'exercer leurs activités sur le territoire de tous les États membres. Les libertés d'établissement n'ont pas une portée absolument générale, elles s'intègrent dans un objet, qui est celui de parvenir à une union économique. Ainsi l'importance et le fonctionnement de la liberté d'établissement ne sont plus à démontrer car l'idée d'un marché commun n'implique pas seulement la fluidité des échanges économiques et donc la suppression des obstacles artificiels au commerce provenant des législations nationales ou d'accords privés. Mais elle implique aussi que les entreprises puissent utiliser au mieux les moyens économiques, matières premières, main d'œuvre, possibilités de transport, débouchés, courants commerciaux etc. que met à leur disposition l'ensemble des territoires des États membres. Il est donc indispensable qu'elles puissent choisir la meilleure implantation pour leurs sièges principaux, administratifs et industriels, et pour les points d'appui que sont les agences, les succursales, les filiales sans que leur choix ne rencontre d'obstacles artificiels dans les dispositions restrictives des législations nationales.

Un principe comblant les obstacles à l'établissement des sociétés dans l'espace OHADA : ces lacunes sont de deux ordres. D'une part, l'existence de deux organisations d'intégration économique au sein de l'OHADA est un handicap pour la mobilité des sociétés. Cette coexistence ne permet pas aux sociétés de circuler simplement dans tout cet espace communautaire. Car les États membres de l'OHADA sont parties à des organisations sous régionales différentes. Par conséquent, la mobilité n'est possible que tant que les États concernés sont membres de la même organisation qu'elle soit l'UEMOA ou la CEMAC. C'est la raison pour laquelle un auteur a pu valablement affirmer « *que l'OHADA n'est pas un espace de mobilité achevé, favorisant le droit d'établissement...* »⁴⁰. Par conséquent, la mobilité n'est possible que tant que les États concernés

³⁹MANKOU-NGUILLA (A.C.) ; « la notion de siège social en droit OHADA. Brève analyse comparative de la jurisprudence de la CCJA (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage) et de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). », ohada.com ; ohadata D-11-90

⁴⁰NCHANKOU MOUANSIE (N. M.), *La liberté d'établissement des sociétés en Europe et en Afrique*, thèse Cergy-Pontoise, 2009, p. 164

sont membres de la même organisation qu'elle soit l'UEMOA ou la CEMAC. C'est donc dire que l'obstacle n'est pas encore totalement levé concernant la mobilité intracommunautaire au sein de tout l'espace communautaire OHADA. Les effets discriminatoires de la nationalité ne disparaîtront donc que lorsque la circulation se fait à l'intérieur des communautés sous régionales, mais pas vraiment dans l'espace OHADA dans son intégralité⁴¹. Seul un véritable droit d'établissement commun à tous les États de l'OHADA peut permettre d'éviter la limitation de la mobilité seulement au sein des communautés sous régionales. C'est pourquoi, il faut étendre le principe de libre établissement dans tous les Etats parties de l'OHADA. D'autre part, sur le plan interne, c'est le problème de nationalité qui fait obstacle aux activités transfrontalières des sociétés. C'est ainsi par exemple que la loi du 15 décembre 2015 relative à l'activité commerciale au Cameroun ne fait aucune distinction entre les étrangers ressortissants des Etats membres de l'OHADA et les autres et soumet l'exercice d'une activité commerciale de ces derniers à l'obtention préalable d'un agrément de l'autorité administrative⁴², à moins que le pays d'origine n'ait avec le pays des relations de réciprocité dans ce domaine⁴³. Les législations nationales des Etats membres continuent à entretenir une certaine confusion entre les entreprises installées dans les pays membres et celles des pays tiers intervenant dans leur espace territorial. Il s'en suit des difficultés énormes : difficultés d'accès à certaines activités⁴⁴, difficultés d'accès à la propriété⁴⁵, difficultés de mobilité des travailleurs⁴⁶. C'est pourquoi, un auteur affirme : « *en Afrique aussi, la Conclusion*

⁴¹ *Idem* p. 166

⁴² Article 5 al 2

⁴³ Article 6

⁴⁴ Au Burkina Faso, en matière de commerce au détail, l'article 8 de l'ordonnance du 26 août 1981 portant réglementation de la profession de commerçant prévoit une interdiction pour l'étranger sous réserve de réciprocité accordée aux nationaux burkinabé par le pays d'origine de cet étranger ». A l'instar du droit burkinabé, le droit nigérien subordonne, lui aussi, l'accès de l'étranger à la profession de commerçant de même que l'exercice par ce dernier de l'activité commerciale à des conditions. Ainsi, l'exercice d'une profession non salariée par les étrangers est soumis à une autorisation préalable conformément à l'ordonnance 87-10 du 12 mars 1987 et son décret d'application n°87-36 du 12 mars 1987. L'arrêté n°21/MICI/A/MDI du 08 août 1988 prévoit que cette autorisation est délivrée par le ministère chargé du commerce ou par les préfets pour certaines activités dont la liste est fixée dans l'annexe. Enfin, l'exercice de certaines activités est interdit à l'étranger ou soumis à des restrictions pour divers motifs, notamment pour l'exécution du programme national de promotion de l'entreprise nigérienne. La liste des activités tombant sous le coup de cette dernière restriction est fixée par l'annexe du décret n° 87-36/PCMS/MCI/T du 12 mars 1987.

⁴⁵ On note en exemple, au Cameroun, l'illustration portée par l'accès à la propriété foncière par les « étrangers » et la toute dernière restriction consacrée par la récente loi sur l'activité commerciale au Cameroun au détriment de la liberté d'établissement des entrepreneurs non Camerounais. Mais ce mauvais exemple n'est pas univoque. A cette date, l'Etat du Cameroun n'a pas actualisé sa législation foncière, pour prendre en compte la nouvelle conception de l'étranger, qui exclue désormais le ressortissant de la CEMAC.

⁴⁶ On note que les législations relatives au travail sont ouvertement protectionnistes. La plupart prévoit un pourcentage absolument limité de personnes d'origine étrangère que l'employeur est admis à recruter, sans que des perspectives d'adaptation aux règles anti-discriminations soient envisagées. En exemple, comme l'a relevé le Cabinet FDA

d'accords sous régionaux d'intégration est suffisante pour établir la reconnaissance par les Etats parties du fait que la nationalité ne devrait plus constituer un obstacle décisif⁴⁷». Et un autre de conclure : « tout opérateur dont le champ d'action est régional ne [doit pas être] seulement intéressé à l'uniformisation de la règle en la matière impuissante à résoudre par elle-même les problèmes spécifiques posés par l'extranéité. Compte tenu de l'imbrication géographique de ses intérêts et de ses activités, il [doit être] nécessairement attentif aux aspects transnationaux de la règle de droit notamment... [à la question de la condition des étrangers faisant partie elle-même d'un ensemble de concepts qui démontrent que l'efficacité du droit uniforme] peut être géographiquement limitée dans l'espace [uniforme] par le simple effet mécanique du principe de souveraineté nationale, quelle que soit par ailleurs l'uniformisation du droit positif⁴⁸». Face à toutes ces entraves, il est plus que jamais urgent pour le droit OHADA, d'instituer un principe de libre établissement pour un épanouissement total des entreprises ayant une activité transfrontalière.

L'avènement d'un principe de libre établissement dans l'espace OHADA étant tout à fait souhaitable, on peut envisager quel pourrait être le sens à donner à ce principe.

II- LES MECANISMES DE MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE

Avant de définir le contenu de ce principe (B), il est important de surmonter certains obstacles (A).

A- Les préalables nécessaires

Avant d'instituer un principe de libre établissement dans l'espace OHADA, il faudra faire de l'intégration économique une finalité directe (1) et celle-ci n'est possible qu'avec la volonté des Etats parties (2).

1- Faire de l'intégration économique une finalité directe pour l'OHADA

(Feneon Delabriere Avocat) suite à une étude sur la Guinée équatoriale, la loi sur le principe national de l'emploi du 3 janvier 1992 oblige les entreprises étrangères à employer une main d'œuvre équatorienne dans une proportion qui oscille entre 40% et 70% de leurs effectifs totaux pour celles qui opèrent dans les secteurs des hydrocarbures et de l'agriculture.⁴⁶ Au Tchad, le Décret n° 191/PR/MFPT/96 fixe à un quota de 2% du total de l'effectif des agents en poste dans une entreprise d'origine étrangère, la proportion d'étrangers pouvant être recrutée.

⁴⁷FANSI (M.), *L'accès des étrangers à la terre in Droits et politiques de l'immobilier au Cameroun. Exemple du Cameroun*. Mélanges offertes en l'honneur du Professeur André' TIENCHEU NDJIAGO (Presses universitaires d'Afrique, 2015), p. 199.

⁴⁸ *Petites affiches* n° 205 du 13 octobre 2004, p. 46.

Il manifeste la nécessité que l'OHADA évolue vers une communauté économique pour faire disparaître les obstacles liés à l'exercice des activités économiques par les sociétés commerciales, et la liberté d'établissement des sociétés est un élément primordial dans le mécanisme d'intégration économique régionale.

L'exemple le plus pertinent de régionalisation c'est l'intégration européenne depuis 1957 dans le domaine économique par la constitution du marché intérieur. En effet, l'Europe peut apparaître comme un paradigme d'une évolution observée partout dans le monde, c'est pourquoi, l'expérience européenne qui maîtrise bien la création du marché commun serait un atout majeur dans cette œuvre. Le principe de libre établissement que l'Union européenne a consacré a facilité les activités des sociétés implantées au sein de l'espace communautaire.

L'intensification des activités des entreprises et les bénéfices qui en découlent sont les éléments de base dont la mise en place de la libéralisation des commerces régionaux, sous l'impulsion de la mondialisation, est définie en commun comme une intense interaction entre les États-nations et les entreprises, via la mise en place de la liberté d'établissement, dans un processus de moindre prise en compte des limites territoriales.

La globalisation est un facteur incontournable dans lequel les États souverains s'engagent quant à leur développement économique dans un mouvement de l'intérieur vers l'extérieur et vice-versa. Autrement dit, la globalisation, comme mondialisation, est un moyen de décroisement géographique des marchés. En ce sens, elle encourage une nécessaire coopération entre les personnes de cultures différentes pour échanger. Depuis sa création, l'OHADA évolue dans son aspect juridique, influencé par la croissance économique de ses États membres. Donc, il suffit d'aller plus avant sur ce chemin pour jouer un véritable rôle sur la scène internationale : construire un véritable espace d'intégration économique. Et pour cela, la tâche serait ardue car les États peuvent invoquer leur souveraineté pour bloquer une telle initiative d'où l'intérêt de régler ce problème.

2- Régler le problème des souverainetés des États parties

Les arguments tenant à la souveraineté étatique pourraient être justifier le fait de ne point mettre en place une véritable liberté d'établissement laissant aux États de faire application de leur droit international privé en matière commerciale, avec les sanctions inhérentes. Car, la mise en

place d'un tel système demande avant tout énormément de volonté politique, c'est-à-dire une perte de souveraineté des Etats africains au profit de systèmes de plus en plus régionaux et communautaires. Ce qui n'est pas tout à fait évident ou ne saurait avoir un écho favorable auprès de tous.

Afin qu'une mesure juridique puisse être adoptée, les États membres de l'OHADA doivent avoir la même volonté politique. Cette dernière est un élément très essentiel, parce que l'histoire de l'intégration économique européenne, par exemple, s'appuie bien évidemment sur les volontés politiques des États membres dont nous pouvons dire concrètement est d'éviter, à l'origine, l'état de guerre entre la France et l'Allemagne. Il s'agit de la volonté de s'intégrer, d'organiser le "vivre ensemble" des États, des peuples et des individus. Dans cette optique, le droit n'est qu'un instrument pour organiser ce "vivre ensemble". Car, il n'y a aucune contradiction entre l'Etat-nation et la supranationalité. De ce point de vue, l'opinion d'un auteur mérite d'être citée : *« le sentiment de la solidarité des nations l'emportera sur les nationalismes désormais dépassés. Ceux-ci ont les mérites de doter les Etats d'une tradition et d'un solide intérieur. Sur ces soubassements anciens, il faut édifier un étage nouveau. Le supranational reposera sur les assises nationales. Il n'y aura ainsi aucun reniement d'un passé glorieux, mais un épanouissement nouveau des énergies nationales, par la mise en commun au service de la communauté supranationale⁴⁹ »*

Dans un contexte de mondialisation, où le secteur privé devient progressivement et dorénavant le véritable moteur de développement, les États n'ont pas la totale maîtrise de leur souveraineté, notamment en matière économique. Les opérateurs économiques tant nationaux qu'internationaux n'investissent que là où l'environnement juridique leur est favorable, raison pour laquelle il est souhaitable que l'OHADA mette en place un principe de libre établissement des sociétés. Reste alors à définir le contenu de ce principe.

B- Définition de contenu du principe

Ce que nous préconisons, ce n'est pas une liberté d'établissement général qui engloberait à la fois les personnes physiques et toutes les personnes morales, mais un droit d'établissement pour les sociétés commerciales ayant des activités transnationales. C'est pourquoi, nous proposons que le droit OHADA doit faire des opérations de mobilité telles que règlementées par l'AUDSC

⁴⁹ SCHUMAN (R.), *Pour l'Europe*. Edition Nagel et Briquet, Genève, 2001, p. 25-26

une modalité d'exercice du droit d'établissement (1). Et pour renforcer davantage cet atout, l'OHADA doit mettre en place le principe de traitement national des sociétés communautaires (2).

1- Faire des opérations de mobilité une modalité d'exercice du droit d'établissement

Page | 506

La mobilité des sociétés exprime le déplacement de la société d'un territoire à un autre. Il s'agit en réalité d'un raccourci terminologique visant à désigner l'exercice du droit d'établissement des sociétés⁵⁰. La mobilité visant les structures juridiques et/ou matérielles de l'entreprise sociétaire, elle s'entend dans une perspective de continuité de la vie sociale, d'une part d'un déplacement transfrontalier du siège social⁵¹ et d'autre part par l'implantation à l'étranger d'établissements secondaires.

L'OHADA qui a réussi à mettre en place une intégration juridique et qui a réalisé ce rêve pouvant paraître impossible, c'est-à-dire l'unification du droit, aurait par la même occasion réussi à garantir aux sociétés commerciales une mobilité sans barrières au moins au sein de l'espace communautaire. Or, ce n'est pas tout à fait le constat qui pourra être fait. En effet, malgré l'existence d'une communauté juridique, nous ne pourrions que constater la survivance d'entraves à la mobilité des sociétés commerciales de l'espace OHADA. L'existence d'un régime juridique unifié applicable aux sociétés commerciales n'a pas dans ce cas précis fait disparaître tous les freins à leur mobilité même lorsqu'elle est intracommunautaire. En effet, dans l'espace OHADA, la mobilité n'est pas une modalité d'exercice du droit d'établissement puisque celui-ci n'est pas expressément consacré par le traité.

Pour cela il faudra faire des opérations de mobilité des modalités d'exercice de ce libre établissement. Il ne s'agira donc pas d'un principe de libre établissement tel que consacré par les communautés sous régionales que sont l'UEMOA en Afrique de l'ouest et la CEMAC en Afrique centrale. Ce principe de libre établissement ainsi consacré par ces différentes communautés ne profite pas encore réellement à la mobilité intracommunautaire au sein de l'espace OHADA. Les opérations comme la fusion ou la scission n'ont pas été déclarées ni par le législateur ni par la

⁵⁰MIGLIORINI (S.), « Le transfert de siège social d'un État membre à un autre, entre droit européen et droit international privé », *Gazette du Palais*, 19 novembre 2013 n° 323, p. 11.

⁵¹MENJUCQ a écrit que « contrairement aux personnes physiques, les personnes morales ne sont localisables matériellement que par leur domicile ; c'est donc à travers lui que se perçoit leur circulation. En conséquence la circulation des sociétés désigne le déplacement de leur siège social d'un État membre à un autre dans une perspective de continuité de la vie sociale. » Voir in MENJUCQ (M.), « La circulation internationale des sociétés », *op cit.* n°3, p. 234.

jurisprudence comme modalité de son exercice. Il n'assimile donc pas vraiment les personnes physiques aux personnes morales. De plus, comme nous l'avons souligné, le principe de libre établissement consacré par ces organisations sous régionales divise l'espace OHADA de telle sorte qu'il ne permet pas aux sociétés de circuler simplement dans tout cet espace communautaire. Dans ce contexte de défaillance, le principe de libre établissement doit être consacré par l'OHADA elle-même pour profiter à la mobilité intracommunautaire de ses sociétés. C'est à travers cette consécration que l'OHADA reconnaîtra que les opérations de mobilité « *répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents*⁵² ». De même, elle fera de la mobilité un droit pour les sociétés commerciales. Elle emboîterait dans ce cas les pas du droit européen car, en Europe, la réalisation d'une opération de mobilité a été considérée comme une modalité d'exercice du libre établissement. Cela fut clairement affirmé par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qui a posé que « *les opérations fusions transfrontalières constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement*⁵³ ». De même dans l'arrêt *Cartesio*⁵⁴, la CJCE a considéré que l'opération de transfert intracommunautaire de siège social relève de la liberté d'établissement. Ainsi tout obstacle juridique ou fiscal à la mobilité intracommunautaire en Europe ne peut être consécutivement qu'une entrave au libre établissement. D'où l'intérêt pour OHADA, pour se prémunir de tout obstacle à l'établissement des sociétés de mettre en place un principe de traitement national des sociétés communautaires.

2- Mettre en place le principe de traitement national des sociétés communautaires

De l'Union européenne à la CEMAC en passant par l'UEMOA, le droit d'établissement entraîne deux droits précis en ce sens que dans tous ces espaces, il implique l'accès aux activités non salariées et la possibilité de créer et de gérer les entreprises. Il faudra alors prendre des mesures de facilitation du libre établissement des sociétés commerciales. On notera alors le combat à mener contre toutes les formes de discrimination dans l'entrée et l'exercice des activités économiques. Ces discriminations peuvent émaner non seulement des concurrents, mais aussi des autorités

⁵²LUBY (M.), note sous CJCE, 13 décembre 2005, *aff. Sevic System AG, C-411/03, D. 2006*, p. 451.

⁵³ Voir CJCE, 13 décembre 2005, *aff. Sevic System AG, C-411/03, D. 2006*, p. 451, note M. LUBY ; *JCP G 2006*, II, 10077, note R. DAMMANN

⁵⁴ *Cartesio, JCP G 2009*, II, 10027, note M. MENJUCQ ; *JCP E 2009*, 1208, note F. MELIN ; *Gaz. Pal.* 22-24 mars 2009, p. 12 et s.

étatiques. D'où la nécessité de l'application du principe de traitement national pour l'ensemble des sociétés ayant en commun l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales⁵⁵.

La norme du traitement national impose une assimilation des investisseurs étrangers à leurs homologues nationaux quant au traitement qu'ils reçoivent. Autrement dit, elle vise à les placer sur un même pied d'égalité juridique en les protégeant contre toute discrimination de fait ou de droit fondée sur la nationalité de l'investisseur. Ceci implique concrètement que la loi et la réglementation locale doivent s'appliquer à toutes les opérations d'investissement, que celles-ci soient le fait de nationaux ou d'étrangers. Cette égalité de traitement couvre tout le spectre des activités économiques, qu'il s'agisse notamment de la fiscalité, des lois sociales, de l'accès au crédit, aux marchés publics et à la justice.

En général, le principe du traitement national crée entre les investisseurs de la sous-région un droit d'égalité de traitement dont ils peuvent demander le respect tant devant les autorités nationales que communautaires. Comme l'ensemble des droits mis à l'actif des sujets de droit communautaire, ce droit au traitement national a vocation à être reconnu et protégé par l'ensemble des juridictions présentes dans l'espace communautaire⁵⁶.

Toutefois, Il existe des situations qui sont laissées en dehors de la couverture du traitement national. Dans ces cas, l'Etat hôte rompt l'égalité de traitement entre investisseurs étrangers et nationaux et réserve aux premiers un traitement discriminatoire. En matière d'établissement, le droit d'établissement consacré par les organisations d'intégration économique, outre qu'il est soumis à des formalités, est limité dans sa mise en œuvre effective par la faculté donnée aux Etats membres de maintenir des restrictions à l'exercice par les ressortissants d'autres Etats membres ou par des entreprises contrôlées par ceux-ci, de certaines activités lorsque ces restrictions sont justifiées par des raisons d'ordre public, de santé publique, ou pour des raisons d'intérêt général. Mais, dans le cadre de l'application des normes communautaires européennes, la CJCE a donné une interprétation très restrictive de ces limitations qui, selon elle, ne peuvent pas consister en une exclusion générale de l'accès à certaines activités professionnelles⁵⁷ et doivent être mises en œuvre

⁵⁵ Cette idée est également partagée par beaucoup de penseurs. Voir par exemple SAWADOGO (F.M.), *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, collection droit uniforme, Bruylant, Bruxelles, juriscope, 2002, p. 348 ; voir également FOKO (A.), analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA, *Penant*, n° 859, avril-juin 2007, p. 195.

⁵⁶ KAMWE MOUAFFO (M.C), « la liberté d'établissement dans la CEMAC », *op.cit* p. 535

⁵⁷ CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, Aff. C.114/97, 1.6717

dans le respect des principes généraux du droit, tels que les principes de non-discrimination et de proportionnalité. Aussi, la CJCE a rappelé que les mesures d'ordre public et de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet⁵⁸ et ne se justifient que si le comportement de l'intéressé constitue une « *menace réelle et suffisamment grave* »⁵⁹ affectant un « *intérêt fondamental de la société* »⁶⁰.

Conclusion

Les États membres de l'OHADA ont réalisé une œuvre inédite en mettant en place un droit des affaires unifié. Ils ont adopté des règles simples et attrayantes applicables de la même manière à l'intérieur de leurs ordres juridiques. Ce faisant, l'un des objectifs de cette réforme, était de créer un vaste marché intégré en favorisant l'établissement des sociétés commerciales un peu partout dans le territoire OHADA. Malheureusement, il ressort d'après cette analyse, que la seule uniformisation du droit ne suffit pas pour créer un cadre favorable à la mobilité des sociétés. Pour assurer un développement harmonieux à ses entreprises qui veulent circuler dans l'espace intégré, l'OHADA doit évoluer et il semblerait que cela ne soit possible que par la consécration d'un principe de libre établissement. Nous avons pu démontrer que des prérequis existent pour une telle initiative. Au-delà de l'uniformisation de l'environnement juridique de l'entreprise, l'OHADA a réussi à élaborer des techniques destinées à favoriser la circulation des sociétés dans l'espace communautaire. C'est ainsi que des techniques telles que la fusion, la scission et apports partiels d'actifs transfrontaliers ou la création d'un établissement secondaire sont règlementées. Il s'agira alors d'aller plus loin en faisant de telles opérations un droit pour toute société de l'espace OHADA. D'où la nécessité d'instituer un principe de traitement national pour l'ensemble des sociétés ayant en commun l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et de groupement d'intérêt économique. Afin d'y arriver, l'OHADA doit faire de l'intégration économique une finalité directe. On parachèverait ainsi l'intégration juridique par une véritable intégration économique. Un tel défi implique la prise en compte d'une réelle volonté politique de la part des Etats dans la mise en place d'un droit susceptible d'être la locomotive d'une politique d'intégration continentale.

⁵⁸ CJCE, 26 février 1975, Bonsignore, Aff. 67/74, 297 ; 28 octobre 1975, Rutili, Aff. 36/75, 1219

⁵⁹ arrêt Rutili précité

⁶⁰ CJCE, 19 janvier 1999, Calfa, aff.C.348/96, I.11.

Le bail à usage professionnel dans les centres commerciaux en droit OHADA

Par :

DOSSEH-ANYRON Efoe¹

Docteur en Droit Privé

Université de Lomé, (Togo.)

Résumé :

Le développement économique va de pair avec celui des infrastructures et des besoins de consommation et de distribution. Les centres commerciaux constituent l'une des manifestations de cette évolution. Leur essor s'impose lorsque le développement se conjugue avec une croissance démographique. Les pays de l'espace OHADA se situent dans ce contexte de double développement : économique et démographique. Cette situation commande de se pencher sur le droit applicable au bail à usage professionnel dans les centres commerciaux. L'étude révèle que le statut des baux qui s'applique à la spécificité du bail dans les centres commerciaux nécessite quelques adaptations afin protéger l'activité du preneur qui est une partie faible au contrat et dont la situation est fragilisée par les particularités de la relation qu'il noue avec le bailleur. L'étude propose des pistes d'ajustement du statut afin de garantir un équilibre entre les parties, facteur de développement durable des relations.

Mots clés : bail à usage professionnel, centres commerciaux, droit OHADA, contrat d'adhésion, abus, équilibre contractuel, déséquilibre significatif, négociation.

¹ L'auteur exprime sa vive reconnaissance aux Professeurs Akuété Santos et Akodah Ayéwouadan.

Introduction

L'urbanisation croissante des pays membres de l'espace OHADA constitue un vecteur de développement des centres commerciaux². Elle incite à offrir au consommateur des espaces au sein desquels il pourrait effectuer des achats variés avec un gain de temps³ et certaines commodités⁴. Le contexte de développement économique dans lequel évolue cette urbanisation engendre la multiplication des projets de construction des centres commerciaux dans l'espace OHADA. L'exercice d'une activité professionnelle au sein d'un centre commercial donne lieu généralement à la conclusion d'un contrat de bail entre le promoteur du centre et un professionnel⁵. Toutefois, le silence du législateur OHADA relativement à l'hypothèse du bail à usage professionnel dans un centre commercial ne manque pas de surprendre l'analyste et justifie, du reste, une étude sur le bail à usage professionnel dans le centre commercial en droit OHADA.

Page | 511

Aux termes des dispositions de l'article 103 de l'AUDCG : « *Est réputé bail à usage professionnel toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent Titre ; et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle* ». En raison de la concentration des baux à usage professionnel conclus en son sein, le centre commercial offre le lieu idéal d'application de la réglementation du bail à usage professionnel⁶. L'évolution du champ d'application du droit au bail⁷ dans l'espace OHADA permet à ce contrat d'être appliqué à une

² Une auteure souligne : « *Aujourd'hui encore majoritairement rurale, l'Afrique de demain sera résolument urbaine (plus de la moitié de la population de 2027). Le nombre de citoyens africains dépassera le nombre de citoyens chinois d'ici 2041, pour constituer un quart de la population urbaine mondiale en 2050* », I. Salenson, « L'Afrique de demain sera rurale », in *L'économie africaine 2020*, Ed. La découverte, Paris, 2020, p. 57, voir également pp. 58 à 59.

³ Emile Zola relevait déjà : « *Nous attirons toutes les femmes et les tenons à notre merci, séduites, affolées devant l'entassement de nos marchandises, vidant leur porte-monnaie sans compter ! Il faut pour cela un article qui flatte, qui fasse époque. Ensuite, vous pouvez vendre les autres articles aussi chers qu'ailleurs, elles croiront les payer chez vous meilleur marché* », E. Zola, *Au bonheur des Dames*, 1883.

⁴ Mémento Expert, *Baux commerciaux 2021-2022*, Francis Lefebvre, 2021, p. 79.

⁵ Le bail s'est révélé le meilleur outil de gestion des rapports au sein d'un centre commercial. V. M.-A. Le Floch, *Le bail commercial dans les centres commerciaux*, Thèse de doctorat, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2018, pp. 38 et s.

⁶ Le centre commercial propose un lieu spécifique et adapté pour l'exercice de l'activité professionnelle de par son positionnement et sa capacité à regrouper les services. Il permet la conclusion d'un bail, support de l'activité, entre le bailleur et un professionnel.

⁷ Auparavant, dans l'Acte uniforme applicable, ce type de bail était connu sous l'appellation de « bail commercial ». Cependant, force est de constater que ce contrat de bail dit « commercial » était déjà conclu par les artisans et par tout

grande variété de professionnels susceptibles d'exercer une activité dans les centres commerciaux. Il n'existe pas de définition consacrée du centre commercial⁸ en droit OHADA. Le recours au droit comparé permet d'avoir des éléments de définition. Celle proposée par le Conseil national des centres commerciaux français sert souvent de référence. Le centre commercial est ainsi défini comme : « *un ensemble d'au moins 20 magasins et services totalisant une surface commerciale utile (surfaces de vente + bureaux + réserves) minimale de 5 000 mètres carrés, conçue, réalisée et gérée comme une entité* »⁹. Il ressort de cette définition trois éléments essentiels et cumulatifs qui distinguent le centre commercial de notions connexes¹⁰ : la recherche d'un impact commercial, la mise en commun de moyens et une discipline. Tout d'abord, le souhait partagé d'attirer une clientèle importante en raison du regroupement de plusieurs activités dans une même aire géographique¹¹ ; le désir d'avoir « *un impact commercial maximum* »¹². Ensuite, la mise en commun des moyens pour l'atteinte de cet objectif. Enfin, l'instauration d'une « *discipline* » nécessaire non seulement pour cette finalité mais aussi pour l'organisation des rapports entre professionnels exerçant dans le centre.

Le bail, comme tout contrat, était soumis au principe du consensualisme et l'ordre public y était réduit à une portion congrue. Historiquement donc, le bail a été le siège d'une grande liberté des parties. Ce n'est que progressivement et au fil des abus que s'est développé un statut du bail dans le domaine commercial et plus largement dans la vie professionnelle. En droit français, le statut du bail commercial résulte du souhait de protéger le fonds du commerçant¹³. Le décret de 1953¹⁴ est à l'origine d'un véritable statut du droit commun des baux commerciaux¹⁵. Ce souci de protection de l'activité du preneur a poussé le législateur à rendre la plupart des règles d'ordre

professionnel non commerçant. L'évolution terminologique a permis de prendre en compte le réel champ d'application du bail à usage professionnel.

⁸ L'AUDCG ne le définit pas et les principaux vocabulaires et lexiques juridiques non plus. Le Vocabulaire juridique (12^e éd. par G. Cornu) ne donne des définitions que des centres : de décision, de détention, de semi-liberté, d'observation, pénitentiaires, pour peines aménagées, etc. Le Code de commerce français ne définit pas non plus spécifiquement le "centre commercial". Il évoque plutôt la notion plus générale "*d'ensemble commercial*" (article L. 752-3).

⁹ J. Lafond, « Bail commercial-Centre commerciaux », *J.Cl.*, Fasc. 1500, LexisNexis, décembre 2017, n° 5.

¹⁰ *Ibid.*, n° 3-9. V. Egal. R. d'Heucqueville, « La notion de centre commercial », *RDI*, 1994, p. 531.

¹¹ Un auteur utilise les termes de : « regroupement spatial pour la vente » ; P. Pétél, « Le bailleur d'un centre commercial », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier*, LexisNexis et Dalloz, 2021, p. 519.

¹² *Ibid.*, n° 7.

¹³ M.-A. Le Floch, *Le bail commercial dans les centres commerciaux*, Thèse de doctorat, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2018, p. 19.

¹⁴ Décret n° 53 -960 du 30 septembre 1953, *JORF*, 01/10/1953.

¹⁵ Articles L.145-1 et suivants du Code de commerce français.

public et à ériger une « propriété commerciale »¹⁶. Ce statut sera appliqué au bail dans les centres commerciaux sans tenir compte de la spécificité de cette situation. Un auteur observe : « *Lorsque les premiers centres commerciaux firent leur apparition en France à la fin des années 1950, il parut donc naturel de recourir au statut prévu par le décret de 1953* »¹⁷ concernant le statut général des baux commerciaux. Cette même conception explique l'application du statut du bail à usage professionnel aux relations entre les bailleurs et les preneurs à bail de locaux en centre commercial dans l'espace OHADA. L'appellation « statut du bail » traduit que ce dernier comporte « *des dispositions d'ordre public qui s'appliquent automatiquement et auxquelles il n'est pas permis de déroger* »¹⁸.

L'éclosion des centres commerciaux dans les pays membres de l'espace OHADA est somme toute récente à la faveur de l'urbanisation croissante. Toutefois, l'absence de régime spécifique défavorise l'attractivité économique de ces centres. Le bail à usage professionnel de l'OHADA ne prend pas en compte les particularités du centre commercial¹⁹ alors que celui-ci constitue « un monde à part »²⁰ dans la mosaïque des baux classiques. Le bail dans le centre commercial, constitue le mal-aimé du statut des baux à usage professionnel tant en France²¹ que dans les pays de l'espace OHADA en dépit de son éclosion. La doctrine africaine s'est beaucoup attachée au bail à usage professionnel et très peu à la spécificité que constitue l'application de ce bail dans les

¹⁶ Sur cette notion, v. J. Monéger, « Enfin on sait ce qu'est la « propriété commerciale » », *Loyers et copropriétés*, Repère 4, avril 2021, p. 1 ; F. Kendérian, La « propriété commerciale » explicitée à l'aune de la convention européenne des droits de l'homme (Civ. 3^e, 11 mars 2021), *RTD Com.*, 2021, pp. 297 et s.

¹⁷ M.-A. Le Floch, *Le bail commercial dans les centres commerciaux*, *op.cit.*, p. 19.

¹⁸ A. Santos et al., *Droit commercial général*, Juriscope, 2020, n° 670, p. 164. L'article 134 de l'AUDCG donne la liste des règles d'ordre public.

¹⁹ La Cour de cassation française relevait dans son rapport annuel publié en 1984 que « *le statut des baux commerciaux était impropre à régir certaines relations juridiques modernes, notamment les centres commerciaux* », *Rapport annuel publié à la Documentation Française*, p. 73.

²⁰ J.-R Bouyeure et J.-D. Barbier, « Le monde à part des centres commerciaux », *Administrer*, juillet 2003, p. 21.

²¹ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 2022, n° 164, p. 86 *in limine*.

centres commerciaux²². L'objectif d'attractivité économique du droit OHADA²³ impose la mise en œuvre d'un cadre spécifique car l'application du statut du bail dans le centre commercial constitue un foyer contentieux²⁴. Le mutisme législatif constitue sans doute la cause du silence doctrinal. Cependant, l'analyse de l'application du statut général des baux à usage professionnel aux centres commerciaux soulève des difficultés qui ne sont pas de nature à assurer la sécurité des parties.

La difficulté majeure tient au fait que ce silence peut donner lieu à des abus de la part du bailleur tant dans la relation individuelle qu'il entretient avec chaque preneur que dans les relations collectives avec l'ensemble des preneurs à bail dans le centre. S'agissant de la relation individuelle, qui est encadrée par un contrat de bail, l'abus peut se faire jour tant au moment de la négociation que de l'exécution des clauses du contrat²⁵. En effet, les clauses récurrentes des baux dans les centres commerciaux ressemblent davantage à des clauses d'un contrat d'adhésion²⁶ qu'à celles d'un contrat négocié²⁷. Le bailleur se situe dans une position dominante lui permettant de dicter le

²² A. A. Kuagbenu, « Le bail à usage professionnel de l'entrepreneur en droit uniforme OHADA », *Journal de la recherche scientifique de l'Université de Lomé*, volume 22 (2020), pp. 516 et s. ; A.A. Tsakadi, « Le renouvellement tacite du bail à usage professionnel », *Revue de l'Ersuma*, 2019-1, pp. 144 et s. ; A. Ayewouadan, « Le droit d'opposition du propriétaire », in *Varias autour du droit public, Mélanges Koffi Ahadji-Nonou*, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2019, p. 8011-808 ; A. Ayewouadan, « L'entrepreneur en droit uniforme OHADA », *RRJ* 2013-1, pp. 299 et s., V. aussi, K. Alemawo, *Liberté contractuelle dans le bail commercial de l'AUDCG*, Thèse de doctorat Université de Lomé, 2009, p. 68 ; K. Alemawo, « La fragilisation de la propriété commerciale dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*- 2015/2, p. 367. A. Eyango Djombi, « La notion de bail à usage professionnel en droit OHADA et ses implications sur la théorie générale du fonds de commerce », *RTDAA*, n° 16, 2016, pp. 5-23 ; E. Dibas-Franck, *Le renouvellement du bail à usage professionnel des pays de la zone OHADA*, éd. Harmattan, 2014, p. 23.

²³ Sur l'attractivité V.P-G Pougoué et Y. R Kalieu Elongo, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008, pp. 175 et s.

²⁴ En France par exemple, les premiers contentieux relèvent de cette matière.

²⁵ Un auteur soulève le déséquilibre des parties au bail dans le centre commercial en ces termes : « Le contrat est malheureusement trop souvent utilisé pour imposer un régime juridique locatif qui ne prend pas en considération de manière équilibrée les intérêts des deux parties », J. Monéger, « Introduction », in *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques*, LexisNexis, 2010, p. 13.

²⁶ Le contrat d'adhésion, notion dont l'origine est attribuée à Saleilles (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 97.), peut être défini comme celui : « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties », (Article 1110, alinéa 2 du Code civil français ; v. égal. L'article 1379 du Code civil du Québec). Sur le contrat d'adhésion, v. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 2e éd., 1976 ; J.-Y. Cholley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, Thèse de doctorat, Aix-en-Provence, 1974 ; p. 1 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens (Rapport français) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, (ss dir.) J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, I.

²⁷ La relation entre le bailleur et le preneur démontre parfois le pouvoir factuel du premier, les données de cette relations et sont parfois « méta- juridiques », étrangères au droit. V. en ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 79 ; v. égal. J. Monéger et J. Schmidt, « Le choix du contrat de bail commercial et l'activité exploitée », in *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques*, LexisNexis, 2010, p. 13.

contenu des clauses du contrat, notamment celles du renouvellement, de destination, de déspecialisation, de sous-location, de cession²⁸, d'assurance, d'exclusivité, de non-concurrence. Ces clauses subordonnent les conditions d'exercice et de développement de l'entreprise du preneur à un fort contrôle du bailleur.

Le bailleur dispose en outre des prérogatives que lui confère la nécessité d'organiser les relations collectives entre différents preneurs en vue d'assurer une unité d'exploitation du centre commercial. L'organisation des relations collectives octroie un pouvoir « disciplinaire » ou une « autorité » au bailleur car les preneurs sont interdépendants pour maintenir l'attractivité du centre et la gestion des espaces collectifs. Cette autorité, du latin *auctoritas*²⁹, du bailleur, qui devrait lui servir selon son étymologie à accroître les activités des preneurs du centre (et donc l'intérêt collectif), peut être dévoyée par le bailleur en un abus de droit³⁰. La position dominante du bailleur démontre que le bail dans le centre commercial constitue le cadre où s'éprouve véritablement la « fragilité » du preneur³¹. Le statut protecteur du bail s'étiole lorsqu'il est appliqué dans le centre commercial en raison de la puissance économique du bailleur³² et des attributs de ses prérogatives d'organisation de l'unité économique du centre. Il subsiste la crainte de l'exploitation du déséquilibre par la partie économiquement forte qui dégraderait la relation contractuelle si elle « abuse de sa supériorité »³³.

L'objectif principal et contemporain du statut des baux, notamment en matière commerciale, constitue la protection de la « propriété » du preneur³⁴. La propriété commerciale a été définie par la Cour de cassation française, dans un récent arrêt, comme le droit au renouvellement du bail³⁵. Dans le bail à usage professionnel, « la propriété » du preneur est constituée de toutes les règles facilitant le maintien de ce dernier dans les lieux et la poursuite de son activité. Le maintien du preneur est rendu difficile par une trop forte liberté contractuelle, laquelle est détournée par le

²⁸ En l'occurrence des clauses d'interdiction pure et simple, d'agrément, de garantie solidaire ou de préemption.

²⁹ Le mot *auctoritas* vient du verbe *augeo* qui signifie notamment « augmenter ». V. en ce sens. A. Bilheran, *L'autorité*, Armand Colin, 2016, p. 23.

³⁰ L'abus de droit consiste dans le fait pour le titulaire d'un droit : « de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité », S. Guinchard (sous.dir.), *Lexique des termes juridiques*, 2021-2022, v° abus de droit, p. 5.

³¹ V. K. Alemawo, « La fragilisation de la propriété commerciale dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*- 2015/2, p. 367

³² Le bailleur est en général un grand promoteur immobilier. Il en résulte un déséquilibre entre les parties. La relation contractuelle peut se dégrader « dès que l'un des contractants abuse de sa supériorité »,

³³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit. ; p. 74

³⁴ V. J. Derruppé, « L'avenir du fonds de commerce et la propriété commerciale », in *Mélanges offerts à François Terré*, p. 578.

³⁵ Civ. 3, 11 mars 2021, 20-13.639.

bailleur au détriment du renouvellement. Lorsque ce dernier est possible, le preneur se retrouve dans une situation où il lui est difficile de négocier le nouveau loyer. La position dominante du bailleur du centre commercial en droit OHADA interroge l'existence « d'une propriété du fonds » pour le preneur. En d'autres termes, quelle serait l'intensité de la protection de « la propriété du fonds » du preneur d'un bail à usage professionnel dans un centre commercial dans l'espace OHADA ? La « propriété du fonds » du preneur à bail à usage professionnel est-elle suffisamment protégée dans un centre commercial en droit OHADA ?

Certains auteurs, notamment en droit français, considèrent que la protection du preneur par un statut a atteint son paroxysme voire que le contexte est désormais très défavorable au bailleur³⁶ dans la mesure où les raisons³⁷ d'instauration du statut se sont étiolées. Les bailleurs revendiquent un accroissement de la liberté contractuelle et corrélativement l'amenuisement des règles d'ordre public. Dans cet ordre d'idées, le Conseil constitutionnel français a été saisi à propos de la conformité du statut des baux à la constitution. Il était attendu du Conseil de juger si ce statut ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur³⁸. La tension classique entre les règles corsetant la contractualisation et la liberté contractuelle³⁹ demeure d'actualité. Dans ce contexte, l'opinion prônant le renforcement de l'ordre public de protection peut paraître antithétique par rapport au courant dominant. Elle se justifie, à tout le moins, pour le preneur à bail dans un centre commercial, car les causes originelles du statut du bail demeurent dans l'espace OHADA. En effet, les pays de cet espace sont confrontés à une vive spéculation foncière⁴⁰ et une pénurie de locaux professionnels. Par ailleurs, le déséquilibre entre les parties altère « la propriété » du fonds pour le preneur en raison de la faiblesse des règles assurant le maintien de son exploitation.

En n'instaurant pas un régime spécifique, c'est-à-dire un système de règles spécifiques « en raison de la finalité »⁴¹, le droit OHADA opte pour la préservation de la liberté contractuelle. Toutefois, ce choix n'est pas sans conséquences sur l'attractivité économique. Du côté des

³⁶ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Dalloz, 2022, n° 164, p. 86.

³⁷ Rareté de locaux, spéculation foncière etc.

³⁸ Le Conseil Constitutionnel a jugé que « les dispositions contestées ne portent pas au droit de propriété une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi », C. Const, 5 mars 2021, n° 2020-887, QPC, *JCP E*, 2021, p. 1318.

³⁹ F. Monéger, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI*, 2000, p. 484. V. J. Derruppé, « L'avenir du fonds de commerce et la propriété commerciale », *op.cit.*, pp. 577 et s.

⁴⁰ La révision du loyer est à l'origine d'un contentieux croissant en droit OHADA. V. notamment, CCJA, 30 janvier 2020, arrêt 025/2020, CCJA, 28 décembre 2006, arrêt 029/2006. En droit français, V. J. Monéger, « La mathématique des baux commerciaux », in *Drôle (s) de droit (s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Dalloz, 1999, p. 155.

⁴¹ R. Cabrillac (sous dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2020*, v° Régime, LexisNexis, p. 452.

bailleurs qui peuvent être de grandes sociétés foncières immobilières, l'absence d'un cadre spécifique peut décourager, car elles ne sont pas à l'abri d'une sanction d'un juge étatique dans l'hypothèse où il considérerait que certaines clauses du contrat instaurent un déséquilibre significatif. Du côté du preneur, et en raison de sa particulière fragilité, l'absence d'un régime n'est pas incitative, dans le sens où il peut avoir des craintes quant à la stabilité de son exploitation dans un environnement de spéculation foncière. Cette faible protection du preneur rejaillit sur le bailleur qui peut éprouver des difficultés lors de la construction d'un centre à attirer des professionnels afin de garantir une certaine complémentarité et synergie en mesure d'assurer la commercialité du centre.

La contribution théorique de cette étude consiste à proposer des solutions garantissant une sécurité de l'exploitation du preneur tout en assurant au bailleur les conditions d'une attractivité. D'un point de vue pratique, elle guide les parties sur la portée de leur liberté contractuelle et les bonnes pratiques pour la conclusion d'un bail sécurisé assurant des relations apaisées.

Le preneur d'un bail à usage professionnel en centre commercial dans l'espace OHADA se retrouve dans une situation de faiblesse à l'égard du bailleur. Il ne bénéficie pas de manière optimale des avantages du statut protecteur du bail à usage professionnel en droit OHADA en raison de la spécificité du lieu donné à bail. Le silence des textes et la position dominante du bailleur exacerbent sa dépendance. Seul un régime spécifique est à même d'instaurer une protection et de garantir l'exercice serein de l'activité du preneur. Il permettra d'établir à terme des relations stables entre les parties. Pour ce faire, le risque de dévoiement de la liberté contractuelle (I) doit être tempéré par le renforcement en l'espèce de l'ordre public de protection du preneur (II).

I- L'EXISTENCE D'UN RISQUE DE DEVOIEMENT DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE PAR LE BAILLEUR

Le mutisme du droit OHADA concernant le bail en centre commercial peut être interprété comme étant à l'avenant de la négociation. Toutefois, force est de constater que ce silence désavantage le preneur à double titre. Il favorise des contrats d'adhésion restreignant les pouvoirs de négociation du preneur et contenant des clauses avantageuses pour le bailleur d'une part (A). Ce silence constitue un terreau favorable au détournement par le bailleur de ses prérogatives d'organisation des relations contractuelles au sein du centre (B).

A- L'essor des clauses contractuelles avantageuses pour le bailleur

Le caractère d'ordre public de certaines dispositions du bail à usage professionnel n'anéantit pas toute marge de négociation contractuelle. Bien au contraire, des pans entiers du bail sont laissés à la libre négociation des parties. La position dominante du bailleur lui permet de dicter le contenu du contrat au preneur qui constitue la partie économiquement faible. Cette situation du preneur est délicate car il se retrouve souvent eu égard à la pénurie de locaux « dans l'obligation d'accepter » les clauses du contrat y compris celles qui lui sont défavorables. Le bailleur, partie économiquement forte, « rédige » le contrat au mieux de ses intérêts, ce qui aggrave les obligations statutaires du preneur (1). En outre, le bailleur peut user de cette marge de manœuvre pour ajouter des obligations supplémentaires à la charge du preneur (2).

1- L'aggravation des obligations statutaires du preneur

Le statut du bail à usage professionnel détermine les obligations principales de chaque partie au contrat et tend à assurer l'équilibre de leurs droits. Les obligations statutaires⁴² constituent l'ensemble des règles imposées par le législateur aux parties et comprend des règles d'ordre public d'une part⁴³ et d'autres supplétives de volonté d'autre part⁴⁴. Le droit OHADA consacre spécifiquement trois articles aux obligations du preneur⁴⁵. Il résulte de ces articles que le preneur a l'obligation de payer un loyer, de respecter la destination du bien loué et d'assumer aux obligations d'entretien. Ces trois obligations ne sont pas d'ordre public. Il en résulte que le bailleur peut user de sa position dominante pour les aggraver afin d'alléger corrélativement les siennes.

La fixation du prix du loyer est laissée à la libre négociation des parties aux termes de l'article 116 de l'AUDCG. Cette liberté de négociation du prix s'explique par le principe de la liberté contractuelle⁴⁶. Le Code civil applicable au Togo ne sanctionne la lésion qu'à titre exceptionnel⁴⁷, pas plus que le droit français ne sanctionne le déséquilibre significatif qui porte « sur l'adéquation du prix à la prestation »⁴⁸. Le droit OHADA ne sanctionne donc pas un contrat

⁴² V. F. Monéger, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI*, 2000, pp. 484 et s.

⁴³ Les dispositions d'ordre public sont listées à l'article 134 de l'AUDCG.

⁴⁴ Notamment les articles 117 et 121 de l'AUDCG. V. égal. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, n° 459.

⁴⁵ Le chapitre III du Titre I (bail à usage professionnel) de l'AUDCG qui comporte ces articles est intitulé « Obligation du preneur ».

⁴⁶ Article 1.1 Principes d'Unidroit, article 1102 du Code civil français.

⁴⁷ Article 1118 du Code civil.

⁴⁸ Article 1171 alinéa 2 du Code civil français.

déséquilibré portant sur le prix dans les contrats d'adhésion⁴⁹. Néanmoins, il accorde la possibilité aux Etats membres, dans un ordre public de protection, de réglementer les prix lorsque la concurrence est insuffisante ou inexistante afin de prévenir des hypothèses d'abus⁵⁰. La pénurie des locaux professionnels dans certains pays de l'espace OHADA peut expliquer l'encadrement du prix des loyers. Des auteurs constatent que : « *le marché des loyers est généralement un marché sensible qui peut souffrir des excès de la part des différents acteurs intéressés (propriétaires immobiliers, prêteurs, locataires). Il arrive souvent que l'État, dans un but de régulation, prenne des dispositions contraignantes pour encadrer la spéculation sur les loyers* »⁵¹. L'intervention des États membres peut se justifier d'autant plus dans le centre commercial où le déséquilibre entre les parties constitue un terreau pour les excès. Le droit OHADA est silencieux sur la question. Les parties ont donc la liberté de fixer le prix et sa révision, et de préciser librement les modalités de paiement ainsi que les échéances⁵².

Le bailleur peut user de cette liberté contractuelle pour « imposer » au preneur soit un loyer binaire⁵³, soit un loyer variable ou « clause recettes »⁵⁴, soit encore une clause de loyer dite « triple net ». Ces modes de fixation du loyer lui sont profitables. Les deux premiers (binaire et variable) permettent une variabilité du loyer qui prend en compte le chiffre d'affaires du preneur tout en réduisant les risques pour le bailleur par l'assurance d'un loyer minimum garanti qui est constituée de la part fixe. Le dernier, le loyer dit « triple net », permet tout simplement au bailleur de percevoir un loyer net de toutes charges⁵⁵. Ces clauses pour la fixation ou la détermination du prix du loyer trouvent leur explication dans la participation du bailleur à l'organisation et au fonctionnement du centre commercial. Il est évident que « un centre mal géré périlite »⁵⁶ et n'assure plus son objectif d'attraction de la clientèle. Toutefois, ces services rendus par le bailleur ne devraient pas servir

⁴⁹ Les droits nationaux peuvent prendre le relais et sanctionner. Toutefois, est porteur d'une évolution l'article du Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace Ohada.)

⁵⁰ Article 116 alinéa 1^{er} in fine.

⁵¹ A. Santos et al., *Droit commercial général*, op.cit., n° 717 in fine, p. 176.

⁵² Article 116 de l'AUDCG.

⁵³ « Le loyer binaire repose sur un pourcentage du chiffre d'affaires. Il peut dans ce dernier cas être prévu que le montant minimum du loyer garanti est égal au montant du loyer ordinairement fixé pour obtenir la jouissance des lieux », D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, op.cit., n° 176.

⁵⁴ Ce loyer tient compte de deux éléments comme le souligne un auteur : « D'une part, un loyer de base calculé en fonction de la surface louée, correspondant à l'amortissement et à la rentabilité de l'investissement immobilier. D'autre part, un loyer variable selon le chiffre d'affaires réalisé par le locataire », loc.cit.

⁵⁵ Cette clause qui était valable en droit français (Civ. 3^e, 5 novembre 2014, *RTD com.* 2014, p. 779) ne l'est plus depuis la loi Pinel (Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises). Rien n'interdit de telles clauses entre parties en droit OHADA ce qui est de nature à fragiliser la situation du preneur.

⁵⁶ P. Pétél, *Le bailleur d'un centre commercial*, *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Didier Ferrier*, p. 522.

d'alibis pour des abus car le rôle de gestion du centre commercial explique d'ores et déjà que le loyer soit plus cher que les loyers hors du centre, un « pas de porte » plus élevé que la moyenne et le paiement de quelques redevances. Par ailleurs, le bailleur n'est pas tenu, en l'absence de stipulations particulières, de garantir la fréquentation des lieux au preneur⁵⁷. L'excès possible du bailleur dans la détermination du prix explique qu'en France, la loi Pinel mette un terme à la possibilité d'insertion d'une clause de loyer dite « triple net » dans le contrat de bail relatif à un centre commercial⁵⁸. Les excès apparaissent surtout lors de la révision du prix du loyer qui concentre le contentieux en droit OHADA⁵⁹. À tort ou à raison, le preneur argue souvent du fait que le bailleur souhaite profiter de sa situation de dépendance pour augmenter excessivement le prix du loyer⁶⁰. À la vérité, le preneur se trouve bien souvent dans la situation où il est contraint d'accepter le loyer proposé. L'article 117 qui fixe les critères du loyer révisé est supplétif de volontés. Le preneur qui ne s'accorde pas avec le bailleur n'a pour seul recours que la voie judiciaire⁶¹. La situation du preneur est délicate, notamment celui du centre commercial, car le prix constitue un élément essentiel du contrat et une augmentation abusive de la part du bailleur entrave la poursuite de son activité⁶² ou, à tout le moins, dans des conditions stables⁶³. La relative inertie des États membres à prendre des dispositions d'encadrement laisse le champ libre à des clauses de fixation ou de révision qui ne sont pas favorables au preneur. Une solution serait, à défaut d'établissement des règles de fixation, la mise en place de règles de plafonnement⁶⁴, car la voie judiciaire ne constitue pas une solution amiable garantissant la « propriété » du preneur professionnel. Au surplus, et en ce qui concerne l'entrepreneur, il peut être observé que le bénéfice de cette unique voie lui est dénié, ce qui le place, lorsqu'il conclut un contrat avec un bailleur de centre commercial, dans une situation d'extrême dépendance⁶⁵.

⁵⁷ Civ. 3^e, 19 décembre 2012, *D.*, 2013, p. 1798.

⁵⁸ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires, op.cit.*, n° 176.

⁵⁹ À titre illustratif, CCJA, 28 décembre 2006, Pourvoi, n° 022/2004/PC.

⁶⁰ Un auteur remarque : « la circonstance de la dépendance du contractant, ajoutée à la disproportion du prix, sont (...) un puissant indice d'abus », D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 2021, p. 334.

⁶¹ V. A. Santos et K. M. Agbénoto, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, note doctrinale sous article 117 de l'AUDCG, *Juriscopus*, 2018 ; TRHC Dakar, jugement n° 153 du 22 janvier 2002, *Ohadata*, J-04-116.

⁶² C. Aubert De Vincelles, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.*2006, p. 2629.

⁶³ Le preneur se trouve contraint d'emprunter la voie judiciaire pour obtenir la résiliation ou une indemnisation. La Cour de cassation française affirmait dans un arrêt d'assemblée plénière : « L'abus dans la détermination du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation », n° 93-13.688.

⁶⁴ Comme en droit français (Article L.145-34 et s. du Code de commerce). V. D. Legeais, *Droit commercial et des affaires, op.cit.*, n° 177 ; J.-D. Barbier, « Le loyer entre plafond et marché », *AJDI*, 2000 p. 495.

⁶⁵ Article 134 alinéa 2 de l'AUDCG. V. A. Ayewouadan, « L'entrepreneur en droit uniforme OHADA », *RRJ* 2013-1, n° 48, p. 324.

La destination du bail constitue également un élément essentiel de l'accord des parties⁶⁶. L'alinéa 1^{er} de l'article 113 de l'AUDCG prescrit au preneur de se conformer à la destination prévue au bail « à défaut de convention écrite, suivant celle présumée d'après les circonstances ». La destination sert de critère d'ajustement du prix et permet au bailleur d'organiser des activités professionnelles au sein du centre. C'est la raison pour laquelle il est interdit au preneur de changer de destination sans informer ou obtenir l'avis du bailleur. Là encore, le relatif silence des textes peut être exploité par le bailleur sous couvert de son pouvoir d'organisation pour empêcher toute modification de la destination. En effet, le preneur peut souhaiter étendre ses activités ou changer l'activité initiale prévue au contrat. L'extension d'activité avec l'ajout d'autres connexes ou complémentaires est la déspecialisation partielle. Le changement ou la reconversion constituent une déspecialisation totale. Le droit OHADA autorise ces mutations de la destination, le bailleur ne pouvant s'y opposer qu'en invoquant des motifs graves⁶⁷ dans le premier cas et des motifs sérieux dans le second⁶⁸. Toutefois, le preneur d'un bail dans un centre commercial semble être dans une situation délicate lorsqu'il souhaite une déspecialisation car le maintien d'un environnement commercial concurrentiel et la nécessité d'assurer une unité du centre sont des motifs invoqués par le bailleur pour interdire toute forme de déspecialisation⁶⁹. La situation du preneur en droit OHADA, à moins d'être précisée, semble défavorable en comparaison de celle du preneur en droit français qui peut demander une déspecialisation pour concurrencer un autre locataire envers lequel le propriétaire s'était engagé à ne pas autoriser une concurrence⁷⁰. La seule réserve en droit français consiste en ce que ce locataire demandeur d'agrément de déspecialisation dans un centre commercial ne pourrait pas le faire pendant les neuf premières années de son bail à usage professionnel⁷¹. La situation du preneur dans un centre commercial exige pour sa protection des règles précises et d'ordre public relativement à la déspecialisation et la faculté d'en obtenir l'agrément auprès du bailleur tout comme une répartition protectrice de la charge des réparations.

⁶⁶ Pour une étude générale de la destination, v. R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois 2008.

⁶⁷ Article 113 alinéa 2.

⁶⁸ Article 113 alinéa 3.

⁶⁹ Des auteurs abondent dans ce sens concernant la déspecialisation partielle. Cette conclusion s'impose, *a fortiori*, s'agissant de la déspecialisation totale. V. A. Santos et al., *Droit commercial général, op.cit.*, n° 754- 756, pp. 186-187. V ; F. Chatelain et S. Gautier le Chatelier, « La concurrence dans les centres commerciaux », *JCP N*, 1982, I, 107, n° 33 ; J. Derrupé, « La vie du centre commercial », *RDI*, 1994, p. 565 ; Civ. 3^e, 25 novembre 1980, n° 79-12.562.

⁷⁰ V. D. Legeais, *Droit commercial et des affaires, op.cit.*, n° 181 *in fine*.

⁷¹ *Loc.cit.*

Les dispositions de l'AUDCG, qui ne sont pas d'ordre public, opèrent une répartition des obligations de réparation entre le bailleur et le preneur. Le premier est tenu des grosses réparations⁷² tandis que le second est tenu des réparations d'entretien⁷³. Un doute peut surgir sur la possibilité pour les parties de modifier la répartition des charges opérée par l'AUDCG. L'article 106 qui met la charge des grosses réparations sur le bailleur n'est pas d'ordre public tandis que l'est l'article 107 qui offre la possibilité au preneur de faire exécuter les travaux à la charge du bailleur qui s'y refuse. Se pose alors la question de savoir si cette obligation du bailleur (article 106) est d'ordre public par ricochet. Il convient d'y répondre négativement car l'article 107 est supplétif de volontés. Il s'appliquerait avec son caractère d'ordre public aux parties n'ayant pas prévu des dispositions contraires à l'article 106 de l'AUDCG qui prévoit l'obligation. Au demeurant, cet article n'est que le pendant de l'article 1720 du Code civil⁷⁴ qui n'est pas non plus d'ordre public selon la jurisprudence française⁷⁵. Subsiste dès lors la possibilité pour un bailleur diligent qui insérerait une clause explicite et claire⁷⁶ de faire peser cette charge sur le preneur. Ces dispositions laissent la faculté aux parties de prévoir des clauses qui mettent temporairement à la charge du preneur les grosses réparations moyennant une compensation à la fin du bail⁷⁷. Le bailleur dispose d'autres outils contractuels qui lui permettent de manière plus déguisée de transférer *de facto* les charges.

Dans cette perspective, le bailleur du centre commercial tentera de mettre à la charge du preneur toutes les réparations ou à tout le moins une quantité substantielle. D'abord, certaines clauses concernant le loyer, la clause triple net, facilitent cette récupération⁷⁸. Ensuite, le bailleur opère, pour assurer le bon fonctionnement du centre, l'entretien et la réparation des parties communes. Il lui est dès lors facile de prévoir au contrat, une clause « charges » qui lui permet de récupérer les fonds dépensés. Ceci lui est profitable parce que facile à détourner pour faire

⁷² Article 106 de l'AUDCG ; v. égal. A. Ayewouadan, « Le droit d'opposition du propriétaire », *op.cit.*, pp. 802 et s.

⁷³ Article 114 de l'AUDCG.

⁷⁴ On retrouve ces mêmes dispositions dans l'ordre juridique interne de plusieurs pays de l'espace OHADA à l'instar du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Niger, du Tchad et du Togo.

⁷⁵ Civ. 3^e, 7 février 1978, n° 76-14214. L'article 1720 du Code civil : « qui met à la charge du bailleur toutes les réparations, autres que locatives, de la chose louée qui peuvent devenir nécessaires n'est pas d'ordre public », Com. 9 avril 1964 : « si le bailleur est tenu d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage auquel elle est destinée, il ne lui est nullement interdit de s'affranchir contractuellement de cette obligation ».

⁷⁶ La jurisprudence n'admet que les contrats clairs à ce sujet. Par ailleurs, s'agissant généralement de contrats d'adhésion en cas de doute ils s'interpréteraient dans un sens favorable au preneur (articles 1190 du Code civil français et 174 Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace Ohada).

⁷⁷ K. Alémawo, *Liberté contractuelle dans le bail commercial de l'AUDCG*, *op.cit.*, p. 105.

⁷⁸ Clause « Triple net », v. *Supra*.

supporter toutes les réparations par les preneurs⁷⁹. Afin de limiter les abus possibles, une précision du droit OHADA serait nécessaire afin de rendre d'ordre public l'article 106 de l'AUDCG⁸⁰.

2- L'instauration conventionnelle d'obligations supplémentaires

Page | 523

Le contrat de bail permet aux parties d'adapter le statut à la relation contractuelle qu'elles souhaitent entretenir au travers de certaines clauses. Dans le cadre du bail conclu pour l'exploitation d'une activité dans le centre commercial, ces clauses ont généralement pour caractéristique commune de renforcer les obligations du preneur et de faciliter la sanction de leur inexécution.

Relativement aux clauses qui ajoutent des obligations au preneur, certaines par leur caractère récurrent, méritent attention ; il s'agit notamment des clauses relatives à une obligation d'assurance renforcée ou à une obligation de mise aux normes des locaux ou encore aux limites à la cession du droit au bail.

Tout d'abord, l'obligation du preneur d'un bail de souscrire une assurance⁸¹ est exacerbée dans le cadre du centre commercial puisqu'il est exigé de lui la souscription d'une police d'assurance pour pertes d'exploitation lui permettant de payer ses loyers⁸² et couvrir sa quotité de charges dans la gestion du centre même dans l'hypothèse d'un sinistre.

Ensuite, s'il s'impose au locataire de restituer le bien loué dans son état d'origine⁸³, car tenu des réparations d'entretien⁸⁴, cette obligation peut être renforcée par le jeu d'une clause de mise aux normes des locaux à charge du preneur dans un centre commercial⁸⁵.

Enfin, des obligations supplémentaires peuvent venir limiter les marges de manœuvre statutaires du preneur à l'occasion de la cession ou de la sous-location. Le statut du bail à usage

⁷⁹ Dans cet ordre d'idées, certains preneurs estimaient : « assumer pleinement et entièrement le coût financier de la valorisation du patrimoine immobilier de leur bailleur », Procos, *Livre blanc des baux commerciaux*, juin 2003, p. 8.

⁸⁰ L'article R. 145-35 du Code de commerce français qui est d'ordre public et issu de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 (dite Loi Pinel) met désormais *expressis verbis* à la charge du bailleur quelques obligations dont les dépenses relatives aux grosses réparations de l'article 606 du Code civil.

⁸¹ Il est fréquent que les parties au bail à usage professionnel exigent que chacune d'elle prenne des polices (assurance de dommage aux biens et assurance responsabilité civile) même si aucune disposition de l'AUDCG ne l'exige.

⁸² Pour lutter contre la diminution drastique du loyer dans l'hypothèse d'un loyer prenant en compte le chiffre d'affaires (clause recettes).

⁸³ Article 1730 du Code civil français. Le locataire n'est, à cet égard, pas tenu par les défauts de vétusté ou de force majeure.

⁸⁴ Article 114 AUDCG. Voir également l'article 113 *in limine* de l'AUDCG.

⁸⁵ Si cette mise aux normes incombe au bailleur, rien n'interdit aux parties de décider que les travaux prescrits par l'autorité administrative seront à la charge du preneur (Civ. 3^e, 24 mars 1993, n° 91-18322).

professionnel⁸⁶ distingue la cession totale (bail et activité) de la cession partielle (bail et certains éléments de l'activité). La cession totale s'impose au bailleur tandis que la cession partielle est soumise à son accord⁸⁷. Concernant la sous-location, elle est interdite sans accord du bailleur⁸⁸. Toutes ces dispositions ne sont pas d'ordre public de sorte que les parties peuvent stipuler contractuellement le contraire à l'avantage du bailleur. Ce dernier peut ainsi insérer des clauses restrictives dans le contrat en exigeant qu'avant toute cession le preneur soit à jour du règlement des loyers et charges ou reste garant solidaire du cessionnaire dans l'hypothèse d'une cession complète. Par ailleurs, le bailleur peut exiger, dans l'hypothèse d'une cession de bail avec certains éléments de l'activité, l'insertion de certaines clauses comme l'interdiction pure et simple⁸⁹, une clause d'agrément, une clause de garantie solidaire ou encore une clause de préemption. Il en résulte que, dans l'hypothèse d'une sous-location, le bailleur dispose encore d'une grande marge de manœuvre⁹⁰.

Ces clauses récurrentes dans les baux conclus dans les centres commerciaux s'expliquent du côté du bailleur par le souhait d'une mainmise sur la sélection des locataires en raison de *l'intuitu personae* et de la gestion optimale du centre. Toutefois, il est dans l'intérêt du preneur que la cession soit facilitée. Il en résulte que dans le cadre de contrat d'adhésion, la mise au rang d'ordre public de certaines dispositions s'avère nécessaire afin d'instaurer un équilibre entre les parties. Dans cette perspective, la faculté de cession totale du preneur serait opportunément une disposition d'ordre public du statut des baux à usage professionnel comme cela est le cas en France⁹¹.

Les parties s'assurent le respect des obligations supplémentaires au statut par le biais de l'insertion d'une clause de résiliation⁹². Cette dernière produit « *l'anéantissement pour l'avenir d'un contrat successif, en raison de l'inexécution de l'une des parties de ses obligations* »⁹³. Cette clause souvent exigée par les bailleurs de centre commercial est à leur avantage car elle leur offre

⁸⁶ Articles 118 à 122 de l'AUDCG.

⁸⁷ Article 118 de l'AUDCG.

⁸⁸ Article 121 de l'AUDCG.

⁸⁹ C'est-à-dire, la seule possibilité d'une cession totale.

⁹⁰ Pour rappel, l'article 118 de l'AUDCG interdit la sous-location sauf stipulation contraire, c'est dire que le bailleur n'a pas besoin d'être prévoyant par l'insertion d'une clause en l'occurrence. Sa marge de manœuvre est totale d'autant que l'article 122 permet un réajustement du loyer lorsqu'il autorise la sous-location.

⁹¹ L'article 118 de l'AUDCG n'est pas d'ordre public tandis que l'article L. 145-16 du Code de commerce français est d'ordre public.

⁹² Sur la question, v. C. Paulin, *La clause résolutoire*, LDGJ, 1996.

⁹³ S. Guinchard (Sous dir.), *Lexiques des termes juridiques 2014-2015*, Dalloz, p. 871, v° Résiliation.

la possibilité de sanctionner le non-respect par le preneur de certaines clauses du contrat. Elle permet au bailleur d'un centre commercial, dans un contrat d'adhésion, sans recourir au juge, de mettre un terme à la relation. En effet, en cours d'exécution du bail, les obligations du bailleur sont souvent réduites, notamment par l'effet de « l'accord des volontés », en comparaison avec celles pesant sur le preneur qui sont renforcées. La clause de résiliation permet donc au bailleur d'avoir un contrôle de l'exécution des obligations. En droit français la licéité de la clause de résiliation de plein droit ne suscite pas de débat. En revanche, la question de sa licéité se pose en droit OHADA. Pendant longtemps, ce droit n'admettait qu'une résiliation judiciaire du bail. L'omission de cette exigence depuis la révision de l'AUDCG interroge⁹⁴. La doctrine considère que la résiliation « reste judiciaire »⁹⁵. Cette interprétation s'évince du caractère d'ordre public de l'article 133 de l'AUDCG qui organise la procédure judiciaire pour la résiliation du bail. Au surplus, cette précaution du droit OHADA se justifie car l'absence d'une procédure judiciaire entraîne des abus de la part des bailleurs qui non seulement « dictent » le contenu de la clause mais la mettent en œuvre parfois de mauvaise foi⁹⁶. Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la résiliation constitue une garantie de la « propriété » du preneur de bail à usage professionnel⁹⁷. Reste que le bailleur peut utiliser sa puissance économique pour exiger de son contractant une clause de résiliation à son seul profit. Dans cette circonstance, il incombe au preneur de se montrer vigilant lors de la négociation du contrat car une telle clause est par principe licite⁹⁸.

Les clauses de résiliation de plein droit, si elles sont licites pour tout contrat, peuvent donner lieu à des abus de la part du bailleur d'un centre commercial. Ces clauses laissent une grande liberté d'appréciation au bailleur⁹⁹. Lorsque ce dernier souhaite activer cette clause pour dénoncer le contrat, le preneur n'a souvent d'autre choix que la saisine du juge. Par ailleurs, les

⁹⁴ Des auteurs remarquent : « *Le terme judiciaire a disparu de l'intitulé du chapitre VII consacré à la résiliation du bail. L'exigence d'une résiliation judiciaire constituait une source intarissable de litiges et les mécontentements des propriétaires que les décisions déjà rendues n'avaient pas réussi à dissiper* », Note doctrinale introductive du chapitre VII, A. Santos et K. M. Agbénoto, OHADA, *Traité et Actes uniformes*, 2018, Juriscope 2018, p. 308

⁹⁵ *Ibid*, p. 309.

⁹⁶ En droit français un auteur affirme : « L'application des clauses résolutoires a été source d'abus de la part des propriétaires mettant à profit la moindre faute de leur locataire pour tenter d'obtenir la résiliation du bail et ainsi retrouver la possibilité de relouer pour un montant bien supérieur », D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 2022, *op.cit.*, n° 185.

⁹⁷ TPI Lomé, jugement, n° 044/2014 du 12 février 2014, inédit.

⁹⁸ Civ. 3^e, 21 décembre 2017, n° 16-10-583..

⁹⁹ D.Houtcieff, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC*, 2018. 505.

clauses par lesquelles le preneur autorise le bailleur à modifier unilatéralement les termes du contrat¹⁰⁰ fragilisent sa position¹⁰¹.

B- L'aggravation de la situation du preneur par l'exercice des prérogatives d'organisation du centre par le bailleur

Page | 526

Le pouvoir d'organisation du centre commercial du bailleur lui permet, soit à travers des clauses insérées dans les contrats individuels, soit à travers les dispositions du règlement intérieur du centre, de gérer les relations collectives entre les preneurs. Cette prérogative du bailleur peut être détournée pour servir son intérêt personnel en désavantage de celui collectif par le biais d'un durcissement des hypothèses dans lesquelles l'Acte Uniforme lui donne un pouvoir d'appréciation notamment dans l'organisation du centre (1) ou par le truchement d'un détournement du règlement intérieur (2).

1- L'hypothèse de l'utilisation abusive des prérogatives

Le maintien de l'unité économique du centre constitue un motif (sérieux¹⁰², légitime¹⁰³ ou grave¹⁰⁴) pouvant être invoqué par le bailleur pour ne pas accéder favorablement aux demandes du preneur¹⁰⁵. D'une part, et plus que pour tout autre bailleur, ce motif peut prospérer pour refuser une déspecialisation, une cession, une sous-location. D'autre part, l'attractivité du centre constitue un argument qui peut être évoqué pour agir sur la durée du bail de sorte à être en mesure d'évincer un preneur qui ne contribue pas de manière suffisante au rayonnement du centre.

Le bailleur d'un centre commercial dispose davantage de marge de manœuvre pour refuser une déspecialisation envisagée par le preneur¹⁰⁶. La déspecialisation partielle évoquée par l'article 113 alinéa 2 de l'AUDCG ne peut intervenir que si le bailleur ne s'y oppose pas pour des motifs graves. Le bailleur d'un centre commercial dispose d'un grand pouvoir d'invocation de ces motifs. Il peut exciper légitimement de l'absence de connexité ou de complémentarité pour s'opposer au

¹⁰⁰ J. Carbonnier reconnaissait que : « le contrat, qui a besoin, pour naître, que deux volontés se réunissent, n'a pas besoin, pour subsister, que toutes deux persévèrent » J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, PUF, 2017, p. 2116.

¹⁰¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, 1911, Rousseau, p. 178.

¹⁰² Article 113 de l'AUDCG.

¹⁰³ Article 120 de l'AUDCG.

¹⁰⁴ Articles 113 et 120 de l'AUDCG.

¹⁰⁵ A. Ayewouadan, « Le droit d'opposition du propriétaire », *op.cit.*, p. 807.

¹⁰⁶ V. *Supra*.

projet de déspecialisation comme un bailleur classique. Plus spécifiquement, il peut s'opposer en invoquant comme motifs l'incompatibilité de la nouvelle activité avec celle des autres locataires ou avec l'environnement physique. Il est toutefois à craindre que le bailleur d'un centre commercial n'excipe de ces motifs alors qu'ils ne sont pas avérés. S'agissant de la déspecialisation totale, la marge de manœuvre du bailleur et conséquemment les abus susceptibles d'en résulter peuvent être plus faciles puisque les motifs « sérieux » relèvent *a priori* de son appréciation, sauf recours au juge par le preneur.

La libre fixation de la durée du bail à usage professionnel¹⁰⁷ n'est pas de nature à assurer la stabilité du preneur d'un bail dans un centre commercial. Cette brèche peut être exploitée par le bailleur pour conclure un premier bail d'une durée inférieure à deux ans pour faire échec au droit de renouvellement du preneur. L'article 123 alinéa 1^{er} de l'AUDCG conditionne le droit au renouvellement à une durée minimale d'exploitation de deux ans. Le bailleur d'un centre commercial se trouve placé dans une situation de force qui pourrait lui permettre aisément d'exiger du professionnel souhaitant développer une clientèle une durée réduite de bail lors des négociations. L'hypothèse la plus défavorable au preneur est celle d'un promoteur immobilier qui lors de l'inauguration d'un centre commercial soumet tous les preneurs à une durée de moins de deux ans, se ménageant ainsi la possibilité au terme de cette période de ne pas renouveler les contrats de ceux qui ne se soumettent pas à ses nouvelles exigences¹⁰⁸. Il en résulte que cette protection que constitue le droit au renouvellement peut être mise en échec par le bailleur afin de ne pas renouveler le bail au preneur. La durée minimale du bail renouvelé n'est pas non plus à l'avantage du preneur en droit OHADA. Elle est plus courte -trois ans- qu'en droit français¹⁰⁹ qui exige une durée de neuf ans, ce qui renforce « la propriété » du fonds du preneur. Cette durée de trois ans n'entraîne pas de stabilité¹¹⁰ suffisante dans le cadre d'un bail conclu pour une exploitation dans un centre commercial.

¹⁰⁷ Article 104 de l'AUDCG.

¹⁰⁸ O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1989, n° 4, p. 5.

¹⁰⁹ Article L 145-4 du Code du commerce français. Du reste, la durée minimale est de six ans pour un bail professionnel en droit français (article 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accès à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière

¹¹⁰ A Santos et al., *Droit commercial général, op.cit.*, n° 716, p. 176.

2- L'hypothèse de l'usage détourné du règlement intérieur

L'interdépendance des acteurs du centre commercial impose un mécanisme collectif de gestion qui s'applique au-delà des contrats individuels. Dans de telles hypothèses, et notamment en droit du travail, on a recours simultanément ou alternativement, soit à des modalités facilitant des accords collectifs, soit à un règlement intérieur¹¹¹.

Page | 528

Le règlement intérieur¹¹² constitue l'outil privilégié d'organisation des relations collectives au sein d'un centre commercial. Il est préféré par les bailleurs en raison de son caractère unilatéral tant pour son élaboration que sa modification¹¹³. Le bailleur en fait un outil de gestion du centre commercial. Toutefois, son caractère unilatéral mais obligatoire peut générer des abus par un bailleur arguant du besoin de cohérence du centre commercial.

La réussite d'un centre commercial tient à son unité et à la cohérence de l'organisation des acteurs notamment par la mise en œuvre d'une politique de publicité et d'animation. Le règlement intérieur pose les bases de cette organisation et en détermine les organes¹¹⁴. Il est généralement annexé au contrat principal avec lequel il prend corps. C'est le cadre d'évocation des questions de concurrence et d'exclusivité aux fins d'assurer l'unité, la diversification des activités et les politiques commerciales communes tendant à l'attractivité. Il s'agit également d'un document de discipline puisque c'est par ce biais que sont traitées les questions relatives aux horaires, jours d'ouverture, modalités d'exploitation des commerces¹¹⁵. Le règlement intérieur a été parfois l'instrument d'une contrainte trop lourde pour l'exploitation du fonds des preneurs. C'est le cas des contraintes d'horaires qui posaient problème pour la clientèle¹¹⁶. Le règlement peut aussi alourdir les charges financières.

S'agissant de la concurrence dans le centre, celle-ci repose sur des intérêts multiples. L'attractivité du centre pour le consommateur est basée sur la variété de l'offre et parfois sur

¹¹¹ En droit du travail, les codes français et togolais exigent un règlement intérieur à partir d'un certain nombre de salariés afin d'assurer une harmonie. L'alinéa 2 de l'article 114 du Code togolais l'exige à partir de dix (10) salariés tandis que l'article L1311-2 du Code de travail français le prescrit à compter de 50 salariés.

¹¹² Le règlement intérieur est un instrument de fonctionnement interne des structures qui détermine certaines règles et méthodes. G. Cornu (Sous dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, v° règlement intérieur, p. 875.

¹¹³ D'autant que les mécanismes de négociation peuvent non seulement limiter la marge de manœuvre du bailleur mais nécessitent une organisation plus lourde. Pour autant, pour faciliter le dialogue et une intelligence collective au sein du centre, le bailleur a intérêt à promouvoir les modes de négociation comme : les associations,

¹¹⁴ Ceux-ci assurent l'unité et la dynamique du centre. V. R. d'Heucqueville, « La notion de centre commercial », *RDI*, 1994, p. 531.

¹¹⁵ Sécurité, entretien, éclairage, nettoyage...

¹¹⁶ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, op.cit.,p. 87 in fine.

l'existence d'enseignes concurrentes. Cet intérêt du consommateur croise ceux du bailleur et du preneur. Cependant, le preneur n'a pas d'intérêt à ce qu'un concurrent développe une offre économiquement substituable à la sienne dans le même centre. De manière classique, le bailleur ne doit pas concurrencer lui-même le preneur en vertu de la garantie de paisible jouissance qu'il lui doit¹¹⁷. Si le bailleur ne peut concurrencer le preneur, rien ne l'empêche, *a priori*, de louer dans un même centre commercial des locaux à des professionnels exerçant la même activité. Le preneur qui ne veille pas à intégrer une clause d'exclusivité de son activité dans le centre n'est donc pas à l'abri d'abus du bailleur. Ce dernier peut réduire l'achalandage du preneur en autorisant d'autres exploitants à exercer la même activité soit de manière principale soit de manière connexe ou complémentaire. Le locataire vigilant qui obtient l'exclusivité de son activité échappe à ce contexte difficile puisqu'il est en droit d'exiger du bailleur de respecter et de faire respecter par les autres locataires l'exclusivité de l'exercice de son activité dans le centre. Dès lors que la garantie classique du preneur s'étirole dans un centre commercial, il serait pertinent que des règles spécifiques concernant la concurrence soient érigées pour prendre en compte la spécificité de ces baux¹¹⁸.

L'AUDCG est silencieux sur le sort du règlement intérieur s'appliquant dans les baux à usage professionnel. Or, cet instrument se révèle très important dans l'organisation des relations dans un centre commercial ajoutant des prévisions à celles du statut ou des conventions. Ce faisant, il bouleverse parfois l'équilibre souhaité par le statut¹¹⁹ et permet au bailleur de modifier unilatéralement l'économie du contrat. Lorsqu'il est détourné par le bailleur, il affaiblit la position du preneur accentuant le besoin de renforcement statutaire de sa situation.

II- LA NECESSITE DU RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU PRENEUR

La protection du preneur à bail dans un centre commercial devient une nécessité en droit OHADA, eu égard aux brèches existantes dans le statut général du bail à usage professionnel. Cette protection commande l'instauration d'un statut spécifique et équilibré dans l'AUDCG comportant des garde-fous (A). Dans cette quête d'équilibre, le droit OHADA ne doit pas perdre

¹¹⁷ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op.cit.*, n ° 172 ; jouissance paisible du preneur (article 109 de l'AUDCG ; article 1719 du Code civil français)

¹¹⁸ Par exemple, conditionner l'autorisation d'activité concurrente en fonction de la taille du centre commercial et de l'espace occupé par le local du preneur.

¹¹⁹ Réparation, charges financières...

de vue que l'effectivité de cet équilibre passe également par la mise en place des mécanismes permettant de contrôler et sanctionner les abus de la partie forte dans le contrat ou le règlement. Hors statut, le maintien de la liberté de négociation des parties s'avère nécessaire¹²⁰ (B).

A- L'instauration d'un équilibre statutaire

La nécessité d'assurer une protection juridique plus affinée du preneur doit inciter le législateur OHADA à instaurer un équilibre légal. Cet équilibre apparaîtra dès lors comme un contrepoids pour freiner l'insécurité juridique qui compromet le droit du preneur. La méthode utilisée peut se dédoubler selon l'intensité et en fonction du but recherché. La mise au rang d'ordre public de certaines dispositions permet d'assurer un minimum de protection au preneur (1). L'ajustement du statut des baux constitue également une source de sécurité juridique des parties et évite le primat d'une volonté ou des conflits d'interprétation (2).

1- La consolidation de l'ordre public de protection

L'établissement d'un équilibre entre les parties passe par la mise au rang d'ordre public de certaines dispositions actuelles du statut des baux à usage professionnel. Cette opération d'élévation s'insère dans un ordre public de protection du preneur, partie faible au contrat notamment lorsque ce dernier porte sur l'exploitation d'une activité dans le cadre d'un centre commercial. Les aspects du statut positif des baux porteurs d'équilibre par une mise au rang d'ordre public sont : la déspecialisation partielle ; les grosses réparations ; la cession totale ; la durée du bail.

La déspecialisation partielle n'est pas un droit acquis au preneur en droit OHADA. L'alinéa 2 de l'article 113 admet à son profit cette hypothèse en y mettant quelques restrictions. Le preneur doit aviser de manière expresse le bailleur qui peut s'opposer à cette tentative pour motif grave. Ce motif est beaucoup plus aisé à trouver dans le cadre du centre commercial parce qu'il peut s'inférer de l'unité, de l'attractivité, de la gestion du centre ... Il en résulte que pour rendre ce droit effectif au preneur dans l'hypothèse d'un centre commercial, l'article 113 peut mentionner spécifiquement le caractère d'ordre public de ce droit dans le cas d'un centre commercial. Le droit

¹²⁰ Les mécanismes visent à rétablir l'équilibre contractuel qui serait faussé par les abus ou la déloyauté du bailleur ou d'un preneur économiquement fort. La question de l'abus peut également se poser au sujet d'un preneur soit à l'égard du bailleur ou des autres preneurs. Le fait est toutefois rare. V. C. Grimaldi, « Le droit d'un locataire d'agréeer les autres locataires dans un centre commercial : une restriction de concurrence ? », *D.*, 2016, pp. 292 et s.

français semble avoir pris conscience de cette nécessité en rendant d'ordre public les dispositions de l'article L. 145-47 du code de commerce relatives à la déspecialisation partielle.

Les grosses réparations selon la répartition de l'AUDCG incombent au bailleur sans être une obligation d'ordre public. En revanche, le preneur dispose d'une faculté d'ordre public de faire exécuter après autorisation du juge ces réparations à la charge du bailleur qui s'y refuse. En conséquence, les prérogatives de gestion et la nécessité « d'entretien » du centre commercial constituent des motifs empruntés par le bailleur pour faire supporter de manière directe ou indirecte la charge de ces grosses réparations par les preneurs du centre. L'article 106 qui oblige le bailleur à ces grosses réparations n'est pas d'ordre public de sorte qu'il existe des doutes quant à son interprétation. Afin d'empêcher une lecture *a contrario* de l'article 107¹²¹ qui autorise le preneur à saisir la juridiction compétente, il conviendrait d'élever également au rang d'ordre public cette obligation du bailleur à effectuer les grosses réparations surtout en matière de bail dans un centre commercial où la dépendance du preneur est exacerbée.

La cession totale du bail par le preneur s'impose au bailleur. Toutefois, dans l'hypothèse du centre commercial cette faculté du preneur peut être édulcorée par des règles qu'impose le bailleur lors de la conclusion du contrat ou qui sont contenues dans le règlement intérieur¹²². Afin de donner sa pleine mesure à ce droit conféré au preneur de valoriser sa « propriété », cette règle serait opportunément d'ordre public.

Le droit OHADA n'impose pas de durée minimale pour un bail à usage professionnel¹²³. Il se met ainsi en conformité avec les standards internationaux qui tendent vers une réduction de l'ordre public et une mise en valeur du droit de propriété du bailleur. Toutefois, le contexte social incline à penser que cette conception devance l'évolution des relations actuelles surtout dans le centre commercial. Une durée minimale et d'ordre public serait une garantie de la propriété du fonds pour le preneur.

¹²¹ Une lecture dans cette optique consisterait à considérer que c'est seulement dans l'hypothèse où les parties n'ont pas pris des engagements contraires quant à la répartition des charges (article 106) que l'obligation du bailleur peut faire l'objet d'exécution judiciaire à la charge de ce dernier. Cet argument est renforcé par la circonstance que cette modalité d'exécution relève du droit commun des obligations (article 1144 du code civil applicable au Togo).

¹²² V. *Supra*.

¹²³ L'article 104 *in limine* de l'AUDCG dispose que : « les parties fixent librement la durée du bail ».

La mise au rang d'ordre public de certaines dispositions du droit OHADA actuel garantirait un équilibre entre les parties. Cet équilibre peut être renforcé par la précision de certaines obligations des parties dans l'AUDCG.

2- La nécessité d'un ajustement du statut

La première précision utile que pourrait comporter un ajustement du bail à usage professionnel dans l'espace OHADA est l'insertion d'une définition suffisante¹²⁴ du centre commercial dans l'acte uniforme. La notion de centre commercial souffre de l'absence de définition claire et est surtout utilisée dans l'espace OHADA pour désigner des espaces de vente disparates. Cette précision pourrait permettre d'ériger des règles spécifiques en faveur des acteurs exerçant dans le centre commercial qui constitue l'avenir de la distribution dans l'espace eu égard à l'évolution démographique.

Certaines obligations des parties méritent d'être précisées. En effet, celles-ci disposent, en dépit du caractère d'ordre public de certaines dispositions du statut du bail à usage professionnel, d'une certaine marge de négociation lorsque l'une n'est pas significativement plus forte que l'autre. Cette marge pouvant être exploitée par l'une d'elles pour déséquilibrer leur relation, la précision de certaines obligations dans le statut peut éveiller la vigilance des parties. C'est donc consciemment que chacune accepte ou consent des stipulations contraires¹²⁵. Dès lors, cette technique sert de protection car, tout en précisant certaines obligations dans le statut en raison de leur caractère sensible, elle admet des clauses contraires pouvant les battre en brèche. Le statut relatif au bail porterait ainsi des « *textes décrivant les obligations normalement attachées* »¹²⁶ à ce contrat. Ces hypothèses concernent les modalités de fixation du loyer, l'entrepreneur, la résiliation et le contenu du règlement.

En droit OHADA, la liberté de fixation et de révision du prix du bail est grande en comparaison avec d'autres droits dont le droit français¹²⁷. Le contexte économique de ces pays peut faire craindre que face à un grand groupe foncier immobilier ou promoteur, un preneur ne

¹²⁴ Un auteur souligne : « *le facteur premier de la praticabilité du droit consiste dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce sens que son application donnera lieu à des hésitations et à des controverses génératrices d'insécurité juridique* », J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 232, v. Egal. J.-L., Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, pp. 229 et s.

¹²⁵ Bien entendu, l'échange de consentement porte sur des règles qui ne sont pas d'ordre public.

¹²⁶ G. Viney, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1988, n° 490.

¹²⁷ Liberté de fixation, de la durée de révision et des modalités, absence de plafonnement, dispositions précises d'encadrement quasi-inexistantes. En droit français les loyers sont encadrés et plafonnés surtout s'agissant de leur révision (articles L. 145-33 et s.).

puisse réellement négocier les prix. En effet, pour un preneur, l'achalandage d'un centre commercial important, dans un contexte de rareté, représente une telle occasion et un retour sur investissement qu'il peut être amené à accepter certaines conditions défavorables surtout lors du renouvellement. Il est, en d'autres termes, dans « *l'impérieuse nécessité de contracter* »¹²⁸. L'instauration de certaines règles de plafonnement des loyers révisés dans les statuts sert à maintenir l'équilibre souhaité¹²⁹ et peut réduire le recours à la fixation judiciaire de l'article 117 de l'AUDCG. Le droit OHADA ne comportait aucune précision quant au plafonnement, laissant la possibilité aux États membres de prendre des dispositions internes. Les lobbys (groupes de pression) des bailleurs et les priorités internes des États peuvent occasionner une lenteur dans la prise de décision. Une technique consistant à déterminer un plafond que les États peuvent adapter présente deux garanties : l'existence d'une règle d'une part et l'harmonisation d'autre part¹³⁰.

Le statut de l'entrepreneur¹³¹ est une innovation adaptée aux économies de l'espace OHADA en ce que ce statut s'applique à des entrepreneurs en début d'activité et dont la situation est fragile. Le preneur entrepreneur est donc dans une position de plus grande faiblesse, en comparaison à d'autres preneurs, face au bailleur d'un centre commercial. L'octroi du bénéfice du droit au renouvellement lui serait d'une aide pour envisager sa pérennité dans le centre et d'un intérêt également pour le bailleur qui pourrait compter sur l'exploitation d'une activité stable dans le cadre de son plan de commercialisation¹³².

Dans une optique de protection du preneur, le droit OHADA peut comporter des règles précisant les obligations pouvant résulter d'un règlement intérieur de centre commercial et les conditions ou nécessités susceptibles de considérations dans ledit règlement comme cela est le cas pour cet acte en droit du travail. Cette précision est utile pour éviter que cet instrument ne soit utilisé par le bailleur pour ajouter unilatéralement des obligations substantielles à la charge du preneur, donnant lieu à un déséquilibre significatif.

Par ailleurs, l'admission d'une résiliation conventionnelle permet d'instaurer un équilibre dans un sens favorable au bailleur. En effet, le renforcement de l'ordre public de protection n'est

¹²⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit., n° 56, p. 99.

¹²⁹ Telle est l'hypothèse du droit français

¹³⁰ Du reste, c'est la technique empruntée par le droit OHADA pour la détermination du capital social de la SARL. Ici, un plancher est exigé mais la faculté est accordée aux États membres de prendre des dispositions contraires.

¹³¹ Sur la notion, v. notamment, A. Ayewouandan, « L'entrepreneur en droit uniforme OHADA », op.cit. ; D. B. Ongono Bikoe, *L'entrepreneur en droit OHADA*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2020.

¹³² Le bailleur doit veiller à la présence de certaines activités dans son centre.

équitable que si l'on permet au bailleur de pouvoir rompre la relation contractuelle avec un preneur qui ne remplit pas ses obligations. Le droit OHADA peut continuer sa mue en autorisant expressément la résiliation conventionnelle¹³³.

Ces précisions qui pourraient être portées par une révision de l'AUDCG militent pour une relation contractuelle apaisée et durable entre acteurs au contrat de bail dans un centre commercial. Elles permettent d'instaurer : « *une espèce d'équilibre idéal qui devrait partout régner et dont le juge ou le législateur sont présentés comme les garants* »¹³⁴. L'atteinte de ces objectifs exige que les abus relevant notamment du cadre contractuel, souvent d'adhésion, puissent être effectivement sanctionnés.

B- L'exigence du maintien de la libre négociation hors statut

Une relation de longue durée entre contractants dont l'un dépend de l'autre ou est faible par rapport à l'autre occasionne parfois des abus¹³⁵. La relation entre le bailleur et le preneur dans un centre commercial est parfois marquée par des abus dont le juge n'est pas toujours saisi en raison de la crainte du preneur de perdre entre-temps son droit au bail¹³⁶. Il devient donc opportun, *de lege ferenda*, de prévoir des mécanismes permettant au juge de caractériser et d'annihiler les clauses porteuses d'un déséquilibre significatif (1). La sanction effective des abus contribuera à un certain équilibre des relations (2).

1- La neutralisation des clauses porteuses de déséquilibre significatif¹³⁷

Le déséquilibre contractuel¹³⁸ entre les parties se ressent parfois entre les droits et obligations en engendrant des clauses porteuses de déséquilibre significatif. Ce dernier est

¹³³ Le droit OHADA ne précise plus (intitulé du chapitre VII AUDCG) contrairement à l'acte révisé le caractère judiciaire de la résiliation.

¹³⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 365.

¹³⁵ En droit des sociétés OHADA, les abus dans la prise de décisions collectives (articles 125 et s. AUSCGIE). V. égal. R. Njeufack Temgwa, « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy 2012.

¹³⁶ Une autre raison peut être la difficulté pour le preneur d'apporter la preuve de l'abus.

¹³⁷ Sur la notion, v. notamment, S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LDGJ, 2021 ; L. Vogel et J. Vogel, *Le déséquilibre significatif*, LawLex/Bruylant, 2016.

¹³⁸ V. E. Sene, *Déséquilibre contractuel : les réponses du droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2019 ; V. égal. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, 2002, LGDJ ; V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, PUAM.

considéré comme une notion difficile à définir ou systématiser¹³⁹. Un auteur concède : « *Il n'est pas nécessaire d'ergoter : sur ce point, les mots changent, mais l'idée est identique. L'avantage excessif conféré par la clause n'est rien d'autre qu'un déséquilibre significatif et inversement* »¹⁴⁰. Une autre renchérit : « *En fin de compte, peut-être pourrait-on entendre, de façon générique, le déséquilibre significatif comme "un avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie", précision étant faite que cet avantage peut résulter d'une stipulation isolée ou d'un ensemble de clauses, être d'ordre financier ou consister notamment dans l'octroi d'un pouvoir unilatéral discrétionnaire, la privation d'un droit, le transfert d'une obligation, une sanction disproportionnée au manquement ou, à l'inverse, l'absence de toute sanction* »¹⁴¹. Le déséquilibre significatif lorsqu'il se déduit des clauses d'un contrat d'adhésion doit remplir d'autres critères pour sa caractérisation. Selon l'article 1171 du Code civil français, la clause litigieuse doit avoir été déterminée à l'avance par l'une des parties d'une part, et ne doit pas avoir été négociée par l'autre d'autre part. En effet, la majorité des clauses contenues dans ces contrats de bail à usage professionnel ne sont pas négociées. La dépendance du preneur à l'égard du bailleur peut se traduire par un déséquilibre significatif des obligations lorsque ce dernier use de la position de domination. Le rétablissement d'une certaine « équité » passe par la sanction de ce déséquilibre pour atteindre l'économie du contrat¹⁴². L'instauration de cet équilibre apparaît nécessaire dans le bail à usage professionnel relatif à un centre commercial qui se caractérise par une dépendance *per se* et plus accrue du preneur, partie généralement à un contrat d'adhésion.

L'AUDCG ne sanctionne pas spécifiquement les clauses entraînant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au bail à usage professionnel. Le preneur qui saisit le juge pour faire sanctionner un tel déséquilibre ne peut fonder ses prétentions que sur le droit interne des obligations. En ce sens, l'avènement d'un Acte uniforme en droit OHADA relatif au droit des obligations pourrait permettre de traiter de manière holistique et harmonisée les

¹³⁹ C.-M. Péglion-Zika, *La notion de clause abusive*, Thèse de doctorat, Paris II, 2013, p. 235, v. Egal. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 325 ; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 349 ; F.-X. Testu, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1er février 1995) », *D. aff.* 1996, 372, n° 13.

¹⁴⁰ D. Mazeaud, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et Patrimoine*, juin 1995, études/ doctrine p. 42, n° 17.

¹⁴¹ M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com*, 2013, p. 500.

¹⁴² S. Pimont, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004 ; A. Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, Clermont-Ferrand 1, 2005.

hypothèses de déséquilibre¹⁴³. En droit français, le preneur qui souhaite agir contre le bailleur pour caractériser un déséquilibre significatif dispose de la possibilité de se fonder sur les règles relevant du Code civil¹⁴⁴ ou, s'il est commerçant et le souhaite, celles qui ressortissent au Code de commerce¹⁴⁵.

En droit OHADA la sanction du déséquilibre peut être portée tant par l'AUDCG dans l'attente d'un Acte uniforme relatif au droit des obligations. La définition de la notion de déséquilibre significatif serait ainsi précisée et dans une visée de protection et d'efficacité. Pour ce faire, le champ définitionnel ne devrait pas être trop restrictif. Dans cette hypothèse, la définition de l'alinéa 1^{er} de l'article 1171 du Code civil français issue de l'ordonnance de 2016 semble plus protectrice¹⁴⁶ du preneur que celle modifiée de 2018. Cet article dispose que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Il ne serait donc pas nécessaire d'exiger de la partie faible qui allègue un déséquilibre significatif de prouver la détermination à l'avance de la clause par la partie forte. La reprise des dispositions de l'article 113 du projet de réforme du droit des obligations dans l'espace OHADA protège la partie faible dès lors qu'elle n'exige que la preuve d'une absence de négociation¹⁴⁷. Par ailleurs, s'agissant du bail dans le centre commercial, il serait judicieux de ne soustraire aucune hypothèse à l'appréciation du déséquilibre¹⁴⁸. Cela permettrait d'éviter des distorsions entre preneurs en fonction de leur qualité professionnelle. En droit français, en vertu de l'article L.442-1, I, 2^o, le commerçant pourrait demander un contrôle « *judiciaire du prix* »¹⁴⁹ ce que ne pourrait pas le non-commerçant au regard de l'article 1171 du Code civil. Le déséquilibre significatif qui relèverait de certaines clauses doit être sanctionné pour rétablir l'équilibre en ce qu'il provient de l'exploitation de la dépendance de l'autre partie. Pour ce faire, une définition large du champ d'application du déséquilibre significatif dans les contrats

¹⁴³ L'article 113 du dernier projet de réforme de droit des obligations.

¹⁴⁴ Article 1171 du Code civil.

¹⁴⁵ L.442-1,I,2^o du code de commerce français.

¹⁴⁶ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, 2021, p. 410.

¹⁴⁷ L'article 113 de la réforme dispose : « *La clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée* ».

¹⁴⁸ Une telle prévision permettrait d'inclure dans le champ d'appréciation le déséquilibre significatif qui porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation contrairement à l'article 1171 du Code civil français.

¹⁴⁹ Conseil Constitutionnel français, 30 novembre 2018, QPC, *AJ Contrat*, 2019, p. 29 ; Cass.com., 3 mars 2015, n° 15-27.525, *D.*, 2015, 1021.

d'adhésion milite en faveur du preneur à bail dans le centre commercial. Sinon, il serait difficile pour le preneur de prouver le caractère non négocié des clauses et leur détermination à l'avance par le bailleur. Du reste, l'admission du « contrôle judiciaire » du prix du bail résultant d'un déséquilibre significatif se justifierait car le droit positif OHADA l'admet déjà lors d'une mésentente entre les parties concernant le prix révisé du bail à usage professionnel¹⁵⁰.

Pour faciliter la détection et la sanction des clauses comportant un déséquilibre significatif, une liste de certaines clauses pourrait être établie en s'inspirant de la technique utilisée par le Code de la consommation en droit français¹⁵¹. Une subdivision peut s'opérer dès lors entre clauses noires et clauses grises. Les premières seraient interdites avec un caractère d'ordre public et les secondes interdites sauf preuve contraire par le bailleur de leur caractère non déséquilibré. La preuve apportée par le bailleur pourrait être la démonstration d'un équilibre au regard de l'économie du contrat si l'on transcende la clause grise. Il revient au juge d'apprécier et de sanctionner lorsque le déséquilibre significatif est manifeste.

2- La sanction du déséquilibre significatif

La sanction du déséquilibre significatif permet de protéger la partie faible au contrat contre les abus de la partie forte en raison « *de l'asymétrie de puissance à l'origine de l'adhésion* »¹⁵². Cette partie faible peut parfois être un professionnel en l'occurrence un preneur à bail dans un centre commercial. Un auteur souligne à ce propos que « *le droit de la consommation n'a pas le monopole des faibles et de l'abus. Il est, par conséquent, légitime que les mêmes causes provoquent les mêmes effets, que les mêmes clauses provoquent les mêmes sanctions* »¹⁵³. Toutefois, certaines précautions peuvent être prises, à titre préventif, afin d'éviter les sanctions, à tout le moins celles judiciaires. Cette prévention passe par la mise en place au niveau de l'espace OHADA d'un organe paritaire qui pourrait non seulement proposer des règles aux acteurs en se basant sur les bonnes pratiques¹⁵⁴ mais aussi résoudre les différends de manière amiable¹⁵⁵. Au sein des États, des cadres

¹⁵⁰ Article 117 de l'AUDCG.

¹⁵¹ Articles R-212-1 du Code de la consommation (pour les clauses dites noires) et R-212-2 du même Code (pour les clauses dites grises). V. égal. M. Béhar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G*, 2016, 391

¹⁵² L. Molina, *La prérogative contractuelle*, Thèse de doctorat, Université de Paris- I, 2020, n° 273, p. 301.

¹⁵³ D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012. 276.

¹⁵⁴ Des chartes peuvent être proposées dans ce cadre.

¹⁵⁵ Tel est le cas dans le domaine des inventions de salariés pour lesquelles une commission paritaire existe en droit français (article L.615-21 du Code de la propriété intellectuelle français).

de dialogue et de concertation peuvent être promus afin de fédérer les acteurs à l'instar du Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) en France. Pour lutter contre les abus, le droit OHADA pourrait prévoir des règles analogues à celles du droit du travail et exigeant qu'à compter d'une certaine surface ou d'un nombre de preneurs exploitant une activité dans le centre commercial, des organes représentatifs soient établis et des règlements intérieurs soumis à leur avis¹⁵⁶.

S'agissant de la sanction proprement dite d'une clause comportant un déséquilibre significatif dans le cadre d'un contrat d'adhésion, deux types de sanctions sont généralement proposés : la nullité du contrat d'un côté ou l'éradication de la clause¹⁵⁷ (ainsi réputée non écrite) de l'autre.

D'une part et au sujet d'un bail dans un centre commercial, la nullité du contrat doit être écartée comme sanction, dans la mesure où elle emporte des effets trop drastiques¹⁵⁸ et ne constitue pas la sanction la plus indiquée pour des contrats à exécution successive. Par ailleurs, anéantir tout un contrat pour une ou quelques clauses qui déséquilibrent les droits et obligations paraît inapproprié. C'est la raison pour laquelle une autre sanction plus mesurée devrait prospérer davantage : éradiquer la clause pathogène.

D'autre part, la sanction la plus répandue dans plusieurs législations, consiste à considérer non écrite la clause portant déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion¹⁵⁹. Cette sanction¹⁶⁰ semble plus protectrice pour le preneur car tout en annihilant les effets de cette clause, elle permet de « sauver »¹⁶¹ le contrat et partant, de protéger « *la propriété* » du fonds. Elle est donc plus en phase avec les intérêts du preneur, partie dont on souhaite renforcer la protection, et est du reste conforme à l'article 113 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui sanctionne le déséquilibre significatif relevant d'un contrat d'adhésion¹⁶². En droit français, la sanction de principe de l'atteinte au droit de « *propriété* » du fonds du preneur est de réputer la

¹⁵⁶ Articles 114 et s. du code du travail togolais.

¹⁵⁷ Du latin : « *pro non scripto habetur* ».

¹⁵⁸ L'anéantissement du contrat que provoque, par principe, la nullité n'est pas favorable au preneur qui perdrait par cette sanction la propriété du bail. V. égal. G. Ripert, « Ordre économique et contrats », *Mélanges dédiés à François Gény*, t. II, 1935, Paris, Sirey, p. 347.

¹⁵⁹ Article 1171 du Code civil français notamment. Par ailleurs, c'est cette sanction qui est prévue par le législateur français pour certaines clauses dans le cadre de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

¹⁶⁰ Pour une étude générale, v. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

¹⁶¹ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite, op.cit.*, n° 7.

¹⁶² Article 113 de l'avant-projet.

clause concernée non écrite¹⁶³. Le droit OHADA, pour l'instant, n'érige pas cette sanction à titre de principe contre les clauses emportant déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Une telle prévision permettrait de prolonger la protection offerte par le statut. Le législateur s'assurerait ainsi de ce que la protection offerte par le statut ne soit pas évincée par le primat d'une volonté, sous couvert de la liberté contractuelle.

Conclusion

La protection du preneur à bail se justifie par sa situation de faiblesse à l'égard du bailleur. Un déséquilibre des situations et des forces est généralement observé et entraîne conséquemment des risques d'instabilité pour l'exploitation du fonds du locataire. Ce déséquilibre est d'autant plus prégnant entre les parties dans le cadre d'un bail conclu dans un centre commercial. Il appelle une protection qui passe par le renforcement du statut protecteur du preneur en droit OHADA.

Le statut actuel laisse une place importante à la liberté contractuelle afin que les parties puissent adapter le bail à leurs réalités. Cette liberté accordée par le droit OHADA, une fois quelques garde-fous posés, est conforme à la nature même de l'opération qui demeure un contrat et aux standards des droits modernes qui réduisent les dispositions statutaires au profit de la liberté contractuelle¹⁶⁴. Cependant, force est de constater que l'édifice du droit positif OHADA tangué pour plusieurs raisons. La spéculation foncière existante et le besoin en locaux des professionnels accroissent la puissance économique du bailleur d'un centre commercial. Cette puissance économique est renforcée par les dispositions de l'OHADA dont certaines fragilisent la situation du preneur. Enfin et surtout, l'essence même de la relation qu'entretiennent les parties à un bail dans un centre commercial exige une attention particulière et une protection renforcée du preneur afin que celui-ci puisse conserver la « propriété du bail » qui assure la pérennité de son exploitation. Le contexte économique des États de l'espace OHADA requiert une telle protection comme cela a été le cas naguère avec la protection générale accordée par le statut des baux¹⁶⁵. Le législateur OHADA peut parvenir à cet équilibre soit en consacrant un chapitre au bail dans les

¹⁶³ L'article L. 145-15 du Code de commerce français dispose que : « *Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54* ».

¹⁶⁴ M.-A. Le Floch, *Le bail commercial dans les centres commerciaux*, Thèse de doctorat, Université Paris II – Panthéon-Assas, 2018, pp. 22 et s.

¹⁶⁵ Décret n° 53 -960 du 30 septembre 1953, *JORF*, 01/10/1953 ; v. egal. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946, p. 180 ; D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, op.cit., n° 164.

centres commerciaux soit en renforçant la protection du preneur dans le statut général avec quelques précisions à l'égard de cette situation particulière des parties au bail dans un centre commercial.

L'étude du bail en centre commercial démontre une confrontation : propriété du bail du preneur contre propriété du bien du bailleur avec pour toile de fond un choix entre le renforcement de la liberté contractuelle et le statut¹⁶⁶. Elle opte au renforcement du second pour une préservation du fondement de la première qui est une négociation libre¹⁶⁷ dans laquelle une partie n'abuse pas du déséquilibre des armes économiques qui se traduirait en déséquilibre significatif des droits et obligations. Un chapitre spécifiquement dédié au centre commercial dans le bail à usage professionnel du droit OHADA, permettra de maintenir les vertus d'une telle confrontation car au fond, les intérêts principaux des parties convergent : assurer la rentabilité du centre commercial. Au fond, comme le souligne un auteur, les parties sont interdépendantes : « *La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais ont besoin de s'associer* »¹⁶⁸.

¹⁶⁶ En référence à l'article de F. Monéger, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI*, 2000, p. 484.

¹⁶⁷ G. Ripert affirmait : « *Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, (...) arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de la force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du Code civil* », *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935, cité par C.-M. Pégion-Zika, *La notion de clause abusive*, Thèse de doctorat, Paris II, 2013, p. 1.

¹⁶⁸ L. Aynes, « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003, p. 324.

Peuple contrevenant et tolérance coupable

Par :

LOUAHEUBE BEATRICE PAGOU

Doctorante en droit privé

Université de MAROUA (Cameroun)

Page | 541

Résumé :

En décembre 2019, les médias internationaux divulguaient des informations relatives à l'apparition d'un nouveau virus : « coronavirus » dont le nom dérivait de sa forme comme une couronne. L'on était loin de s'imaginer l'ampleur qu'allait prendre cette pandémie et les conséquences juridiques qui en découleraient.

Déferlant la chronique, en mars 2020, les premiers cas de covid19 ont été détectés à N'Djamena au Tchad. Il s'en est suivi une kyrielle de textes juridiques allant dans tous les sens. Sans avoir préalablement décrété un état d'urgence sanitaire, plusieurs décrets et arrêtés portant sur des mesures de restrictions ont vu le jour. La majorité de ces mesures constituaient une entrave aux libertés publiques au point où les populations avaient du mal à les respecter. La violation des mesures barrières était flagrante et constituait une contravention tombant sous le coup des dispositions de l'article 518 de la loi n°001/PR/2017 portant Code pénal en vigueur au Tchad du 08 mai 2017.

La répression de la violation des mesures barrières par les agents de force de l'ordre a entraîné des bavures policières et a aussi ouvert de brèche à la corruption pour la perception des amendes. L'impérieuse nécessité de concilier la notion d'ordre public et celles des libertés publiques sans impunité s'est fait sentir, car tolérer cette violation serait source de culpabilité pour les forces de l'ordre et engagerait leur responsabilité. S'il est donc indispensable d'imposer des restrictions portant atteintes aux libertés publiques pour une question de santé publique, l'Etat garant de ces libertés devrait penser à d'autres alternatives pour les populations et surtout à la relance économique pendant cette crise sanitaire.

Mots clés : Covid19, Violation, contravention, mesures barrières, culpabilité.

Introduction

L'acceptation des opinions d'autrui même si on ne les partage pas ou simplement l'acceptation de l'autre avec ses différences, c'est ce qu'est la tolérance¹. La notion de tolérance qui consiste en une attitude d'accepter sans autoriser formellement quelque chose qu'on est en droit d'interdire, de rejeter ou de refuser a acquis le rang d'une valeur dans une société au bout du gouffre de la violence, une société en proie à la haine et livrée à la loi des seigneurs. Lorsqu'elle perdure et s'impose à tous les actes sociaux et antisociaux, elle devient coupable.

Page | 542

Elle est une des valeurs prônées dans les grands textes internationaux des droits de l'Homme visant à lutter contre les discriminations et la protection des groupes vulnérables. C'est aussi ce que fait le Droit Pénal qui assure la protection des droits de l'Homme face à des violations². Il semble difficile parfois de comprendre que le Droit Pénal puisse assurer la protection des droits de l'Homme tant le pénal est défini au sens de l'incrimination et de répression. Mais cette répression protège contre les violations des droits de l'homme d'où leur interdépendance et inter connexité.

La tolérance revêt la culpabilité lorsqu'elle accepte les différences d'autrui constitutifs d'actes antisociaux. C'est-à-dire des actes allant à l'encontre des valeurs sociales, et qui portent atteinte aux droits de l'homme, à la dignité humaine. Ces actes n'ont pas généralement assez d'ampleur et ne sont pas dans certains pays classés au rang de crime. Il s'agit des actes classifiés dans la catégorie des infractions en termes de contraventions.

Par contravention, l'on entend une infraction aux lois et aux règlements qui relève des tribunaux de simple police. Elle relève d'une attitude qui marque l'opposition et l'hostilité à une loi ou un règlement. Les individus qui commettent cette catégorie d'infraction dite « contravention » sont appelés des contrevenants. Ces derniers se démarquent par leur attitude contraire à une règle, une prescription, une mesure sociale. Le peuple, dans son sens premier, est un ensemble d'êtres humains vivant en société, formant une communauté culturelle, et ayant en partie une origine commune. C'est aussi l'ensemble des personnes soumises aux mêmes lois et qui

¹ GUILLOU Michel et MOINGEON Marc, *Dictionnaire Universel Francophone*, Hachette Edicef, 2007, p. 1563.

² Decaux Emmanuel et Bienvenu Noémie, *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, Edition Documentation française, 2015, p. 13/833.

forment une nation³. Cette considération du mot peuple est celui d'un peuple constituant une nation. Mais en tant qu'ensemble de personnes habitant un pays, il s'agit d'une population.

Parler d'un peuple tchadien comme l'intitule si bien l'hymne nationale du Tchad appelée « *La Tchadienne* », revient simplement à parler de la population tchadienne. L'ensemble des personnes vivantes sur le territoire de la République du Tchad et ayant la nationalité tchadienne, loin d'être un peuple-nation, constitue un peuple soumis aux mêmes lois⁴. Ces lois, parlons-en

Généralement les textes édictés sont mis ensemble et contenu dans un document unique appelé Code. Cet ensemble de textes « juridiques » qui définissent les infractions et les sanctions applicables, lorsqu'il est codifié, devient le Code Pénal. Dans chaque pays, il en existe pour permettre d'encadrer la vie en société. Le Tchad n'en fait donc pas l'exception, et mieux encore, le Code Pénal en vigueur au Tchad a été mis à jour à travers un nouveau code pénal adopté le 12 décembre 2016 par l'Assemblée Nationale, promulgué par le Président de la République et est entré en vigueur le 08 Mai 2017⁵.

Il ne fait aucun doute que courant décembre 2019, un nouveau virus appelé « *corona virus* » a fait son apparition en Chine dans la ville de Wuhan. Après avoir fait des milliers de morts, le virus dénommé aussi Covid19⁶ avait atteint l'Europe, décimant la population Italienne, Espagnole et puis touchant le continent Américain, il y a fait plus de quatre-vingt mille morts. Pendant ce temps, le continent africain voyant venir le danger n'a pas pris de mesures adéquates et certains Etats africains s'étaient permis de rapatrier certains de leurs ressortissants vivants dans les pays d'Europe où le virus sévissait. Cette pandémie mondiale n'ayant épargné aucun pays avait atteint l'Afrique et très rapidement le virus s'était répandu dans tous les pays du Continent, commençant par les pays limitrophes au continent européen, c'est-à-dire le Maghreb et touchant même les pays

³ <https://fr.m.wikipedia.org>

⁴ DJIMRABAYE BOURNGAR, *Lettre ouverte à Monsieur le Président IDRIS DEBY ITNO, Président de la République du Tchad*, 27 Avril 2020. Car lorsqu'il y a au sein du « racisme communautaire » au sein d'un peuple de même race en termes de différenciation sociale « sara » appelé encore « kirdi », il n'y a pas encore le sens de la cohabitation sociale.

⁵ Loi N°001/PR/2017 portant Code Pénal, République du Tchad.

⁶ Acronyme du Corona Virus dont les initiales sont COVI, apparu en Décembre 2019 d'où l'initial de D 19, qui fait CoViD19

situés en plein cœur du continent dont le Tchad, exactement comme lorsqu'il attaque les poumons au centre du corps humain.

Sachant que cette pandémie n'épargnerait pas le Tchad, les autorités gouvernementales tchadiennes ont décidé avec le Ministère de la Santé, de se préparer pour faire face à cette situation à venir. Mais l'on ne saurait jamais assez se préparer si on ne connaît pas la taille de l'adversaire ou l'on ne saurait se préparer convenablement si l'on sous-estime la force de l'ennemi. Le Corona virus, cet ennemi a été peut-être sous-estimé à cause des nombreux rumeurs véhiculés autour de ce virus qui tantôt ne pouvait résister à une température supérieure à vingt-six degré et que le Tchad en cette période du mois de mars avait une température variant autour de quarante degré, alors que ce virus vivait déjà dans un organisme humain dont la température est de trente-sept degré. C'est en se nourrissant de cette illusion qu'un site avait été aménagé tenant lieu de laboratoire dans un quartier périphérique de la ville de N'Djamena à Farcha, afin d'y isoler si non d'y mettre en quarantaine toutes les personnes qui seront atteintes de ce virus pour tout le Tchad ! Un site dans un quartier de la Capitale politique pour tout le Tchad comme si les autres provinces du Tchad ne seront point touché par cette pandémie mondiale. C'est à croire que ces provinces ne font peut-être pas partie du monde alors ! Une cellule de veille et de sécurité avait été créé à cet effet par Arrêté n°006/PR/2020 du 13 mars 2020.

Quand bien même que les pays voisins du Tchad aient enregistré des cas, le peuple tchadien continuait de croire que ce virus était un mythe et qu'il n'atteindrait pas leur pays, un virus qui ne tuait que les blancs et que le peuple tchadien, peuple noir, habitué aux conditions d'hygiène médiocre résisterait mieux devant cette pandémie. Malgré les cris d'alarme de l'Organisation Mondiale de la Santé qui, fut-il un souhait, ne cessait de mettre en garde les Etats africains, prédisant comme si elle serait devenue un devin ou un voyant que « *l'Afrique doit se préparer au pire* »⁷. La réalité a semé une confusion totale dans les deux camps, chez les tchadiens qui pensaient que ce virus était un mythe et qu'il n'arriverait pas au Tchad et au sein de l'Organisation Mondiale de la Santé, car malheureusement pour elle, les africains n'en mourraient pas assez et qu'un pays africain, le Madagascar, avait découvert et mis en place le remède contre ce virus.

⁷ TEDROS ADHANOM GHEBREYESUS, Ministre Ethiopien de la santé, patron de l'OMS, déclaration lors d'une conférence de presse virtuelle le 18 Mars 2020. <https://www.jeuneafrique.com> Consulté le 14 Mai 2020.

C'est dans cette atmosphère de crise sanitaire mondiale que le Tchad enregistra son premier cas d'une personne atteinte testée positive au corona virus le 19 mars 2020 par le biais d'un expatrié⁸. Là encore, pendant que ceux qui étaient à jour de l'actualité commençaient par craindre le pire, certains disaient que c'était la maladie des étrangers et comme preuve de leur allégation, aucun tchadien ne serait atteint. Dans un souci de conformisme, le gouvernement tchadien avait procédé à la suspension des cours et fermeture des établissements scolaires. Curieusement, c'est à ce moment qu'une distraction apparaît. Pendant que la situation sanitaire était devenue une nécessité sur laquelle une concentration de l'exécutif s'impose, BOKO HARAM, cet autre ennemi, trouve ce moment opportun pour commettre un attentat dans la région du Lac-Tchad. Très sensible à la question de la sécurité nationale, cet acte réussit à détourner l'attention du gouvernement sur la situation sanitaire et l'a amené à réagir. Deux décrets furent enregistrés et publiés le même jour portant institution de l'Etat d'urgence dans la province du Lac et le déclarant comme zone de guerre⁹.

Cette distraction avait effectivement produit son effet car elle avait mobilisé le chef de l'Etat et l'Armée Nationale Tchadienne à se déplacer dans la Province du Lac pour « livrer la guerre à Boko Haram ». De retour à N'Djamena, la situation sanitaire devant être gérée, obligea le chef de l'Etat à faire une déclaration hâtive au peuple tchadien en date du 24 mars 2020 pour rassurer la population par rapport à la gestion de la situation sanitaire. C'est alors à ce moment qu'un Décret devrait instituer un Etat d'urgence Sanitaire sur l'ensemble du territoire national de la République du Tchad et donner plein pouvoir à la cellule de veille et de sécurité créé le 13 mars 2020 pour prendre les mesures adéquates en vue de lutter contre la propagation du corona virus. Mais cet Etat d'urgence sanitaire n'avait pas précédé les mesures prises par la cellule de veille et de sécurité, il a fallu une acrobatie juridique hors du commun pour que le gouvernement se rattrape.

Par Etat d'urgence, il faut entendre une situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative se trouvent renforcés et élargis pour faire face soit à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit à des événements présentant par leur nature et leur gravité

⁸ <https://www.tchadinfos.com> Consulté le 20 Mai 2020.

⁹ Décret N°0379/PR/2020 portant institution de l'Etat d'Urgence dans les Départements de Fouli et de Kaya, Province du Lac en République du Tchad du 26 Mars 2020.

Décret N°0380/PR/2020 Déclarant « Zone de guerre », les Départements de Fouli et de Kaya dans la Province du Lac en République du Tchad du 26 Mars 2020.

le caractère de calamité publique¹⁰. C'est une situation pouvant ou non résulter des circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure.

La gestion de la pandémie du Corona virus a créé une circonstance exceptionnelle qui justifiait que l'administration passe outre certaines exigences de forme et de procédure, et c'était cela qu'il fallait expliquer au peuple avant de produire des textes bihebdomadaires. Devant ces manquements, les dispositions de l'article 518 du Code pénal¹¹ en vigueur au Tchad ont été visées

¹⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Edition 2018, Janvier 2018, p.1054.

¹¹ Loi N°001/PR/2017 portant Code Pénal en République du Tchad, Livre III : Des contraventions de simple police. **Article 518** : « Seront punis d'une amende de 2000 à 20 000 francs et pourront l'être en outre, de l'emprisonnement jusqu'à quinze (15) jours au plus :

. Torts et dommages volontaires :

- 1- Les auteurs ou complices de rixes, voies de fait ou violences légères, pourvu que les coups portés n'aient entraîné aucune incapacité de travail ;
- 2- Ceux qui, sans avoir été provoqué, auront proféré contre quelqu'un des injures autres que celles prévues par la loi sur la presse ;
- 3- Ceux qui auront, sans nécessité, commis un acte de cruauté envers un animal, domestique ou non ;
- 4- Ceux qui, hors les cas prévus aux articles 396, 397, 398 et 471 du présent Code, auront volontairement causé du dommage aux propriétés mobilières et animaux domestiques d'autrui ;
- 5- Ceux qui auront volontairement détourné ou indûment utilisé des eaux destinées à l'irrigation par la loi ou par des dispositions réglementaires émanant de l'administration ou d'organismes de distribution ou par la coutume ;
- 6- Ceux qui, hors les cas prévus à l'article 396 du présent Code, auront abattu, mutilé ou écorché des arbres dont ils ne sont pas propriétaires ;
- 7- Ceux qui auront jeté des pierres ou d'autres corps durs ou des immondices contre les maisons, édifices ou clôtures d'autrui ou dans les jardins ou enclos ;
- 8- Ceux qui, sans y être autorisés, auront effectué des inscriptions ou apposé des affiches sur un bien meuble ou immeuble appartenant à autrui ;
- 9- Ceux qui, sans être dûment autorisés, auront enlevé des chemins publics, les gazons, terres, pierres ou qui, dans les lieux appartenant aux communes, auront enlevés les terres ou matériaux, à moins qu'il n'existe un usage général qui l'autorise.

Dommmages involontaires :

- 10- Ceux qui par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, auront involontairement été la cause des blessures, coups, maladies ou dommages n'entraînant pas une incapacité de travail supérieure à six (6) jours ;
- 11- Ceux qui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, auront causé l'incendie des propriétés mobilières ou immobilières appartenant à autrui ;

Troubles à l'ordre ou à la paix publique :

- 12- Les auteurs ou complices de bruits, tapages ou attroupements injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité des habitants ;
- 13- Les gens qui font métier de deviner, de pronostiquer, d'expliquer les songes, ceux qui se parent de la qualité de sorciers pour influencer les populations ;
- 14- Ceux qui, sans autorisation, auront établis ou tenus dans les lieux publics des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard ;
- 15- Ceux qui auront exposé ou fait exposer dans les lieux publics des affiches ou images contraires à la décence ;
- 16- Ceux qui auront refusé de recevoir les espèces et monnaies nationales non fausses ni altérées, pour la valeur pour laquelle elles ont cours ;

pour être appliqué à ce peuple contrevenant. Le peuple tchadien, il faut se le dire est constitué des contrevenants à bien lire les dispositions de l'article 518 du Code Pénal en vigueur au Tchad, car au quotidien l'assiste à des acte de contravention. Lorsqu'il faut réprimer, les policiers et gendarmes le font exagérément que l'on doit crier « halte aux bavures policières », ce qui amène à tolérer ces comportements antisociaux.

- 17- *Ceux qui auront rédigé, confectionné ou incité à rédiger ou confectionner des pétitions, lettres ou documents au nom d'une collectivité sans être mandatés par celle-ci pour le faire, et ceux qui font usage de ces lettres, pétitions ou documents, connaissant leur caractère abusif ;*
- 18- *Ceux qui, hors des cas prévus par d'autres dispositions de la loi, auront publiquement revêtu un costume présentant une ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public avec les uniformes définis par les textes réglementaires ;*
- 19- *Ceux qui auront refusé d'obéir à un ordre réglementaire donné par un agent administratif ou de la force publique dans l'exercice de ses fonctions ;*
- 20- *Ceux qui auront refusé, sans motif légitime, de donner des renseignements à une autorité régulièrement habilitée à les obtenir ou qui lui auront sciemment communiqué des renseignements faux.*

Contraventions d'urbanisme ou de voirie :

- 21- *Ceux qui auront jeté ou exposé devant leurs édifices des choses de nature à nuire par leur chute ou par des exhalaisons insalubres ;*
- 22- *Ceux qui auront négligé de nettoyer les rues ou passages dans les localités où ce soin est laissé à la charge des habitants ;*
- 23- *Ceux qui auront embarrassé la voie publique en y déposant ou en y laissant sans nécessité des matériaux ou des choses quelconques qui empêchent ou diminuent la liberté ou la sûreté du passage ;*
- 24- *Ceux qui, en contravention aux lois et règlements, auront négligé de signaler les matériaux par eux entreposés ou les excavations par eux faites sur la voie publique ;*
- 25- *Ceux qui auront négligé ou refusé d'exécuter les règlements ou arrêtés concernant la petite voirie, ou d'obéir à la sommation émanant de l'autorité administrative, de réparer ou démolir les édifices menaçant ruine ;*
- 26- *Les conducteurs de charrettes qui auront contrevenu aux règlements par lesquels ils sont obligés de se tenir constamment à portée de leurs bêtes de trait et de leurs voitures, et en état de les guider et conduire.*

Défauts de surveillance :

- 27- *Ceux qui auront laissé divaguer, dans un lieu habité, des animaux susceptibles de nuire à la sécurité de la circulation ;*
- 28- *Ceux qui auront laissé divaguer des fous étant sous leur garde ou des animaux malfaisants ou féroces ;*
- 29- *Ceux qui auront excité ou n'auront pas retenu leurs chiens, lorsqu'ils attaquent ou poursuivent les passants, quand même il n'en serait résulté aucun mal ni dommage ;*

Défauts d'assistance :

- 30- *Ceux qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les travaux ou de prêter le service ou le secours dont ils auront été requis, dans les circonstances d'accident, de calamités publiques ainsi que dans les cas de brigandage de flagrant délit ou de clameur publique.*

Inobservation de certaines obligations :

- 31- *Ceux qui auront négligé de détruire les insectes ou animaux nuisibles quand ce soin est prescrit par la loi ou les règlements ;*
- 32- *Les hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, qui auront négligés d'inscrire de suite de registre tenu régulièrement, les noms, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une nuit dans leurs maisons ; ceux d'entre eux qui auront manqué à présenter ce registre aux époques déterminées par le règlement, ou, lorsqu'ils en auront été requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, ou aux citoyens commis à cet effet ».*

Est-ce à dire que la tolérance du gouvernement face à ces comportements inciviques d'un peuple contrevenant serait coupable ?

Pourquoi avoir visé les dispositions de cet article si l'obligation du port des masques n'était pas respectée pendant la période de gestion de la crise sanitaire du corona virus ? La transposition et le « copier-coller » se voulant un peu réfléchi, même cet acte peut échapper à toute une équipe lorsqu'il manque une organisation. Il faut se donner des moyens pour toute action et c'est par là que les choses ont effectivement commencé. Un fonds a été alloué par le Gouvernement, et constitué des contributions des ONG Internationales et Nationales, des dons et legs des entreprises, des personnes de bonne volonté et toutes autres ressources pour contribuer à la lutte contre la pandémie du Covid 19 et versé dans un compte d'affectation spéciale dénommé « Fonds Spécial de lutte contre le Corona Virus en abrégé « FS Covid-19 »¹². Serait-ce sur ce fonds que la subvention du prix des masques avait été faite ? Puisqu'il a fallu annuler le premier communiqué du port obligatoire des masques, le prix était passé de cinquante francs (50F.cfa) à cinq cent francs (500F.cfa), afin de permettre d'abord que ces masques soient à la portée de la population avant d'exiger son port par tous. A cet effet, toute personne ne respectant pas cette mesure, tombait sous le coup des dispositions de l'article 518 al. 2 point 10 sur les *Dommages involontaires* qui prévoit que : « *Ceux qui par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, auront involontairement été la cause des blessures, coups, maladies ou dommages n'entraînant pas une incapacité de travail supérieure à six (6) jours* ». La sanction étant prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article susvisé « *Seront punis d'une amende de 2000 à 20 000 francs et pourront l'être en outre, de l'emprisonnement jusqu'à quinze (15) jours au plus* ».

Il convient donc de montrer en quoi le non-respect du port des masques et des mesures barrières constituent une contravention au regard de la loi (I) et de démontrer que la tolérance de ces contraventions impunies rend coupable les autorités ayant instituées ces mesures (II).

I- LA VIOLATION DES MESURES BARRIERES DEFINIE COMME CONTRAVENTION AU SENS DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 518 DU CODE PENAL

Par mesures barrières, il faut entendre le lavage régulier des mains à l'eau et au savon, l'utilisation du gel-hydro alcoolique pour se désinfecter les mains, Ne pas s'embrasser, ne pas se saluer avec

¹² Décret N°0374/PR/MFB/2020 portant création d'un compte d'affectation Spéciale intitulé « Fonds Spécial de lutte contre le corona virus » Signé le 24 Mars 2020 à N'Djamena.

les mains, respecter la distanciation sociale d'un mètre, tousser entre le coude, éviter de se toucher fréquemment les yeux, le nez et la bouche, porter le masque pour limiter la propagation du virus, éviter les endroits trop fréquentés et où il y a assez de personnes (plus de cinquante personnes)¹³. Ce ne fut qu'au mois d'avril que le Tchad a commencé véritablement à instaurer des mesures tendant à limiter la propagation du virus après les premiers cas et la croissance fulgurante du nombre des cas. L'instauration des mesures de temps de crise et d'urgence sanitaire à travers des décrets constituait l'incrimination des actes de contravention pendant cette période de crise (A), mais ces actes étaient déjà devenus des habitudes à la peau dure dont le peuple n'arrivait pas à les abandonner. Face à ces mesures, l'on observait les comportements inciviques des citoyens tchadiens cherchant à les justifier par l'instinct de survie (B).

A- L'Incrimination des actes constitutifs de contraventions contre les mesures barrières

Conformément aux dispositions de l'article 127 de la Constitution de la République du Tchad promulgué le 04 mai 2018, « *La loi est votée par l'Assemblée Nationale dans le respect de la répartition des compétences entre l'Etat central et les collectivités autonomes. La loi fixe les règles concernant :*

. L'état de siège et l'état d'urgence¹⁴ ». Pendant que la cellule de veille prenait déjà des mesures dites pour éviter la propagation du virus en restreignant les droits et libertés fondamentaux des citoyens consacrés par la loi fondamentale qui est la Constitution, il a fallu une interpellation publique faite par un juriste publiciste pour qu'il y ait une déclaration de l'état d'urgence sanitaire pour que cela soit fait¹⁵. Le risque était que toutes ces décisions pouvaient être attaquées si seulement l'état d'urgence sanitaire n'avait pas été déclaré alors que lesdites décisions violaient les droits et libertés des citoyens, ce sont notamment les cas du Décret N°0499/PR/2020 portant instauration du Couvre-feu dans les provinces du Logone Occidental, du Logone Oriental, du Mayo-Kebbi Ouest, du Mayo-Kebbi Est et dans la ville de N'Djamena en République du Tchad (1) et de l'Arrêté N°027/PR/MDNSACVG/2020 portant fermeture de certains lieux publics de divertissement et récréation sur l'ensemble du Territoire National (2) dont le non-respect constitue une contravention.

¹³ <https://www.doctissimo.fr/sante/epidemie/coronavirus-chinois/prevention-coronavirus> Coronavirus, l'essentiel de l'actualité; Consulté le 18 mai 2020 à 13h.

¹⁴ Constitution de la République du Tchad, IV^e République promulgué le 04 mai 2018.

¹⁵ Débat du 12 avril 2020 sur le Plateau de la Chaine Electron TV, Dr. SITACK

1- Le non-respect des horaires du Couvre-feu prévus par le Décret N°0499/PR/2020 du 02 avril 2020

Le Décret N°0499/PR/2020 portant instauration du Couvre-feu dans les provinces du Logone Occidental, du Logone Oriental, du Mayo-Kebbi Ouest, du Mayo-Kebbi Est et dans la ville de N'Djamena en République du Tchad qui visait la Constitution, et une ordonnance de 1962 relative à l'état d'urgence, avait instauré un couvre-feu à compter du 02 avril 2020 de 19h00 à 06h00 pour une période de deux (2) semaines renouvelable. Ce Décret promulgué avant la déclaration de l'état d'urgence n'était pas justifié et constituait une atteinte à la liberté de circulation. La déclaration de l'état d'urgence le justifie et lui donne de la légitimité.

Mais en quoi le fait pour un citoyen de se promener la nuit peut-il être un facteur de propagation du virus ? Le gouvernement n'avait-il pas des moyens de confiner totalement la population d'où l'instauration du couvre-feu comme une mesure alternative ? La deuxième interrogation semble avoir une réponse affirmative, car le plus souvent, c'est généralement autour de 19h que les travailleurs rentrés et après s'être reposés, sortent pour se détendre. Et comme l'Etat ne peut garantir à tout un chacun le pain quotidien, il faut laisser la population vaguer à ses occupations, sources de gagne-pain, mais limiter les autres sorties de détente. Dans le souci de limiter la propagation du virus, la nécessité de limiter le droit de circuler des personnes est nécessaire. Il s'agit là de la réalisation du droit à la santé dont l'amélioration et la promotion dépend de la participation de la population à la fourniture de services sanitaires préventifs et curatifs en respectant les mesures barrières et d'hygiène instaurées par le gouvernement et en participant aux décisions politiques liées au droit à la santé prises tant au niveau de la Communauté qu'au niveau national¹⁶.

Pourtant, les citoyens tchadiens ont trouvés cela anormal, et refusaient de respecter le couvre-feu dont la violation constituait une contravention et tombe sous le coup des dispositions de l'article 518 al. 3 point 12 du Code Pénal en vigueur au Tchad qui prévoit les troubles à l'ordre ou à la tranquillité publique en les qualifiant des : « auteurs ou complices de bruits, tapages ou attroupements injurieux ou nocturnes troublant la tranquillité des habitants » et « Seront punis d'une amende de 2000 à 20 000 francs et pourront l'être en outre, de l'emprisonnement jusqu'à quinze (15) jours au plus ». Le non-respect du couvre-feu par ceux qui se regroupent dans la nuit

¹⁶ ELY YAMIN Alicia, *Apprendre à danser, Santé publique et droits de l'homme ; une double perspective pour promouvoir le bien-être et la santé des femmes*, Nouveaux horizons, Paris 2009, p. 11/ 173 pp.

pour causer, tenir des réunions peut troubler la tranquillité du voisinage, mais encore plus, à ces heures, les mesures d'hygiène sont moins respectées¹⁷. L'éducation du public sur les mesures d'hygiène sanitaires et barrières contre le corona virus s'était avérée nécessaire. Il fallait commencer par inculquer le principe selon lequel les droits fondamentaux sont des droits naturels et dont le droit à la santé en fait partie, que l'on peut revendiquer sans y être autorisé¹⁸, quand bien même l'état d'esprit du citoyen tchadien voudrait que cela lui soit imposé par l'Etat. Ce dernier est accusé par les citoyens de tous leurs malheurs même quand il s'agit parfois de la responsabilité de chaque individu conscient.

La difficulté cependant, est qu'il existe réellement des cas où il fallait sortir de résidence pour des cas d'urgence pour certaines maladies, ou de nécessité pour apporter un corps, cadavre humain à la morgue dans la nuit, les agents de société de gardiennage et de sécurité devant sortir à 05h pour se rendre à leurs postes ; pour ne citer que ces cas-là, il a fallu revoir l'heure du couvre-feu à partir de 20h 00 à 05h au lieu de 19h 00 à 06h 00¹⁹.

Malgré la prise de décision non inclusive et le manque de participation du public à ces prises de décisions pendant la période de la gestion de crise sanitaire de la pandémie Covid19, certains mécontentements exprimés des populations ont été néanmoins pris en compte.

Par contre, certaines mesures ont plutôt durcies et ont afflués, notamment l'extension du couvre-feu aux provinces à travers Le décret N°0500/PR/2020 portant extension du couvre-feu dans les villes environnantes de la capitale telles que Mandelia, Logone-Gana et N'Djamena Farah à Guitté et le Décret N°0827/PR/2020 portant prorogation du couvre-feu sont entrés en vigueur le 29 avril 2020 après la déclaration de l'état d'urgence sanitaire le 25 Avril 2020 par le décret N°0708/PR/2020 et celles concernant la limitation des mouvements des personnes entre la ville de N'Djamena et les autres provinces, ainsi que la fermeture des établissements, des points de vente, et autres structures.

2- La violation de l'Arrêté N°027/PR/MDNSACVG/2020 portant fermeture des lieux publics de divertissement et de récréation du 15 avril 2020

¹⁷ Beaucoup auront déjà rangé leurs ustensiles de lavage de mains, et s'il faut s'alimenter dans un endroit public à cette heure, à cause de l'obscurité, l'on peut facilement avaler certains insectes qui se posent sur les aliments, et surtout qu'un repas en groupe est un risque de contamination.

¹⁸ ELY YAMIN Alicia, *Apprendre à danser, Santé publique et droits de l'homme ; une double perspective pour promouvoir le bien-être et la santé des femmes*, op. Cita p. 26.

¹⁹ Décret N°1000/PR/2020 portant prorogation du Couvre-feu signé le 13 mai 2020.

Les dispositions de l'Arrêté N°027/PR/MDNSACVG/2020 portant fermeture des lieux publics de divertissement et de récréation du 15 avril 2020 prévoient que : « Article 1^{er} : *Sont fermés jusqu'à nouvel ordre sur l'ensemble du Territoire National : tous les Cabarets, les bars, les casinos, les centres de jeux, et les restaurants.*

Article 2 : *Le regroupement de plus de cinquante (50) personnes est formellement interdit* ». Voici un Arrêté qui porterait atteinte aux droits et libertés fondamentaux cités à l'article 28 de la Constitution de la République du Tchad qui prévoit que : « *Les libertés d'opinion, et d'expression, de communication, de conscience, de religion, de presse, d'association, de réunion, de circulation, de manifestations sont garanties à tous* » n'eut été la déclaration de l'état d'urgence de crise sanitaire.

L'on ne devrait pas se préoccuper seulement de ceux qui viennent tirer profit ou prendre du plaisir dans ces lieux de divertissements, mais aussi de ceux qui travaillent pour le fonctionnement de ces lieux, ils en font leur gagne-pain. Et d'autre part, cela fait tourner l'économie nationale. Et par instinct de survie, certains tenanciers de ces lieux de récréation ont fait spontanément recours à des astuces pour fonctionner et avoir un peu de revenus quoi qu'en violation de ce arrêté qui constitue une contravention. Ils ferment normalement les portes de leurs établissements, mais le gérant continu normalement à faire fonctionner soit le bar, soit le restaurant, soit le lieu de grillage avec l'aide d'une sentinelle qui ouvre secrètement la porte à ceux des habitués qui viennent frapper, car connaissant très bien la stratégie. Ce comportement contrevenant vient du fait que sans avoir déclaré un état d'urgence de crise sanitaire et sans avoir sensibiliser convenablement la population à cet effet, cet arrêté n'était pas considéré comme une mesure pour faire face à la crise sanitaire. L'enjeu n'était pas assez perçu. La crise traduit généralement une situation troublée, souvent conflictuelle, qui en raison de sa gravité, justifie des mesures exceptionnelles²⁰. Or cette population semblait ignorer la portée de cet adage selon laquelle : « *lorsque la case du voisin prend feu, mouille la tienne*²¹ ». Pendant que les médias internationaux et nationaux ne cessaient d'en parler et que les pays voisins étaient atteints, la population tchadienne croyait être épargnée. Le gouvernement aussi avait minimisé l'ampleur que devrait prendre cette pandémie au Tchad.

²⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Edition 2018, Janvier 2018, p.290.

²¹ Adage populaire

Il a fallu que les cas commencent par se multiplier que le chef de l'Etat décide de s'adresser au peuple tchadien. Un discours d'appel à la vigilance, à la discipline, à la solidarité pour contenir la pandémie, mais sans aucune mesure concrète. Plutôt un constat d'état des lieux et de la situation²². Cette croissance fulgurante du nombre des cas de contamination était les dommages causés par la négligence de certains qui s'exposaient et la conséquence de la violation des mesures barrières prescrites par le gouvernement.

Cependant, l'on ne saurait reprocher au gouvernement sa lenteur lorsque chaque jour, l'on se heurte à l'insouciance, l'ignorance et l'incivisme du peuple qui prétend justifier ses comportements par des pratiques sociales entrées dans les mœurs et valeurs culturelles et par un instinct de survie en bravant certaines mesures afin d'exercer leurs activités commerciales.

B- Les comportements inciviques justifiés par l'instinct de survie et les pratiques sociales

Après l'interdiction des regroupements de plus de cinquante (50) personnes et au vue de la violation de cette prohibition par les populations, car, tout ne pouvait pas être réglé par la violence policière. Les autorités gouvernementales avaient compris la nécessité de vulgariser N°136/MDPDNSACVG/MIT/2020 portant règlementation des entrées, sorties et circulation dans la ville de N'Djamena les mesures de prévention contre le corona virus dans les médias d'où la décision N°013/HAMA/SG/20 de la Haute Autorité des Médias et de l'Audiovisuel (1) et les Arrêtés N°79/PR/MATCTD/DGM/2020 portant règlementation du processus de la gestion d'une dépouille consécutive pendant cette période et (2).

1- La nécessité de la vulgarisation des mesures de prévention contre le corona virus dans les médias par la décision N°013/HAMA/SG/20 de la Haute Autorité des Médias et de l'Audiovisuel

« Les médias sont devenus des acteurs de la vie politique et des instruments » et les « médias en Afrique noire sont le résultat d'un transfert de technologie » disait André-Jean TUDESQ²³.

Etant donné qu'ils constituent des techniques d'information et de communication, les médias du Tchad (radio, télévision, Journaux de presse écrite et électronique sur internet) ont été mobilisés à travers la Décision N°013/HAMA/SG/20 de la Haute Autorité des Médias et de l'Audiovisuel,

²² Message du chef de l'Etat à la Nation en date du 24 Mars 2020, Journal de la Radio Diffusion Nationale Tchadienne à 14h.

²³ TUDESQ (André-Jean), *Les médias en Afrique*, Coll. INFOCOM, édition ellipses, Paris 1999, p. 01/ 160 pp.

autorité administrative indépendante pour divulguer le maximum d'information sur les mesures de prévention contre le Covid19.

Malheureusement que cette décision s'est beaucoup appesanti sur la préservation de la santé des journalistes. S'il faudrait obéir à la règle selon laquelle « *la charité bien ordonnée commence par soi*²⁴ », la situation de cette crise sanitaire, n'épargnait personne et cette forte mobilisation devrait être au service de toute la population. Toutefois, les artistes utilisaient les médias pour faire passer des messages de sensibilisation à travers la musique, les comédies et sketch, des dessins sur des pages de couvertures des journaux de presses écrites avec des signes d'interdiction et des obligations²⁵. Bien avant cette maladie, le respect des conditions et règles d'hygiène, l'accès à une eau potable, l'assainissement sont les secrets du maintien d'un bon état de santé. *"L'eau et l'assainissement sont indispensables à la santé publique. Je dis souvent qu'ils en constituent la base, car lorsqu'on aura garanti à tout un chacun, quelles que soient ses conditions de vie, l'accès à une eau salubre et à un assainissement correct, la lutte contre un grand nombre de maladies aura fait un bond énorme*²⁶ » disait un directeur de l'Organisation Mondiale de la Santé. Malheureusement, même les hauts cadres dans certains pays ne détiennent pas ce secret.

Cette mission de sensibilisation par la presse devrait commencer au plus haut niveau, c'est-à-dire envers les membres du gouvernement, car, par présomption, leur sensibilisation avait été omise mais ce fut toute la société qui en a payé à ses frais. L'exemple de l'affaire Galmaye Tchoui Togou C/ Mahamat Abali SALAH en est une parfaite illustration²⁷. Si le non-respect des mesures barrières constitue une contravention tombant sous le coup des dispositions de l'article 518 du Code Pénal en vigueur au Tchad, le Ministre n'était pas épargné. La sensibilisation devrait commencer au sein du gouvernement et les membres devraient être tous appelés à montrer l'exemple. Car malgré les explications données par les membres du gouvernement interpellés par les députés lors de la séance plénière du 15 mai au palais de la Démocratie sur la gestion de la pandémie du Corona virus, les mesures de prévention ont été revues, la mise en quarantaine de la

²⁴ Adage populaire

²⁵ Les dernières de couvertures des Journaux « Le Sahel » N°105 du 19 mai 2020, Le Haut-Parleur N°057 du 20 mai 2020, TUDESQ (André-Jean), *Les médias en Afrique, Op. Cita.* « *Les caricatures sont accessibles à tous* ». p. 49.

²⁶ LEE Jong-wook, Directeur général de l'Organisation mondiale de la Santé, novembre 2004 https://www.who.int/water_sanitation_health/publications/facts2004/fr/ Consulté le 21 Mai 2020.

²⁷ GALMAYE TCHOUI TOGOU, un garde nomade posté devant l'Assemblée Nationale avait demandé au Ministre chargé de la sécurité, de la défense des anciens combattants et victimes de guerre Mahamat ABALI SALAH et à ses gardes de se laver les mains avant d'entrer dans l'enceinte de l'Assemblée Nationale, mais le Ministre et ses ont refusé de se laver les mains et ont sauvagement tabassé sieur GALMAYE. La Justice devrait en être saisie. Le Haut-Parleur N°057 du 20 mai 2020, p. 05.

ville de N'Djamena dont les limites ont été revus, la cellule de veille remplacée par un comité mais le lavage des mains méprisé par ce ministre est demeuré l'un des moyens primordial de prévention en plus du port obligatoire des masques et les gestes barrières. Ces gestes relèvent de l'hygiène dont l'observation améliore la qualité de notre quotidien, la qualité de l'eau et des aliments consommés, et entraîne la baisse de 35% à 39% de certaines maladies²⁸.

2- L'encadrement des pratiques sociales de la gestion des dépouilles et des mouvements de personnes dans la ville de N'Djamena par les arrêtés N°79/PR/MATCTD/DGM/2020 et N°136/MDPDNSACVG/MIT/2020

A l'impossible nul n'est tenu. Quel que soient les pratiques sociales témoignant les valeurs humaines de solidarité et de fraternité lors des obsèques, la pandémie du Corona virus a imposé une nouvelle donne incontournable. En vue d'éviter les risques de contamination et la propagation du virus, un Arrêté N°079/PR/MATCTD/DGM/2020 portant réglementation de la gestion d'une dépouille consécutive pendant la période de coronavirus a vu le jour. En son article 1^{er}, cet Arrêté prévoit que : « *la gestion d'une dépouille consécutive à un cas de CORONAVIRUS est réglementée comme suit :*

- 3- *Lorsque le décès est déclaré, les services des pompes funèbres des Mairies sont les seuls habilités à la prise en charge complète du corps (lavage, désinfection, mise en bière).*
- 4- *Le rite religieux se fait en présence de deux ou trois membres proches de la famille.*
- 5- *Le corps est transporté de la morgue directement au cimetière par les services de pompes funèbres.*
- 6- *La fosse pour l'accueil du corps est d'au moins deux mètres de profondeur et creusée par les services de pompes funèbres.*
- 7- *L'inhumation se déroule dans un cadre très limitatif, en présence de deux ou trois membres de la famille, en respectant les mesures de distanciation sociale. ».*

L'article 3 précise que pour le cas d'un décès survenu à la suite de la maladie de coronavirus, l'inhumation est faite le même jour du décès ou quarante-huit (48) heures au plus tard. Il est bien évident que dans ces conditions il manque la possibilité d'organiser des obsèques ordinaires. Pour éviter la contamination, il faut au plutôt enterrer les cadavres. Les proches membres de la famille du défunt résidant en provinces ou à l'étranger ne peuvent plus assister à l'enterrement à cause de

²⁸ Didier FASSIN, « La santé, un enjeu politique quotidien », *Revue Politique Africaine, Politiques de santé*, Karthala, Décembre 1987 ; p.08.

l'Arrêté conjoint N°036/MDPDNSACVG/MIT/2020 portant réglementation des Entrées, Sorties et Circulation dans la ville de N'Djamena.

La gestion de la dépouille intéresse l'ordre public en cette période de crise sanitaire car elle touche les deux composants de cet ordre que sont la sécurité publique et la salubrité publique. La police exerce une activité qui prévient les risques des accidents, de dommages aux personnes et aux biens en ce qui concerne l'aspect sécurité publique et prévient aussi les risques de maladie, de pollution et de toute autre atteinte à la santé publique pour l'aspect de la salubrité publique. La tranquillité publique quant à elle se classe dans la catégorie de la gestion du couvre-feu.

C'est dans ce rôle de préservation de l'ordre public pour prévenir les risques de maladie que les attroupements dans les places mortuaires ont été interdits. Et même si l'on ne peut s'en passer, le nombre restreint des personnes présentes aux obsèques doit observer scrupuleusement les gestes barrières. Ces pratiques sociales sont ancrées dans les habitudes de sorte qu'elles ont acquis rang de bonnes mœurs, de valeurs sociales. A la question de savoir si elles ont aussi une valeur juridique ? Ou quelle est la juridicité de ces pratiques ? Elles ne représentent qu'un devoir d'assistance moral mais non primordial car son inexécution n'est pas sanctionnée, et encore moins ne cause pas de dommages matériels.

C'est ainsi que dans le souci d'éviter le risque de propagation de la maladie de corona virus, ces pratiques sont prohibées et le slogan de « RESTEZ CHEZ VOUS » y est opposé.

La violation des mesures barrières continue et devient de plus en plus fréquente à cause de la tolérance des comportements inciviques de certains citoyens que la police ne réprime pas ou acceptent d'être soudoyer et laisse faire, d'où la culpabilité des autorités administratives dans la gestion de cette pandémie.

II- LA CULPABILITE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES TOLERANT LA VIOLATION DES MESURES BARRIERES

Un Etat de Droit signifie que les pouvoirs exécutif et judiciaire sont soumis au respect de la loi voté par le Parlement (Pouvoir législatif). La loi, en tant que expression de la volonté car, élaborée et adoptée par les représentants du peuple que sont les députés, devrait en principe être respectée sans une surveillance hiérarchique. Malheureusement, chaque jour, l'on assiste à des violations flagrantes des lois, soit par le peuple, soit par le corps de la police administrative qui est chargée d'en assurer le respect dans le but de maintenir l'ordre public. La police administrative est en

principe un instrument de réglementation de la vie publique²⁹. S'il ne faut pas réprimer les violations flagrantes des mesures barrières préconisées afin d'éviter les bavures policières, ce serait une tolérance coupable (A). Il est donc convenable de réprimer ces comportements inciviques en respectant scrupuleusement les dispositions légales et envisager l'après corona virus (B).

A- L'impunité de la violation des mesures barrières à cause des bavures policières

La mise en application de l'Arrêté conjoint N°036/MDPDNSACVG/MIT/2020 portant réglementation des Entrées, Sorties et Circulation dans la ville de N'Djamena devrait être garantie par la gendarmerie nationale, la police nationale et la garde nationale et nomade au sens de l'article 4 de cet arrêté. Or, l'imperfection du travail de la police, ce sont les bavures de leurs opérations. Le terme bavure est utilisé au sens figuré pour désigner ces imperfections consistant en des actes de violence, des faits contraires au droit et à l'éthique. Le phénomène de la corruption est très courant dans la police, pour le non-respect des mesures, au lieu de sanctionner comme la loi le prévoit, certains policiers laissent faire dès qu'on les amadou avec un peu d'argent ; sous prétexte que ce sont des amendes alors que cet argent n'entre jamais dans les caisses comme étant des amendes, mais dans les poches (1). Certains par contre, n'hésitent pas à recourir à la force et à la violence pour se faire obéir, et ces bavures parvenues à la hiérarchie, oblige la police à relâcher sa mission de surveillance et de mise en exécution de la loi (2).

1- La corruption ; cause de la tolérance coupable de la police

« La police administrative constitue l'ensemble des interventions de l'administration tendant à imposer la libre action des particuliers à la discipline exigée par la vie en société dans le cadre fixé par le législateur. Son contenu et sa finalité ne sont pas toujours bien perçus par l'ensemble de la communauté ou par les personnes non averties »³⁰. Mais cette réalité est aussi présente dans l'esprit de certains policiers eux-mêmes qui, par envie de gagner plus que ce qu'ils ont comme salaire, se versent dans des actes de corruption. Par corruption, il faut entendre une altération, une déformation, une dépravation, et dans le cas du présent contexte, c'est un moyen employé pour détourner quelqu'un de son devoir. Après être détourné de son devoir, le policier tolère des

²⁹ MAHAMAT ZENE YOUSOUF, *Le rôle de la Police dans un Etat de Droit*, Edition AL-MOUNA, Juillet 2015. p.12/ 50 pp.

³⁰ MAHAMAT ZENE YOUSOUF, *Le rôle de la Police dans un Etat de Droit*, Edition AL-MOUNA, Juillet 2015. p.12/ 50 pp

infractions qu'il ne devrait en principe pas tolérer. C'est cette tolérance, ce détournement de son devoir qui le rend coupable.

Aux termes des dispositions de l'article 192 du Code Pénal en vigueur au Tchad, la corruption passive des agents publics est réprimée. Les agents de force de l'ordre aussi sont des agents publics, et le fait d'agréer des offres ou de recevoir de l'argent des mains de contrevenants non à titre d'amende constitue une corruption passible d'une peine d'emprisonnement telle que définie : « *Est puni d'un emprisonnement de un (1) à dix (10) ans tout agent public qui a, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, sollicité ou agréé des offres ou promesses ou reçu des dons ou présents ou autres avantages indus pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, pour lequel aucune rémunération n'est légalement due.*

Cette peine est assortie de la peine complémentaire de confiscation prévue à l'article 28 du présent Code ».

Cette corruption est passive en ce sens que l'initiateur n'est pas l'agent public mais le contrevenant et l'agent public qu'est le policier devrait refuser de prendre ce présent, mais au lieu de cela, il accepte cet avantage indu pour lui-même ou son supérieur pour poser un acte de ses fonctions alors qu'aucune rémunération ne devrait être prise pour l'acte posé. Généralement, il s'agissait des exceptions sur la délimitation de la ville de N'Djamena pendant la période de la pandémie du Covid 19. L'article 1^{er} de l'arrêté conjoint N°036/MDPDNSACVG/MIT/2020 portant réglementation des Entrées, Sorties et Circulation dans la ville de N'Djamena prévoit que : « Les entrées et sorties de personnes dans la ville de N'Djamena sont interdites pour une durée de deux (2) semaines renouvelables à compter du 08 Mai 2020 » alors que l'article 2 y apporte une dérogation en autorisant la circulation des véhicules transportant les marchandises et denrées alimentaires à partir de 22h, les véhicules utilitaires en circulation de respecter les normes de distanciation sociale en ne transportant qu'au maximum quatre personnes y compris le chauffeur. C'est cet article portant dérogation qui a causé un problème de mauvaise interprétation et de mauvaise application. Par véhicules utilitaires, il faut comprendre les voitures de service administratifs portant la plaque d'immatriculation AP³¹ ; les voitures de transport commun urbain ;

³¹ Administration Publique

les bus de transport commun urbain et même de voyage. Car tous leurs déplacements rentrent dans la catégorie de l'utilité. Malheureusement, dans son application, les chauffeurs de bus de transport commun qui ne respectaient pas la distanciation sociale ont été interpellés et leur activité suspendue, et ce, à bon droit, tandis que la circulation des Bus de voyage a été suspendu sans un avertissement alors que les bus de voyage devraient être concernés par cette dérogation. Certains véhicules portant la plaque d'immatriculation AP dont les conducteurs habitaient dans les quartiers périphériques tels que Koundoul, Mandjafa, Bakara, etc.... n'ont pas eu accès en ville alors que les limites de N'Djamena se sont étendues à ces quartiers. Et pour pouvoir passer, il fallait que les conducteurs payent des pourboires, pas des amendes, puisque « passer » constituerait une « contravention », ces conducteurs ne devaient payer amendes que s'ils avaient traversés sans respecter les alertes de stop des policiers. Mais ces derniers faisaient payer les conducteurs avant qu'ils ne passent, c'est-à-dire avant de commettre l'infraction. En plus de ces actes constitutifs de corruption, les policiers posent régulièrement des actes de violences qui sont souvent décriés dans les médias.

2- Les actes de violence policière ; cause de relâche dans la mission

Les détenteurs ou délégataires de la force publique ne sauraient éditer des textes règlementaires pour les exécuter ou veiller eux-mêmes à leur application sans glisser facilement sur l'arbitraire ou la violation d'autres formes des libertés publiques qu'il faut concilier avec les nécessités de l'ordre public³². Or, en posant certains actes arbitraires parmi lesquels les arrestations et détentions illégales, la police elle-même viole la Constitution de la République du Tchad qui les prohibe à son **article 22** qui dispose que : « *Les arrestations et détentions illégales et arbitraires sont interdites* ».

Le constat est que : « *Trop d'ordre tue la liberté et trop de liberté tue l'ordre, il est alors impérieux de concilier la notion de l'ordre public et celle des libertés publiques*³³ ». C'est en voulant trop mettre de l'ordre que la police tue la liberté des citoyens et elle-même vire dans la dérive en commettant des actes de violences sur les citoyens.

La violence policière, encore d'actualité, dont les cas les plus récents et décriés se trouvent dans les pays développés et dans presque tous les continents (en Amérique, en Europe et en

³² MAHAMAT ZENE YOUSOUF, *Le rôle de la Police dans un Etat de Droit*, Op. Cita.

³³ Ibidem.

Afrique). Certes, il en résulte très souvent la mort car les méthodes de torture utilisées par la police sont inhumaines. Le 26 mai 2020, un américain d'origine africaine dénommé Georges FLOYD avait été tué suite à son arrestation musclée par quatre policiers de Minneapolis. La scène filmée, montrait la victime plaquée au sol sur le ventre par un policier qui l'avait immobilisé avec un genou sur le cou et était indifférent à ses supplications et gémissements³⁴. Les policiers impliqués dans cette arrestation et torture arbitraires ont été limogés de la Police. Après les manifestations des "gilets jaunes" en France en 2019 et les prises de parole des proches de victime, les violences policières ont été de plus en plus médiatisées. La confiance dans l'institution policière s'est peu à peu effritée et des milliers de personnes ne se sentent pas en sécurité face à un policier³⁵. Il n'y a pas que dans ces pays que l'on assiste à la violence policière. Même au Tchad, pour mettre de l'ordre, il faut passer par la violence policière. Par exemple lors de la période de lutte contre le corona virus, les policiers bastonnaient les citoyens qui sortaient sans masques, ceux qui se regroupaient dans les marchés, etc....

Les actes de violences policières au Tchad sont la bastonnade et la brutalité. Lorsqu'ils estiment avoir été cléments, ils abandonnent leurs victimes et s'en vont mais le plus souvent, ils les précipitent dans la carrosserie de leur Toyota Hillux, les forcent à se coucher avec les GMIP (Groupement Mobile d'Intervention de la Police) et les conduit au commissariat. Et là encore, les actes de torture et de violences reprennent de plus belle³⁶. Généralement la police croit à tort que c'est en brutalisant, en stigmatisant la population qu'elle sera plus efficace et aura des résultats escomptés. Elle ne fait que transposer la formation reçue, le ballotement sur des personnes qui n'ont pas subies la même formation qu'elle. Et cette méthode ne peut pas passer avec le citoyen lambda n'ayant subie aucune formation militaire.

Les autorités administratives de police nationale et de la gendarmerie ont jugés utile et urgent de sensibiliser les policiers, force de l'ordre à ne pas brutaliser la population et ne pas utiliser la violence pour faire respecter les mesures barrières contre le corona virus. La répression des comportements inciviques devrait se faire dans le strict respect de la loi.

³⁴ <https://www.lemonde.fr/international>, Article du 27 Mai 2020 ; Consulté le 30 mai 2020 à 11h.

³⁵ <https://www.rtl.fr/actu/politique/violences-policieres>, Consulté le 30 Mai 2020 à 11h.

³⁶ <https://www.alwihdainfo.com/Violence-policiere-au-Tchad> , Consulté le 30 Mai à 12 h.

B- La répression des comportements inciviques dans le strict respect de la loi et la relance économique après corona virus

L'article 184 de la Constitution de la République du Tchad prévoit que : « *la défense nationale et la sécurité sont assurées par les forces de Défense et de sécurité* », l'article 193 de la même constitution cite les missions de la police nationale en ces termes : « *La police nationale a pour missions de veiller à la sécurité de l'Etat, assurer le maintien et le rétablissement de l'ordre public ; veiller à la sécurité et à la protection des personnes et des biens, veiller à la tranquillité et à la salubrité publique ; assurer le respect des lois et règlements* ». Pour atteindre ces missions, c'est le corps de la police judiciaire qui est mobilisé, ce corps est composé d'officiers et d'agents de police judiciaire, issus de la gendarmerie nationale et de la Police nationale. Quand bien même qu'après la qualification des faits, il revient à la Justice de prononcer la peine requise, certaines infractions à l'exemple des contraventions sont gérées par la Police, car s'agissant des infractions de simple police, mais non négligeable et punissables (1).

Aussi, faudrait-il le dire, comment envisager la relance de l'économie ? Et quelle valeur redonner à la médecine traditionnelle ? Toutes ces préoccupations feront l'objet d'une sous-section (2) de ce sous-titre.

1- La répression des contraventions ; infractions de simple police

Quand bien même la répression des infractions relève du Code Pénal en vigueur au Tchad, c'est le Code de Procédure Pénale qui explique la méthode pour aboutir à cette répression. En cas de violation des mesures, l'auteur de l'acte tombe sous le coup de l'infraction classée de contravention. En cas de résistance à la loi, il peut être traduit en Justice et le ministère public peut mettre en mouvement l'action publique pour l'application de la peine. Conformément aux dispositions de l'article 5 du Code de Procédure Pénale en vigueur au Tchad, « *En matière de contravention, le délai de prescription est d'une année révolue et s'accomplit selon les distinctions spécifiées à l'article 3* ». Ce délai concerne uniquement le déclenchement de la procédure ou des poursuites judiciaires. Toute fois pour l'auteur d'une contravention qui a déjà été jugé mais n'a pas purgé sa peine, l'article 654 al. 1^{er} du Code précité prévoit que : « *Les peines portées par arrêt ou un jugement rendu par contravention de police se prescrivent par deux (2) ans révolues, à compter de la date où cet arrêt ou ce jugement est devenu définitif* ».

Les dispositions de l'article 453 du Code de Procédure Pénale décrit le jugement des contraventions en ces termes : « *Lorsqu'il n'y a pas de partie civile constituée et que la contravention n'est punie par la loi que d'une peine d'amende, le parquet compétent informe le contrevenant de la faculté qui lui est laissé de verser à titre d'amende de composition une somme qui est fixée par le parquet conformément au mode de calcul déterminé par décret.*

Il en est de même pour les contraventions punies d'amende et d'emprisonnement lorsque, eu égard aux circonstances, le parquet n'estime pas devoir poursuivre en vue de l'application d'une peine d'emprisonnement.

L'avis est notifié au contrevenant par voie administrative ou postale. Il précise que le paiement doit être effectué dans les trente (30) jours, soit au greffe de la juridiction, soit entre les mains du commissaire de police ou de la gendarmerie, faute de quoi, la poursuite sera exercée conformément aux articles ci-dessous ». Dans la plupart des cas, les commissaires et gendarmes en font leurs affaires. Très peu sont les contraventions qui arrivent en Justice. Généralement ce sont ces policiers qui eux-mêmes intimident les contrevenants en leur disant qu'ils feraient mieux d'en finir sur les lieux sinon ils paieront le plus gros montant de l'amende s'ils sont conduits aux commissariats.

Il s'agit là d'une tolérance coupable, en tant qu'agent chargé de veiller à l'ordre public, tout acte de contravention devrait être sanctionné comme il se doit. Par exemple pendant la période de crise sanitaire et pendant la gestion de la pandémie du corona virus, les personnes sortant de chez eux sans masques devaient payer une amende de deux mille francs (2000F.cfa). La destination d'une amende est au trésor public, mais dans ces cas, cette somme prend la direction des poches de ces agents, ou encore, c'est avec un cinq cent (500F.cfa) francs que les contrevenants tendent aux agents et continuent tranquillement de violer les mesures barrières. La fermeture de la ville de N'djamena dont les limites omettaient beaucoup de quartier périphériques entrés dans le périmètre urbain, n'était pas respecté, ou du moins, le respect en était exigé envers ceux qui ne pouvaient pas monnayer. Pour d'autres usagers qui n'hésitent à glisser les billets de mille francs (1000F.cfa), deux mille francs (2000F.cfa), le feu vert leur était accordé, comme si ces agents marchandait le respect ou non de ces mesures auprès des populations. Sans le savoir, sans mesurer l'ampleur et l'enjeu de ces actes, ces agents se livrent à l'encouragement des violations et du non-respect des barrières prévues par le gouvernement sans savoir qu'il y va de la santé publique.

La lutte contre le corona ne se limite pas simplement à l'application ou à l'observation des mesures barrières qui sont essentielles pour la prévention et éviter la propagation de la maladie. Il faut chercher un remède curatif pour ceux qui sont atteints et envisager la relance de l'économie.

2- La relance économique et la valeur de la médecine traditionnelle après le corona virus

Page | 563

L'une des mesures barrières contre la propagation de la pandémie du corona virus était le confinement. Le confinement vient du verbe « *confiner* » qui veut dire se limiter, s'enfermer, reléguer dans un lieu, afin d'empêcher aux malades de propager la maladie en contaminant les personnes saines. Dans les pays sous-développés, ce slogan « *Restez chez Vous* » n'était pas rigoureusement appliqué. L'instinct de survie obligeait les uns et les autres à sortir pour travailler et trouver de quoi manger. Même les pays développés ayant appliqués le système du confinement total ont vu leur économie affectée après cette pandémie, et ceux des pays ne l'ayant pas complètement appliqués et qui ont plutôt appliqués d'autres mesures d'urgence sanitaire tels que le couvre-feu, l'interdiction de rassemblement d'un grand nombre de personnes dans les lieux publics comme c'est le cas au Tchad, ont aussi vu leur économie nationale prendre un coup.

Il y avait l'urgent qui est de lutter contre le corona virus et éviter sa propagation et l'important s'agissant de la relance économique après la fin de la pandémie du corona virus. Certains Etats ont sacrifié la lutte contre la pandémie ou du moins l'ont suspendu au profit de la relance de leur économie nationale en ouvrant les bars et restaurants, les marchés, etc

Cependant l'économie ne se limite pas seulement aux activités du secteur tertiaire comme le commerce. Pour les pays du Sahel, le développement agricole est la base même de l'économie. L'autosuffisance alimentaire permet de résoudre le problème de la malnutrition et de la faim. L'exploitation agricole peut résorber le chômage, l'exode rural et permettre l'exportation des produits et denrées alimentaires en vue d'accroître l'économie nationale. Il ne s'agit pas non plus de la flambée des prix des produits alimentaires sur le marché, encore moins de l'inflation de la monnaie.

Il convient d'investir dans la formation et l'organisation des hommes que dans des infrastructures coûteuses dont la construction ou l'entretien échappe aux compétences ou aux capacités de financement de leurs utilisateurs en utilisant des techniques faciles à maîtriser, des

techniques qui sont le plus à l'échelle des gens³⁷. Par exemple, au Tchad, et précisément dans les grandes villes, le foncier prend de plus en plus de valeur, et il faut encourager les propriétaires terriens et faire des vergers, des jardins, des fermes d'élevage, et autres que de laisser des espaces vides que l'Etat à travers le Ministère du domaine et des affaires foncières attribuerait à une catégorie de la population. Lesquelles terrains attribués, souvent objets d'acquisitions coutumière ou par transaction ne cessent de créer des litiges en revendications immobilières et contentieux terriens.

« *La médecine traditionnelle, avec ses herboristes, ses marabouts, ses devins, ses contre-sorciers, a longtemps été ignorée, plutôt que condamnée par les autorités sanitaires coloniales puis nationales. Mais depuis peu, on assiste, tant du côté de l'Organisation Mondiale de la Santé que du côté de certains Etats africains, à un processus de reconnaissance officielle et même d'évaluation scientifique*³⁸ ». Evidemment, c'est grâce à cette médecine traditionnelle que le Madagascar a trouvé le remède du corona virus, pendant que ce virus, encore faut-il ainsi l'appeler du moment où certains disent que c'est une bactérie et qu'elle n'est même pas naturelle, décimait la population mondiale. Les maladies, et plus particulièrement les grandes endémies à vecteur, sont considérées à juste titre comme des obstacles au développement³⁹. La preuve en est que le corona virus a freiné l'économie dans tous les pays qui ont été touchés.

Dans de nombreux pays d'Afrique, le niveau d'équipement en matériel hospitalier et en matériel médical, la disponibilité en médicaments dans les hôpitaux et dispensaires sont à un niveau si bas que la crédibilité de ces services est compromise. Pour le spécialiste de santé publique ou pour l'économiste, il est évident que la pénurie des moyens matériels est rarement le seul diagnostic possible. Parfois, lorsqu'un fonds est décaissé pour les équipements sanitaires nécessaires, certains paramètres entrent aussi en jeu tels que les circonstances de décision et le choix des dépenses. Lorsque le favoritisme et les jeux d'intérêts se croisent, ce sont les malades, la population innocente qui en est la première victime.

³⁷ Centre de Coopération Internationale en Recherche Agronomique pour le Développement (CIRAD), *Le développement agricole au sahel, tome III : Terrains et innovations*, collection « Documents Systèmes Agraires N°17, France-Montpellier Avril 1992, p.271.

³⁸ Didier FASSIN, « La santé, un enjeu politique quotidien », *Revue Politique Africaine, Politiques de santé*, Karthala, Décembre 1987 ; p.08.

³⁹Jean-Pierre HERVOUËT et Claude LAVEISSIERE, « Les grandes endémies : l'espace social coupable », *Revue Politique Africaine, Politiques de santé*, Karthala, Décembre 1987 ; p.21.

Les entreprises d'assurance CIMA et la lutte contre le blanchiment de capitaux

Par :

MAKAM TOUSSIA samuel

Doctorant en Droit Privé

Université de N'Gaoundéré (Cameroun)

Résumé :

La globalisation du système des échanges et la libéralisation des mouvements des capitaux ont engendrées un accroissement sans précédent de la vitesse et du volume des capitaux d'origine criminelle en circulation. Pour faire face à ce type de délinquance, il fut nécessaire de faire des efforts régionaux et internationaux dans le but d'en limiter l'expansion. Ainsi, dans l'intérêt commun de lutter contre la criminalité financière en général et de manière plus particulière le blanchiment de capitaux qui entachait les activités financières et économiques dans la sous-région, le législateur CIMA s'est engagé à créer une réglementation à l'effet de lutter contre cette délinquance par l'entremise des entreprises d'assurance des pays membre de la zone. Il en ressort que malgré la volonté du législateur CIMA de faire face à ce type de criminalité, l'inadéquation des règles d'encadrement de la lutte contre cette délinquance astucieuse n'induit qu'une contribution d'une efficacité mitigée. L'inadéquation touche aussi bien les règles substantielles que les règles processuelles de lutte contre ce fléau planétaire. En effet, les obligations aussi bien de vigilance que de déclaration de soupçon présentent des insuffisances. Ce qui semble mettre les acteurs de la lutte contre ce fléau toujours en retard. D'où la nécessité de remettre à la hauteur des recommandations cette réglementation.

Mots clés : Entreprise d'assurance, blanchiment de capitaux, criminalité financière

Introduction

Le blanchiment des capitaux et/ou le financement du terrorisme fait partie aujourd'hui des infractions les plus représentatives de la criminalité organisée. De nos jours, celle-ci est devenue une véritable préoccupation pour la communauté internationale du fait de son influence sur les économies et même la stabilité politique des États. Tirant profit non seulement de l'internationalisation des flux financiers mais aussi des techniques nouvelles, les organisations criminelles sont parvenues à étendre leurs activités illicites et à se fondre dans l'économie légale.

À partir des années 70, le trafic de drogue de par le monde a commencé à générer une masse monétaire considérable qui n'était plus aisément et en toute discrétion manipulable. Les techniques de blanchiment sont devenues très vite de plus en plus sophistiquées et mieux adaptées aux circonstances économiques et législatives de l'heure. C'est d'ailleurs pour cette raison que qu'Éric VERNIER déclara qu'« *aujourd'hui, les organisations criminelles sont devenues des actrices à part entière de la sphère économique allant jusqu'à devenir l'un des rouages de notre système financier* ¹ ».

La littérature connaît plusieurs modèles pour illustrer le processus du blanchiment des capitaux. Le modèle le plus connu est celui des trois phases², développé par la douane américaine. Élaboré initialement pour expliquer le processus de blanchiment des capitaux acquis par la criminalité organisée dans le cadre de trafic de la drogue, ce modèle est de nos jours utilisé pour illustrer le déroulement du processus de blanchiment, quelle que soit l'origine illicite des fonds. Il s'agit de :

- La phase de placement ou immersion. L'objectif ici est d'introduire des bénéfices illégaux dans le système financier légal à travers des dépôts auprès des établissements financiers³. Le placement conduit à convertir les sommes d'argent en numéraire issues des trafics sous d'autres formes telles que devises, or, monnaie scripturale ou

¹ Vernier (E.), *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, 4^e ed. DUNOD, Paris, 2017, p. 6.

² Ces trois phases successives dont la sophistication est en constante évolution ont été aujourd'hui contestées par une partie de la doctrine, notamment Jean De MAILLARD 229 qui explique en effet que ces trois phases ne se retrouvent pas lorsque les sommes à blanchir sont trop importantes et qu'elles restent alors cantonnées dans la sphère financière, où elles produisent des intérêts. Il propose ainsi d'abandonner la présentation classique pour distinguer trois sortes de blanchiment : blanchiment élémentaire, le blanchiment élaboré, et le blanchiment sophistiqué qui est effectué sur les marchés financiers.

³ Vernier (E.), *Op.cit.*, p. 23.

électronique⁴. Pour éviter d'attirer l'attention, les blanchisseurs fractionnent les opérations en plusieurs, de montants plus modestes, plus faciles à réaliser. Il s'agit de la technique dite de *scrumfage*⁵.

- La phase suivante est celle de l'empilement ou lavage ou encore transformation. À ce niveau, les opérations réalisées ont pour objectifs de rendre tout retour comptable vers la source des fonds quasi impossible, en procédant à des multiples transactions successives⁶. Ainsi, le blanchisseur essaie de camoufler des virements par des transactions financières complexes et ingénieuses pour rendre impossible toute traçabilité et par là, interdire toute possibilité de remonter à l'origine illicite des fonds et pour faire croire que l'argent est légal⁷.
- La dernière phase dite d'intégration, d'essorage, d'absorption ou encore de recyclage est celle qui a pour objectif le rapatriement des fonds d'origine illicite estampillé du sceau de la légalité dans la sphère de l'organisation criminelle pour l'investir dans l'économie légale⁸.

En réalité, ce sont les institutions bancaires qui furent les premières à être impliquées dans cette politique de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. La marginalisation des autres acteurs va constituer une brèche dans laquelle les organisations criminelles n'ont pas hésité à s'engouffrer. Ainsi, il apparut que les entreprises d'assurances pouvaient également faire les frais de cette activité de recyclage⁹.

En effet, tout comme le secteur bancaire, le secteur des assurances a un rôle prépondérant dans l'économie de toute nation. Considéré comme des investisseurs institutionnels, le fonctionnement technique et financier de celles-ci est régi par une réglementation destinée non seulement à garantir leur solvabilité, mais aussi à gérer les investissements résultant des primes

⁴ *Ibid.*

⁵ Vernier (E.), *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, 4^e ed. DUNOD, Paris, 2017, p. 106.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Cellule de Traitement des Informations Financières du ctif cfi, 2016, « La lutte contre le blanchiment d'argent en matière d'assurance-vie : description des méthodes employées dans les opérations de blanchiment dans ce secteur », p.1

collectées auprès des assurés¹⁰. Toutes choses qui justifient l'assujettissement des assureurs à la politique de lutte contre le blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme.

C'est alors que le législateur CIMA, à travers le Règlement N° 001/CIMA/PCMA/PCE/SG/2021 remplaçant le Règlement N°0004/CIMA/PCMA/PCE/SG/08 définissant les procédures applicables par les organismes d'assurances dans les États membres de la CIMA dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, contribue à cette mission de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme par le biais des entreprises d'assurances.

Malheureusement, si l'on peut observer des avancées considérables des textes CIMA en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et financement du terrorisme, cette législation pêche par son caractère inachevé. Toute chose qui nous conduit à questionner l'efficacité de la participation des entreprises d'assurances à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Malgré l'existence d'un corpus juridique spécifique, peut-on dire que les entreprises d'assurance participent efficacement à la lutte contre le blanchiment des capitaux en zone CIMA?

L'hypothèse qui se dégage de cette question centrale est la suivante : L'inadéquation du cadre juridique de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme induit une participation mitigée des entreprises d'assurance à cette lutte.

Notre analyse sera menée autour de deux axes principaux. Il s'agira d'analyser d'une part l'inadéquation tenant à l'obligation de vigilance de l'assureur (Partie I) et d'autre part l'inadéquation inhérente à l'obligation de déclaration de soupçon (Partie II).

I- L'INADÉQUATION TENANT A L'OBLIGATION DE VIGILANCE DE L'ASSUREUR

Découlant du Titre III du Règlement CIMA définissant les procédures applicables par les organismes d'assurances dans les États membres de la CIMA dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, l'obligation de vigilance est le devoir professionnel de surveillance du client et de ses transactions qui pèsent sur les organismes

¹⁰ Vigier (C.), *Analyse de la solvabilité et de la rentabilité de l'africaine des assurances*, 2013, p. 52.

d'assurances dans le cadre de leurs activités¹¹. L'objectif ici est de protéger le secteur financier des flux financiers issus du blanchiment des capitaux en imposant aux entreprises d'assurances de mieux maîtriser les ressorts des opérations qu'ils effectuent, à travers une connaissance plus aboutie de leurs clients et par un examen poussé des opérations importantes qui sont réalisées¹². Ceci passe par la mise à leur charge de deux obligations qui s'opèrent avant la relation mais aussi pendant celle-ci et qui sont profondément attachées¹³. Il s'agit d'une part d'avoir une connaissance actualisée de tous leurs clients y compris de la résidence, profession, revenus et du patrimoine de ceux-ci¹⁴. D'autre part, il s'agit de procéder au suivi permanent des opérations réalisées par cette clientèle. Page | 569

Si l'on peut affirmer que le législateur CIMA a été exhaustif en ce qui concerne l'obligation d'identification des clients, force est de constater qu'il n'a pas été aussi brillant en ce qui concerne l'autre rubrique de l'obligation de vigilance.

En effet, en ce qui concerne l'obligation de suivi des affaires de la clientèle et celle de conservation des documents, la législation CIMA présente des lacunes. Dans le cadre de cette partie de notre travail, nous nous intéresserons uniquement sur les parties lacunaires de l'obligation de vigilance. Ainsi, il sera question pour nous dans un premier temps de nous intéresser aux lacunes se rapportant à l'obligation de suivi des affaires de la clientèle. Ensuite, nous étudierons les lacunes qui sont propres à l'obligation de conservation des documents.

A- Les lacunes tenant à l'obligation de suivi des affaires de la clientèle

L'obligation de suivi de la relation d'affaires de la clientèle implique pour l'entreprise d'assurance l'obligation de déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une anomalie apparente. Et, en présence d'une telle anomalie, de tout mettre en œuvre pour éviter le préjudice qui résulterait pour le client, pour l'entreprise d'assurance, ou même pour un tiers de la réalisation de l'opération en question. Conformément à la Recommandation n°1 du GAFI, les entreprises d'assurances « ... devraient identifier, évaluer et comprendre les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme auxquels ils sont exposés et devraient

¹¹ Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Les banques et le dispositif préventif anti blanchiment des capitaux. Analyse de sa mise en œuvre au Cameroun et en France*, ed. L'Harmattan 2018, Paris, p. 100.

¹² Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Op. cit.*, p. 100.

¹³ Foudjem (C.), *Blanchiment de capitaux et fraude fiscale*, ed L'Harmattan 2011, p. 286.

¹⁴ Article 13 du Règlement CIMA.

prendre des mesures, parmi lesquelles la désignation d'une autorité ou d'un mécanisme pour coordonner les actions d'évaluation des risques, et mobiliser des ressources, afin de s'assurer que les risques sont efficacement atténués¹⁵. Par voie de conséquence, elles doivent « sur la base de cette évaluation, ... appliquer une approche fondée sur les risques pour s'assurer que les mesures de prévention et d'atténuation du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme sont à la mesure des risques identifiés »¹⁶.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 14 du Règlement CIMA, « les entreprises d'assurances doivent exercer une vigilance constante concernant les relations d'affaires et examiner attentivement les opérations effectuées en vue de s'assurer qu'elles sont conformes à ce qu'elles savent de leurs clients, de leurs activités commerciales, de leur profil de risque et, le cas échéant, de la source de leurs fonds »¹⁷. C'est d'ailleurs les mêmes obligations que l'article 23 du Règlement CEMAC impose aux établissements financiers. Il s'agit pour eux, « d'exercer une vigilance permanente concernant toute relation d'affaires et examiner attentivement les opérations effectuées en vue de s'assurer qu'elles sont conformes à ce qu'elles savent de leurs clients, de leurs activités commerciales, de leur profil de risque et, le cas échéant, de la source de leurs fonds. Il leur est interdit de tenir des comptes anonymes ou des comptes sous des noms fictifs »¹⁸. Ce qui permet de détecter les transactions suspectes et de les empêcher dans la mesure du possible.

En réalité, l'obligation de suivi de la relation d'affaires en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux a connu une évolution significative à la suite des amendements qu'ont connus les recommandations du GAFI en 2003. L'une des modifications apportées par l'amendement est l'adoption de l'approche fondée sur le risque.

Avant cette date, la vigilance reposait sur une approche réglementaire basée sur des seuils prévoyant l'application d'une vigilance uniforme quelle que soit la nature de l'opération demandée ou même le type de client en face. Désormais le principe est celui de la proportionnalité de la vigilance aux risques. À cet effet, la recommandation 1 du GAFI qui spécifie que « les pays devraient identifier, évaluer et comprendre les risques de blanchiment de capitaux et de

¹⁵ Recommandation 1 du GAFI.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Article 14 du Règlement CIMA.

¹⁸ Article 23 du Règlement CEMAC.

financement du terrorisme auxquels ils sont exposés [...] »¹⁹. Cette même recommandation précise également que « les pays devraient obliger les institutions financières et les entreprises et professions non financières désignées à identifier et évaluer leurs risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et à prendre des mesures efficaces pour les atténuer »²⁰. Page | 571

Pour se conformer à la recommandation du GAFI, le législateur CIMA a, depuis le Règlement n° 001/CIMA/PCMA/PCE/SG/2021 opté pour une approche modulée en fonction du risque de la vigilance. Ainsi, l'article 4 intitulé mise en œuvre d'une approche fondée sur les risques s'inscrivant dans la même veine, indique qu' « en application des lois visées à l'article 1^{er} ci-dessus, les entreprises et organismes d'assurance se dote d'un dispositif d'identification, d'évaluation, de gestion et de contrôle de risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et de prolifération. À cet effet, elles établissent une évaluation et une classification des risques »²¹.

S'il est vrai que le législateur CIMA exige des entreprises d'assurances de mettre en œuvre une approche qui soit fondée sur les risques et d'établir une évaluation et une classification des risques, cela n'est pas suffisant. En réalité, il pêche par le fait de ne pas procéder à une hiérarchisation du niveau de la vigilance au niveau régional. Plus encore, la cartographie des risques auxquels sont exposés les organismes d'assurances est absente. Ce qui rend quasi impossible l'application de l'approche fondée sur le risque de l'obligation de vigilance.

1- Une obligation de suivi des affaires dépourvue d'une cartographie des risques

La cartographie des risques est une conséquence de l'approche par le risque mise en œuvre par le GAFI²². En effet, il ressort de l'approche par le risque que chaque entreprise d'assurance est la mieux placée pour apprécier l'ampleur des risques de blanchiment qu'il est susceptible de courir dans ses activités²³. Cette approche impose par conséquent aussi bien au législateur CIMA qu'aux organismes assureurs la mise en place d'un système d'évaluation et de gestion des risques ainsi qu'un dispositif d'analyse des risques qui permette d'identifier les zones de risque. C'est dans ce sens que le GAFI dira que « Cette approche devrait constituer le fondement essentiel d'une

¹⁹ Recommandation 1 du GAFI.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Article 4 du Règlement CIMA.

²² Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Op. Cit.*, p. 100.

²³ *Ibid.*

allocation efficace des ressources au sein du régime de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT) et de la mise en œuvre de mesures fondées sur les risques pour toutes les recommandations du GAFI. Lorsque les pays identifient des risques plus élevés, ils devraient s'assurer que leur régime de LBC/FT fait face à ces risques de manière satisfaisante. Lorsque les pays identifient des risques plus faibles, ils peuvent décider d'autoriser sous certaines conditions des mesures simplifiées pour certaines recommandations du GAFI. Les pays devraient obliger les institutions financières et les entreprises et professions non financières désignées à identifier et évaluer leurs risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et à prendre des mesures efficaces pour les atténuer²⁴ »

Cette séquence intègre des considérations sur la nature, les sources, les liens et les conséquences des risques identifiés ou facteur de risques. La finalité est selon le GAFI, de procurer une vision globale de chaque risque ou situation à risque, sur la base des informations, des données et des ressources disponibles. Cette analyse consistera souvent à identifier des événements à risque à partir des scénarios de menaces, une analyse d'un événement à risque permet d'explorer des schémas de menace plus globale. L'analyse est le point essentiel du processus. Elle tend, à partir d'une mise en perspective des menaces identifiées et du contexte de leur survenue, à comprendre pourquoi le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme se produisent.

Malheureusement, le législateur CIMA, encore moins les entreprises d'assurances de la zone CIMA, n'ont pas pris la peine d'établir cette cartographie des risques²⁵ si importante dans la mise en œuvre de l'approche de la vigilance fondée sur le risque. En réalité, il n'existe pas encore une cartographie des risques auxquels sont exposées les entreprises d'assurance ni au niveau de la zone CIMA ni au niveau national, encore moins au sein de chaque organisme assureur.

En effet, pour une mise en œuvre efficace et efficiente de l'approche par le risque, les entreprises d'assurances de la zone CIMA doivent impérativement cartographier les risques à partir d'un processus permettant de comparer les transactions effectuées par le client avec les informations disponibles sur son profil particulier et avec les typologies habituelles de blanchiment. Ceci doit être précédé par l'établissement d'une cartographie au plan régional par le législateur CIMA, puis au niveau national par les autorités en charge des assurances pour chaque

²⁴ Recommandation n°1 du GAFI.

²⁵ Il s'agit ici d'un préalable indispensable pour une applicabilité efficace de l'approche fondée sur les risques.

pays membre de la CIMA. Il s'agira en fait, de procéder à une classification des risques par activité selon le degré d'exposition à ces risques, apprécié en fonction notamment des caractéristiques des clients de la nature des produits ou des services offerts, des conditions des opérations proposées, des canaux de distribution utilisés.

2- Une obligation de suivi des affaires fondée sur le risque mais non hiérarchisée

Contrairement à l'approche réglementaire²⁶, l'approche basée sur le risque introduite avec le Règlement n°001 de 2021 consacre pour chaque organisme d'assurance la faculté d'affecter les moyens adéquats à la mise en œuvre des obligations dans ce domaine, en fonction de l'analyse qu'elles font des risques auxquels leur activité les expose²⁷. « Pour ce faire, le texte a ainsi transposé... le principe de proportionnalité des obligations de vigilance aux risques »²⁸.

Par cette approche, une grande marge de manœuvre est laissée à chaque entreprise d'assurance de définir le niveau et la nature des diligences à mettre en exergue, en fonction de la clientèle et du service.

Le risque de blanchiment des capitaux n'étant pas toujours le même en fonction du secteur d'activité, de l'exposition financière et du type de clients, les obligations en découlant doivent être adaptées aux assujettis. La prise en considération des relations d'affaires, du type de produits et de transactions est en réalité un mélange des visions objectives et subjectives de l'approche par les risques. Tous les éléments précités font alors l'objet d'une catégorisation des risques dont il découlera des obligations de vigilance différenciées et hiérarchisées. Au regard de leur clientèle, les organismes d'assurances doivent construire des profils des relations d'affaires qui permettent la détection des anomalies qui pourraient les affecter. Il va donc revenir à chaque assureur d'établir sa propre cartographie des risques en matière de blanchiment de capitaux. Ce qui se traduira d'une part, par une segmentation des clients et des opérations en fonction des risques identifiés et d'autre part, par le déploiement de moyens techniques d'alertes adaptés étant entendu que le seuil de détection ne s'apprécie plus en quantité seulement mais en qualité aussi. Cette approche fondée sur les risques appelle donc à recenser les

²⁶ Celle-ci soumet les entreprises d'assurance à des obligations de collecte d'information à partir des seuils. Cette approche est restrictif car le présupposé est que toutes les transactions importantes sont suspectes et a pour effet que le surveillance se limite et se concentre sur des seuils.

²⁷ Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Op. Cit*, p. 103.

²⁸ *Ibid.*

risques de blanchiment encourus par les entreprises d'assurances, de les classer par intensité et de l'orienter vers le niveau de vigilance et la procédure adéquate.

Ainsi, la vigilance de l'assureur dépendra désormais du risque de blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme attaché au profil des clients, des produits et des opérations²⁹. Pourtant, cette hiérarchisation n'est évoquée que de façon incidente par le législateur CIMA en ces termes : « l'évaluation des risques porte sur les différents produits ou service proposés, leur mode de commercialisation, la localisation ou les conditions particulières des opérations, ainsi que les caractéristiques de la clientèle ; les activités de gestion des contrats, y compris celles qui ont été externalisées »³⁰. Il n'a aucunement fait mention de la nécessité d'hiérarchiser la vigilance de façon plus claire de telle sorte qu' : « à une vigilance standard s'articulent aujourd'hui des niveaux de vigilance allégée et renforcée »³¹

Pour ainsi parler comme Tsobgni Djoumetio L. N., « L'effectivité et l'efficacité de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme reposent essentiellement sur la capacité des professionnels à apprécier, avant toute action et intervention, les risques de blanchiment qu'ils encourrent pour chaque opération qu'ils vont effectuer »³². Il est pour cela très important pour le législateur CIMA de procéder à la hiérarchisation du niveau de la vigilance de façon plus claire et c'est dans les meilleurs délais pour l'applicabilité de l'approche de la vigilance fondée sur les risques efficaces et même efficients.

B- L'inadaptation inhérente à l'obligation de conservation des documents

Il sera question ici d'étudier d'une part l'inadaptation qui tient à la durée de conservation et d'autre part à celle tenant au support de conservation.

1- Une obligation de conservation au support inadapté

À la lecture du Règlement CIMA portant sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en matière de règles et procédures écrites d'enregistrement et d'archivage, les sociétés d'assurances doivent rédiger et adopter des règles et procédures écrites d'enregistrement et d'archivage, avec une mise à jour régulière et s'assurer de leur mise à niveau

²⁹ Ibid.

³⁰ Article 4 du Règlement CIMA.

³¹ Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Op.cit.*, p. 100.

³² Ibid.

par rapport aux autres institutions financières. Diffuser ces règles et procédures sur support papier avec si possible en complément un accès en ligne et attacher beaucoup d'importance à une bonne définition de la liste de définition. Plus encore, le système informatique des sociétés d'assurances devrait permettre de mettre en place des outils permettant de détecter automatiquement certaines opérations pouvant s'avérer suspectes ou douteuses. On comprend dès lors que le dispositif anti blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme n'impose pas de manière expresse aux organismes d'assurances l'informatisation des opérations réalisées. Ce qui à notre sens ne pas de nature à favoriser une meilleure conservation des documents des opérations suspectes et surtout une meilleure exploitabilité des documents en cas de besoin. Nous estimons qu'il serait plus adéquat que le législateur CIMA exige, et ce de manière expresse une informatisation des documents afin d'avoir un système de surveillance des transactions qui soit adapté.

En effet, au regard du nombre de client et du volume des opérations que chaque organisme d'assurance peut traiter, le législateur CIMA qui jusqu'ici n'exige l'informatisation qu'en matière de monnaie électronique devrait à l'exemple de la Commission bancaire qui a eu plusieurs fois à sanctionner les banques³³ pour insuffisance de leur matériel informatique, faire de l'informatisation des données une obligation.

L'avantage ici est qu'il permettra une meilleure conservation des documents et surtout une exploitabilité plus facile en cas de besoin. En réalité, ceci éviterait de recourir à une tonne de papier qu'il faut chercher pendant des heures voir des jours pour un document qu'on aurait pu avoir en un clic.

2- Une obligation de conservation des documents à la durée insuffisante

Les pièces consignées dans le cadre de l'obligation de vigilance doivent être conservées par les charges de chaque entreprise d'assurance pendant une durée de dix (10) ans. C'est dans ce sens que l'article 18 du Règlement CIMA est rédigé en ces termes « *les entreprises et organismes*

³³ Dans sa décision rendue le 1er février 2010 sanctionnant la Bred Banque Populaire, la Commission bancaire reprochait à la banque, entre autres, la mise au point de son outil informatique. En effet, elle remarquait que : « l'outil informatique de surveillance des opérations des comptes de la clientèle, ne permettait pas de déceler le fonctionnement atypique d'un compte, notamment pour les particuliers, en dessous d'un seuil de 30 kEUR et de 3kEUR pour les mouvements en espèces ; que cet outil ne permettait pas à la cellule LAB de s'assurer du suivi de l'ensemble des alertes par les gestionnaires et de la remontée de l'ensemble des opérations suscitant des doutes vers la cellule LAB ; qu'un second outil appelé « CLEAN », qui met à la disposition de la cellule LAB des requêtes prédéfinies de sélection des opérations, a un champ d'investigation limité à un mois et ne peut être utilisé qu'au prix de manipulations lourdes et consommatrices de temps. ».

d'assurances ont l'obligation de conserver, pendant aux moins dix 10 ans, une trace de leurs opérations »³⁴. Le Règlement CEMAC impose les mêmes obligations aux institutions financières dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme dans les pays membres en ces termes : « sans préjudice des dispositions prescrivant des obligations plus contraignantes, les institutions financières conservent pendant une durée de dix (10) ans, à compter de la clôture de leurs comptes ou de la cessation de leur relations avec leurs clients habituels ou occasionnels, les pièces et documents relatifs à leur identité. Elles conservent également tous les pièces et document relatifs aux opérations qu'ils ont effectuées et le rapport visé à l'article 35 ci-dessus pendant dix (10) ans, après l'exécution de l'opération »³⁵. Les mêmes obligations sont à la charge des institutions financières en droit UEMOA, à travers la Directive n° 022015/CM/UEMOA relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme dans les États membres.

Cependant, nous pensons que ce délai est trop restreint au regard des intérêts en présence. En réalité, avant la révision intervenue en 2016 dans le cadre du Règlement CEMAC, il y avait une disparité au niveau de la durée exigée. Celle-ci était de 5 ans pour la législation CEMAC³⁶ et de 10 pour celle de la CIMA³⁷ et de l'UEMOA³⁸. Toute chose qui était de nature à créer un flou dans l'esprit des assureurs vu que tous les pays de la zone CEMAC font partie de la zone CIMA et que la législation aussi bien CEMAC que CIMA sont applicables aux entreprises d'assurances de la zone CEMAC. Heureusement, cette disparité a été corrigée par la révision du Règlement CEMAC intervenue en 2016. Celle-ci rallonge cette durée à dix (10) ans. Ce qui est à saluer. Toutefois, nous continuons de penser que ce délai n'est toujours pas assez long vu les sommes qui sont en jeu et les intérêts en présence.

En effet, certains criminels peuvent s'appuyer sur l'écoulement du temps et l'oubli pour réinvestir leurs capitaux. La destruction des documents ou plutôt la cessation de l'obligation de conservation au bout de dix ans peut constituer un temps raisonnable d'attente chez les criminels financiers au regard des intérêts en présence. Il est pour cela très important que les législateurs aussi bien CEMAC qu'UEMOA et CIMA revoient à la hausse le temps pendant lequel chaque

³⁴ Article 18 du Règlement CIMA.

³⁵ Article 38 du Règlement CEMAC.

³⁶ Article 13 du Règlement CEMAC de 2003.

³⁷ Article 18 du Règlement CIMA.

³⁸ Article 35 de la Directive UEMOA.

organisme assureur doit conserver les documents des opérations réalisées dans sa relation d'affaires avec sa clientèle. Ce rallongement de la durée de conservation des documents à conserver va permettre une disponibilité plus longue des éléments de preuves pour des éventuelles infractions de blanchiment. En effet, en instaurant une obligation de conservation des documents se rapportant aux opérations réalisées, le législateur communautaire a entendu faciliter la reconstitution des faits en cas de soupçon de blanchiment des capitaux concernant l'opération. Ainsi, le soupçon de blanchiment à l'endroit du client peut ressortir longtemps après, c'est pourquoi il est important de conserver ces données un peu plus longtemps que dix ans.

Cette durée doit à notre sens être proportionnelle à la durée de la prescription en matière de criminalité financière. Ainsi, les organismes d'assurances peuvent par exemple, avoir deux rubriques. Une rubrique pour des documents de moins de dix et une autre pour les documents de plus dix ans. S'il est vrai qu'après dix ans il est peu probable qu'une enquête pour blanchiment se rapportant aux documents de plus de dix ans puisse être lancée, il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il existe toutefois une possibilité que cela puisse arriver.

II- L'INADÉQUATION TENANT A L'OBLIGATION DE DÉCLARATION DE SOUPÇON

Par « soupçon », il faut entendre selon le dictionnaire « Robert » une : « *opinion qui fait attribuer à quelqu'un des actes ou des intentions blâmables* »³⁹. Pour ce qui est de l'obligation de déclaration de soupçon, il faut entendre la simple conjecture ou une opinion défavorable fondée sur des indices ou des éléments de vraisemblance. Il s'agit de signes apparents qui indiquent une probabilité. Appliqué au blanchiment, il s'agit d'une défiance ou d'une incompatibilité entre l'opération projetée et ce qui est connu du client⁴⁰. C'est en réalité une obligation légale qui interdit aux entreprises d'assurances de participer, de faciliter ou d'assister une opération de blanchiment et/ou de financement du terrorisme sous peine de sanctions. À la suite de l'obligation de vigilance, et lorsque l'entreprise d'assurance trouve qu'il y a des raisons réelles et sérieuses de soupçonner l'opération effectuée d'être liée à une infraction de blanchiment d'argent et/ou de financement du terrorisme, il doit mettre en œuvre l'obligation de déclaration de soupçon. Le passage du doute au soupçon s'effectue après la mise en place par l'assureur des diligences de nature à mettre en

³⁹ Dictionnaire *Robert*.

⁴⁰ Guitton (G.), « Clarté, responsabilité, sécurité : les enjeux de la lutte contre le blanchiment pour les banques françaises », in *La lutte contre le blanchiment des capitaux ; Banque et droit* n°88 2003 p.7.

évidence les incohérences qui, associées à l'existence d'un mobile ou d'un intérêt, aboutissent au soupçon puis à la déclaration. L'objectif à ce niveau est de détecter et de connaître les criminels qui se cachent derrière l'anonymat de plusieurs opérations effectuées.

Cette obligation de déclaration de soupçon est à cet égard caractéristique de la nouvelle mission qui incombe désormais aux entreprises d'assurances. Ce dispositif, parfois présenté comme procédant d'une logique d'éthique sociale, oblige en effet les assureurs à s'immiscer dans les affaires des assurés pour vérifier si les opérations que ceux-ci effectuent sont en adéquation avec ce qu'il savent d'eux, et notamment de leur patrimoine, de leurs revenus et de leurs activités.

Cependant, cette obligation de déclarer tout soupçon mise à la charge des entreprises d'assurances par la législation CIMA n'est pas tout à fait conforme aux recommandations internationales du GAFI. Elle présente encore des inadéquations qui ne la rendent pas totalement à même de jouer son rôle. Ces inadéquations peuvent être relevées aussi bien au niveau de son fondement qu'au niveau de ses effets. Ainsi, il sera question pour nous de nous intéresser aux inadéquations propres au fondement de l'obligation de déclaration de soupçon. Dans un second temps, nous étudierons les inadéquations qui sont propres aux effets de la déclaration de soupçon.

A- Une obligation de déclaration de soupçon au fondement limité

Consacrée par le GAFI à la vingtième recommandation en ces termes, « *lorsqu'une institution financière suspecte, ou à des motifs raisonnables de suspecter, que des fonds sont le produit d'une activité criminelle ou ont un rapport avec le financement du terrorisme, elle devrait être obligée en vertu de la loi de faire immédiatement une déclaration d'opération suspecte à la cellule de renseignements financiers (CRF)* »⁴¹. La déclaration de soupçon est une obligation légale qui interdit aux assujettis, notamment aux assureurs, de participer ou de faciliter ou d'assister une opération de blanchiment ou du financement de terrorisme sous peine de sanctions pénales et/ou disciplinaires. Sur la base de ce soupçon, les entreprises d'assurances doivent effectuer la déclaration de soupçon auprès de la Cellule Renseignements Financiers⁴². On peut d'ailleurs lire à l'article 15 du Règlement CIMA, « *...il est tenu de transmettre à la Cellule de Renseignements*

⁴¹ Recommandation 20 du GAFI.

⁴² Pereira (B.), « Blanchiment, soupçon et sécurité financière », *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 53 (43-73)

Financiers les dossiers et les informations ayant fait l'objet d'une véritable analyse et d'un travail de réflexion effectif en faisant apparaître cette analyse et ce travail dans la déclaration »⁴³.

En réalité, l'obligation de déclaration ne visait que certaines formes de criminalités d'exception (trafic de stupéfiants, criminalité organisée). Ces dernières années ont vu le dispositif anti-blanchiment s'étendre à des activités autres que le trafic de stupéfiants et la criminalité organisée. Au fur et à mesure que *s'étend le champ d'application géographique et ratione personae* du système, des efforts sont faits pour *mieux cibler* la lutte contre ce fléau au point où il est de nos jours admis que les relations d'affaires et opérations présentent des risques inégaux qui justifient des mesures et degrés de diligence différents.

En principe, le fondement du système CIMA de déclaration de soupçon demeure l'analyse fine des opérations conduites avec le concours des entreprises d'assurances⁴⁴. Les entreprises d'assurances sont ainsi soumises à une analyse des opérations qu'elles réalisent afin de pouvoir faire ressortir le soupçon qui conduira à la déclaration de soupçon. C'est ce que l'article 15 du règlement CIMA exige en ces termes : « *le Responsable interne chargé de l'application des programmes de lutte contre le blanchiment doit procéder aux déclarations de soupçon nécessaires à destination de la cellule de Renseignements Financiers* »⁴⁵. Cependant, il existe des cas pour lesquels la déclaration est systématique. Il s'agit pour le législateur CIMA des opérations dites atypiques.

Seulement, la législation CIMA en matière d'obligation de déclaration de soupçon présente une surface qui n'est pas à la hauteur des attentes des recommandations internationales du GAFI en la matière. Le périmètre de cette obligation de déclaration de soupçon présente des limites aussi bien au niveau du périmètre de la déclaration en raison du soupçon qu'au niveau du périmètre de la déclaration systématique.

1- Les limites du périmètre de la déclaration en raison du soupçon

Au sens de l'article 1 du Règlement CIMA, « *le blanchiment de capitaux est l'infraction constituée... dont l'auteur sait qu'ils proviennent d'un crime ou délit* »⁴⁶. C'est d'ailleurs la même

⁴³ Article 15 du Règlement CIMA

⁴⁴ Tchobgni Djoumetio (L. N.), *Op. Cit.*, p. 175.

⁴⁵ Article 15 alinéa 1 du Règlement CIMA

⁴⁶ Article 2 alinéa 4 du Règlement CIMA

définition du périmètre du blanchiment que le législateur CEMAC adopte en son article 1er qui définit le blanchiment comme « *la conversion ou le transfert de biens provenant d'un crime ou d'un délit au sens des textes applicables dans l'État membre...* »⁴⁷.

Par crime et délit, pour ce qui est du Cameroun, et selon l'article 21 du Code pénal camerounais intitulé « *Classification des Infractions* », et aux différentes dispositions pénales qui incriminent les crimes et les délits en droit camerounais, « *les infractions sont classées en crimes, délits et contraventions selon les peines principales qui les sanctionnent : Sont qualifiés crimes, les infractions punies de la peine de mort ou d'une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à dix ans* »⁴⁸. Pour ce qui est des délits, le même code pénal dit que « *Sont qualifiés de délits, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une amende lorsque la peine privative de liberté encourue est supérieure à dix jours et n'excède pas dix ans ou que le maximum de l'amende est supérieur à 25.000francs* »⁴⁹.

Ainsi, l'on comprend que l'infraction de blanchiment des capitaux et/ou de financement du terrorisme n'est évocable que lorsque l'infraction préalable est passible d'une peine privative de liberté supérieure à 10 jours et d'une amende supérieure à 25.000francs. Cette limitation des infractions sous-jacentes telles que prévues par les législateurs aussi bien CIMA que CEMAC et UEMOA nous semblent inadaptée. En réalité, cette manière de voir les choses ne permet pas une couverture exhaustive des possibles infractions qui peuvent être sous-jacentes au blanchiment des capitaux. Nous les incitons par conséquent à envisager une vision plus extensive du périmètre de l'obligation de déclaration de soupçon. À la suite de Laure Nathalie Tchobgni Djoumetio, nous pensons que pour une incrimination plus large du blanchiment, il est important d'inciter le législateur CIMA à une extension du périmètre de la déclaration de soupçon des infractions sous-jacentes à la contravention⁵⁰.

Ainsi, il serait préférable pour le législateur CIMA de dire non seulement « *le blanchiment de capitaux est l'infraction constituée... dont l'auteur sait qu'ils proviennent d'un crime ou délit ...* », mais aussi des contraventions qui ne sont autres que « *les infractions punies d'un*

⁴⁷ Article 1 du Règlement CEMAC.

⁴⁸ Article 21 du Code pénal camerounais.

⁴⁹ Article 21 du code pénal camerounais.

⁵⁰ Tchobgni Djoumetio (L. N.), Op. cit., p. 100.

emprisonnement qui ne peut excéder dix jours ou d'une amende qui ne peut excéder 25.000francs »⁵¹

En réalité cette conception du périmètre de la déclaration de soupçon ne permet pas d'inclure les contraventions qui peuvent bien être sous-jacentes aux blanchiments des capitaux et/ou au financement du terrorisme. Par conséquent, le blanchiment émanant d'une infraction passible d'une peine privative de liberté inférieur à 10 jours et d'une amende inférieure à 25000 ne peuvent faire l'objet de la déclaration de soupçon. Cette exclusion des contraventions de la surface des infractions susceptible d'être à la base du blanchiment des capitaux et/ou du financement du terrorisme exclu par voie de conséquence plusieurs infractions qui peuvent bien faire l'affaire de la criminalité financière.

2- Les limites du périmètre de la déclaration systématique

Nous avons vu plus haut qu'en principe, le législateur CIMA laisse la latitude aux assureurs de déterminer l'illicéité d'une opération après analyse, et d'en faire la déclaration de soupçon à l'endroit de la Cellule de Renseignements Financiers en cas de soupçon. Cependant, il existe des cas en présence desquels les assureurs sont tenus de procéder systématiquement à la déclaration de soupçon. En présence d'un tel cas, *« la liberté d'appréciation laissée aux organismes d'assurances est exclue, celles-ci se limitant à constater que les critères légaux sont remplis pour procéder à la déclaration de soupçon pesant sur elles. À une obligation de moyens de vérifier l'identité du client, la loi substitue une obligation de résultat »⁵²* et l'entreprise d'assurance qui ne sera pas parvenue aux vérifications requises devra procéder à la déclaration de soupçon sans autre forme de procès.

Il s'agit pour ce qui est de la législation CIMA, des opérations atypiques⁵³ ou toutes les opérations faites par des personnes morales ayant leur siège dans un pays membre de l'espace

⁵¹ Article 21 du Code pénal camerounais

⁵² Tchobgni Djoumetio (L. N.), Op. cit., p. 187

⁵³ Une opération est dite atypique lorsqu'elle est sans justification économique, sans objet licite, complexe ou d'un montant inhabituellement élevé. Au sens de l'article 10 du Règlement CIMA, il s'agira de tout « paiement en espèce ou par titre au porteur d'une somme d'argent, effectué dans des conditions normales, dont le montant unitaire ou total est égal ou supérieur à cinquante millions (50 000 000) de F CFA ou au montant fixé par les Autorités nationales, lorsque ce montant est inférieur à 50 millions de F CFA, toute opération portant sur une somme égale ou supérieure à dix millions (10 000 000) de F CFA ou au montant fixé par les Autorités nationales, lorsque ce montant est inférieur à 10 millions de F CFA, effectuée dans des conditions inhabituelles de complexité et/ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite. En pratique, il peut être plus simple pour l'entreprise d'appliquer les règles

CIMA ou non sauf en matière d'assurances collectives⁵⁴. Il doit également avoir une déclaration de manière systématique en présence des opérations pour lesquelles l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse malgré l'accomplissement des diligences de vigilance et toutes celles impliquant un fonds fiduciaire ou tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation.

Il s'agit aussi de : « *tout paiement en espèce ou par titre au porteur d'une somme d'argent, effectué dans des conditions normales, dont le montant unitaire ou total est égal ou supérieur à cinquante millions (50 000 000) de F CFA ou au montant fixé par les Autorités nationales, lorsque ce montant est inférieur à 50 millions de F CFA. Toute opération portant sur une somme égale ou supérieure à dix millions (10 000 000) de F CFA ou au montant fixé par les Autorités nationales, lorsque ce montant est inférieur à 10 millions de F CFA, effectuée dans des conditions inhabituelles de complexité et/ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite* »⁵⁵.

Il s'agit également des cas où le processus d'identification du client ou du bénéficiaire effectif échoue. Il doit également avoir déclaration de soupçon systématique chaque fois qu'une entreprise d'assurance est en présence des opérations qui font intervenir des « *chèques de banque, chèques de notaire, chèques endossés, des chèques ou virements en provenance de l'étranger* ». Lorsque « *les versements paraissent trop élevés ou trop fréquents par rapport aux ressources du client ou par rapport à son activité, les versements sont prétendument justifiés par des gains au jeu ou autres, les versements deviennent soudain beaucoup plus importants* »⁵⁶. Ou encore lorsque « *l'origine des fonds n'est pas claire, le client règle sa prime au moyen d'un virement important en provenance de l'étranger, puis se ravise et veut récupérer tout ou partie de la somme, le client souscrit un contrat comportant des primes périodiques importantes puis demande à un tiers de faire les paiements suivants (selon l'article 72 du code des assurances, « tout intéressé peut se substituer au contractant pour payer les primes* »⁵⁷.

ad hoc à toutes les opérations importantes (sommes dont le montant unitaire ou total est supérieur à 10 millions de F CFA ou au montant fixé par les Autorités nationales, sans se soucier dans un premier temps des autres conditions.

⁵⁴ Article 8 al. 2 et 3 du Règlement CIMA

⁵⁵ Article 10 al. 1 et 2 du Règlement CIMA.

⁵⁶ Article 15 al. 2 du Règlement CIMA.

⁵⁷ Article 15 al. 4 du Règlement CIMA.

Toutefois, nous pensons que cette liste des infractions prévues par la législation CIMA est limitée. En effet, elle n'a pas fait mention de plusieurs cas qui normalement devraient nécessiter d'être déclaré d'une manière systématique. C'est le cas par exemple de la fraude fiscale.

En réalité, pendant plusieurs années, la communauté internationale et les États ont maintenu la fraude fiscale à l'écart du dispositif de lutte contre le blanchiment des capitaux. Ils ont longtemps estimé que celle-ci relève d'un champ infractionnel spécifique et qui par conséquent nécessite des modes de réactions bien spécifiques. *« Jusqu'à la fin des années 90, la communauté internationale n'a pas suffisamment pris en compte la possibilité qu'ont les criminels d'utiliser l'argument fiscal pour échapper au dispositif répressif de la lutte contre le blanchiment. L'exemption accordée à la fraude fiscale dans le dispositif international initial de lutte contre le blanchiment des capitaux a été perçue par l'organisation criminelle, toujours à l'affût de la moindre faille, comme un moyen pour contourner non seulement le dispositif répressif de lutte contre le blanchiment des capitaux »*⁵⁸. Il s'agit en réalité pour le prévenu, de prétendre devant le tribunal qu'il pensait que les capitaux qui ont fait l'objet du blanchiment par ses soins provenaient uniquement d'une fraude fiscale, infraction exclue du domaine du blanchiment, pour échapper aux conséquences pénales de ses agissements. Pour lutter contre cette exemption fiscale, les enceintes internationales vont inviter les États à faire entrer la fraude fiscale dans le périmètre du blanchiment des capitaux.

C'est d'abord le FMI qui invite, par l'entremise de son directeur général, les États à ne pas perdre de vue l'intimité des rapports qui peuvent exister entre la fraude fiscale et l'infraction du blanchiment des capitaux. C'est par la suite les ministres de finances du G7 qui ont axé leur réflexion sur la lutte contre l'échappatoire fiscale principalement sur le volet préventif. *« Ils ont voulu s'assurer que les institutions financière déclaraient à la CRF les transactions suspectes même lorsqu'elles estiment que l'activité criminelle en cause pourrait être une fraude fiscale. L'objectif visé était bien évidemment d'éviter que les criminels ne profitent de l'échappatoire fiscale »*⁵⁹.

Puis les experts des Nations Unies ont à leur tour apporté leur contribution à la construction de l'édifice concernant l'échappatoire fiscale. Dans un important rapport publié en 1999, ces

⁵⁸ Foudjem (C.), Op. cit., p. 129.

⁵⁹ Foudjem (C.), Op. cit, p. 209.

derniers précise que : « ... si l'on autorise les institutions financières et autres à ne pas communiquer d'informations sur des comportements suspects au motif qu'elles estiment, ou déclarent estimer que les fonds sont uniquement de l'argent non déclaré au fisc, on leur donne la possibilité, ainsi qu'à leurs clients, de rationaliser leurs comportements, à savoir, faire des affaires comme elles l'entendent et déclarer ultérieurement au tribunal ou à des services de réglementation qu'elles ne pensaient pas que les fonds étaient des produits de la criminalité, mais uniquement des produits de l'évasion fiscale, échappant ainsi à toute condamnation. À la fin de la décennie 90, la prise de conscience de la perméabilité entre le blanchiment des capitaux et la fraude fiscale est réelle.... »⁶⁰.

C'est alors que de nombreux critères fixés par les textes internationaux peuvent être interprétés comme obligeant les États à intégrer la fraude fiscale dans le périmètre répressif du blanchiment. L'élargissement du domaine de blanchiment s'est fait sur la base de la gravité de l'infraction préalable qui elle-même est définie soit par rapport au quantum de la peine applicable à l'infraction préalable soit par rapport à une liste d'infraction, ce qui permet d'une manière ou d'une autre d'inclure la fraude fiscale dans le périmètre du blanchiment.

Certains États en généralisant le périmètre du blanchiment ont intégré par voie de conséquence la fraude fiscale dans la catégorie d'infraction préalable au blanchiment. Le législateur CIMA a choisi cette voie⁶¹. La simplicité de cette solution n'occulte cependant pas les difficultés nées de la spécificité de la fraude fiscale. Dans certains pays comme le Cameroun et bien d'autres de la CIMA, fait l'objet d'une procédure dérogatoire notamment en raison du rôle joué par l'administration fiscale.

Il existe en effet un filtrage administratif des poursuites judiciaires pour fraude fiscale. En effet, sous peine d'irrecevabilité, les plaintes tendant à l'application de sanctions pénales en matière d'impôts directs, de taxes sur la valeur ajoutée et d'autres taxes sur le chiffre d'affaires, de droit d'enregistrement, de taxes de publicité foncière et de droit de timbre sont déposés par

⁶⁰ Blum (J. A.), Levy (M.), Naylor (R.T.) et Williams (P.), *Paradis financier, secret bancaire et blanchiment d'argent*, Nation Unies, Office pour le contrôle des drogues et la prévention du crime, New York, 1999, p. 57. Cité par Foudjem p. 210.

⁶¹ Lebailly (B.), La repression du blanchiment des profits dans l'ordre international, in *Blanchiment des profits illicites*, dir. Chantal Cutujar, PUS, Strasbourg 2000, p. 180.

l'administration sur avis conforme de la commission des infractions fiscales qui examine les affaires qui lui sont soumises par le ministre chargé des finances.

« La question ici est de savoir quelle a été la véritable intention du législateur lorsqu'il a donné la possibilité au procureur de la République de poursuivre le blanchiment des fonds issus de la fraude fiscale, délit que ce dernier ne peut poursuivre de sa propre initiative, mais seulement sur le fondement d'une plainte préalable de l'administration fiscale ? Le délit de blanchiment n'est-il pas constitué que s'il existe le dépôt d'une plainte préalable de l'administration fiscale permettant au procureur de la République d'engager les poursuites ? La poursuite du blanchiment doit-elle obéir aux règles de poursuite de l'infraction principale lorsqu'elles dérogent au droit commun ? »⁶².

En effet, la fraude fiscale est une infraction particulière, eu égard à la procédure qui doit être suivie pour que le délit puisse être caractérisé et sanctionné. À la différence des autres délits, l'infraction de fraude fiscale n'est pas poursuivie d'office par le procureur de la République. Celui-ci ne peut en effet mettre en mouvement l'action publique que dans la mesure où l'administration a préalablement déposé une plainte après avis favorable de la commission des infractions fiscales. Il s'agit d'une formalité substantielle dont le respect est d'ordre public. Il s'en suit que les juges de fond sont en droit de déclarer d'office l'irrecevabilité découlant de son inobservation⁶³.

Pour ce fait, nous estimons que cette infraction doit non seulement faire l'objet d'une déclaration systématique, elle doit également faire l'objet d'un encadrement particulier pour que la mission déclarative assignée aux entreprises d'assurance soit un peu moins complexe pour celles-ci.

B- une obligation de déclaration de soupçon aux effets lacunaires

Avant qu'il ne soit déclaré, le soupçon produit déjà des effets sur l'opération envisagée. En principe, la divulgation des informations sur l'existence du soupçon est interdite pour toute entreprise d'assurance. Plus encore, l'entreprise d'assurance est appelée à s'abstenir d'exécuter l'opération en question.

⁶² Favarel-Garrigues (G.), Godefroy (T.), « Les banques, sentinelles de l'anti-blanchiment. L'invention d'une spécialité professionnelle dans le secteur financier » p. 46.

⁶³ Cass. Crim. 15 décembre 1987, n° 8783475, Dr. Fisc. N°39, 1988, comm. 1780.

Une fois que l'entreprise d'assurance a exécuté son obligation de déclaration de soupçon dans le respect de la réglementation en vigueur, celle-ci continue à produire des effets. En principe, une entreprise d'assurance qui fait une déclaration de soupçon ne peut voir sa responsabilité engagée⁶⁴. Pour la relation d'affaires même en question, le sort de cette dernière diffère selon que la Cellule de Renseignements Financiers a fait opposition ou pas⁶⁵. Page | 586

Ainsi, la déclaration de soupçon effectuée produit des effets aussi bien à l'égard de l'entreprise d'assurance déclarante qu'à l'égard des parties prenantes à la déclaration. Il est toutefois important de souligner que ces effets sont encore lacunaires pour ce qui est de la législation CIMA. En effet aussi bien au niveau pré-déclaratif que post-déclaratif, ces effets ne produisent pas exactement les effets escomptés par le législateur GAFI.

1- Des effets pré-déclaratifs insuffisamment encadrés

Par effets pré-déclaratifs, il faut entendre ici les effets qui sont produits avant même que la déclaration de soupçon ne soit effectuée. Il s'agit de l'interdiction de divulgation⁶⁶ de l'existence du soupçon d'une part et de l'obligation d'abstention d'exécuter l'opération qui fait l'objet de soupçon qui pèse sur l'entreprise d'assurance d'autre part. Le législateur CIMA n'a cependant suffisamment encadré ni l'interdiction de divulgation (a) ni l'obligation d'abstention (b).

a) L'insuffisant encadrement de l'interdiction de divulgation

Une entreprise d'assurance qui est sur le point de procéder à une déclaration de soupçon à l'endroit de la Cellule de Renseignements Financiers est tenue de ne pas révéler à son client l'existence du soupçon encore moins l'émission d'une déclaration le concernant⁶⁷. Seulement, cette interdiction est tempérée par des aménagements qui sont de nature à permettre une meilleure exploitabilité de ces informations pour un résultat optimal dans l'objectif de lutte contre la criminalité financière de manière générale et particulièrement le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Malheureusement, ces aménagements n'ont pas été prévus par la

⁶⁴ Article 88 du Règlement CEMAC.

⁶⁵ Article 21 al.2 du Règlement CIMA.

⁶⁶ Articles 71 et 87 du Règlement CEMAC.

⁶⁷ Article 21 al.3 du Règlement CIMA.

législation CIMA, toute chose qui n'est pas de nature à rendre cette obligation véritablement fonctionnelle.

En effet, aux termes de l'article 15 al. 3 du Règlement CIMA portant sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, « *Le déclarant ou toute autre personne rattachée à l'entreprise (dirigeant, salarié, préposé, mandant) ne doivent en aucun cas porter à la connaissance des personnes suspectées la moindre information sur l'existence d'une déclaration de soupçon ou sur ses suites. La violation de ce secret est sanctionnée pénalement* »⁶⁸. « *Cette confidentialité doit aussi s'appliquer aux soupçons adressés au déclarant par toute personne rattachée à l'entreprise..., même si ce soupçon ne donne pas lieu ensuite à une déclaration effective* »⁶⁹. Ainsi, les organismes d'assurances ne doivent en aucun cas porter à la connaissance du client concerné ni à des tiers des informations ou renseignements qui sont, seront ou ont été transmis à la Cellule de Renseignements Financiers. L'interdiction de porter à la connaissance du client ou des tiers qu'une analyse pour blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte, couvre aussi bien les analyses faites en interne par l'entreprise d'assurance afin de déterminer notamment s'il y a lieu d'adresser une déclaration à la Cellule de Renseignements Financiers, que les analyses faites en externe par la Cellule de Renseignements Financiers elle-même ou par les autorités judiciaires, afin de déterminer s'il y a des indices sérieux de blanchiment des capitaux et/ou de financement du terrorisme.

Toutefois, l'interdiction de divulgation ne peut jouer de manière absolue. Pour une meilleure exploitation des données recueillies dans le cadre du soupçon, certaines législations autorisent les assujetties à partager les informations couvertes par l'interdiction de divulgation avec les autres organismes financiers appartenant au même groupe, y compris les succursales de ces institutions financières. À la condition complémentaire que ces succursales et filiales respectent pleinement les politiques et procédures définies à l'échelle du groupe, y compris les procédures en matière de partage d'informations au sein du groupe, et que les politiques et procédures définies à l'échelle du groupe respectent les exigences prévues dans ladite directive.

Aussi, des aménagements à l'endroit de certaines administrations sont également nécessaires pour une meilleure coordination de cette obligation. C'est d'ailleurs ce que prévoit le

⁶⁸ Article 15 alinéa 3 du Règlement CIMA

⁶⁹ *Ibid.*

législateur CEMAC en ces termes : « ... *Nonobstant les dispositions de l'alinéa premier ci-dessus, et sous réserve qu'elles soient en relation avec les faits susceptibles de faire l'objet d'une déclaration de soupçon, l'ANIF est autorisée à communiquer des informations qu'elle détient à l'administration des douanes, des impôts et aux services de police judiciaire* »⁷⁰. Elle peut également et ce malgré l'interdiction, « ... *transmettre aux services de renseignement spécialisés des informations relatives à des faits qui sont susceptibles de révéler une menace contre les intérêts fondamentaux de la nation en matière de sécurité publique et de sûreté de l'État* », ainsi que « ... *transmettre à l'administration fiscale, qui peut les utiliser pour l'exercice de ses missions, des informations sur des faits susceptibles de relever de la fraude ou de la tentative de fraude fiscale* »⁷¹. La Cellule de Renseignements Financiers (l'ANIF ou la CENTIF selon le cas), « *peut également transmettre aux services de l'État chargé de préparer et de mettre en œuvre une mesure de gel ou d'interdiction de mouvement ou de transfert de fond, des instruments financiers et des ressources économiques, des informations en relation avec l'exercice de leur mission* »⁷².

Ainsi, les organes de contrôle sont autorisés, dans l'exercice de leurs compétences à se faire communiquer par les institutions financières, notamment, les rapports d'analyse des faits et opérations atypiques et les documents y afférents, une copie des déclarations de soupçon qu'elles ont adressées à la Cellule de Renseignements Financiers, leur contenu et les suites qui leur ont été réservées, notamment la nouvelle analyse individuelle des risques et la décision prise.

De même, le secret qui s'attache à la déclaration de soupçon transmise à la Cellule de Renseignements Financiers n'est pas opposable aux enquêtes judiciaires résultant ou non de la déclaration de soupçon et concernant les personnes faisant l'objet de cette déclaration ou leurs opérations.

À notre sens, il est très important pour le législateur CIMA à la suite de ses homologues de la CEMAC et de l'UEMOA d'apporter les aménagements nécessaires à l'interdiction de divulgation qui ne saurait être aussi générale.

En réalité, ces exceptions à l'interdiction de divulgation des déclarations d'opérations suspectes visent à renforcer l'efficacité des mécanismes de prévention du blanchiment des capitaux

⁷⁰ Article 71 du Règlement CEMAC.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

et le financement du terrorisme au sein des groupes. Ainsi, dès lors que les institutions financières doivent en faire usage chaque fois qu'il est utile et nécessaire aux fins de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme de communiquer à d'autres entités appartenant au même groupe toute information pertinente relative aux clients et à leurs opérations, ainsi qu'à des indices potentiels de blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, à l'analyse d'opérations atypiques ou à des déclarations d'opérations suspectes. Inversement, les institutions financières doivent de même faire usage des canaux de communication prévus par leurs politiques de groupe afin de solliciter des informations équivalentes détenues par d'autres entités du groupe lorsque ces informations sont susceptibles de renforcer l'efficacité de la détection des opérations atypiques ou leur analyse et de la déclaration des opérations suspectes à la Cellule de Renseignements Financiers. Il importe néanmoins que ces échanges d'informations s'effectuent dans le respect de procédures strictes restreignant notamment l'accès à ces informations aux seules personnes dont les tâches et fonctions en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

b) L'insuffisant encadrement de l'obligation d'abstention

Il est formellement interdit à toute entreprise d'assurance d'exécuter une opération qu'elle soupçonne d'être en lien avec le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme⁷³. Cette obligation vise à permettre la conduite des investigations par les autorités pénales.

Lorsqu'une entreprise d'assurance est en présence d'une opération suspecte, elle est tenue de s'abstenir de l'exécuter⁷⁴. Jusqu'à ce qu'elle procède à la déclaration, l'entreprise ne sera libre d'exécuter l'opération ayant donné lieu à déclaration que dès lors qu'elle aura reçu de la Cellule de Renseignements Financiers un accusé de réception ne comportant pas d'opposition⁷⁵.

Ainsi, elle doit s'abstenir d'effectuer toute opération dont la légitimité n'est pas établie jusqu'à ce qu'elle ait déclaré son soupçon auprès de la Cellule de Renseignements Financiers. Qui à cette dernière, après la réception de la déclaration de soupçon, de notifier son opposition ou pas au déclarant, dans un délai d'un jour ouvrable à compter de la réception de celle-ci. La Cellule de

⁷³ Cette obligation d'abstention relève de la recommandation 14 du GAFI.

⁷⁴ Article 15 du Règlement CIMA.

⁷⁵ Article 15 du Règlement CIMA.

Renseignement Financiers a la possibilité de former opposition à l'exécution de l'opération objet de la déclaration. L'opposition fait obstacle à l'exécution de l'opération. Cette mesure se présente comme une mesure conservatoire de la phase pré-judiciaire de la répression du blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Elle permet de geler les opérations douteuses pour les garder en l'état et les analyser minutieusement afin d'établir leur nature frauduleuse ou non.

Cependant, lorsqu'il n'y a pas d'opposition de la part de la CRF, « *l'entreprise sera libre d'exécuter l'opération ayant donné lieu à déclaration dès qu'elle aura reçu de la Cellule de Renseignements Financiers un accusé de réception ne comportant pas d'opposition ou sinon au terme du délai prévu par les Lois ou Règlements. Elle pourra aussi refuser l'opération à ce moment-là. Si elle décide d'exécuter l'opération, l'entreprise ne pourra ensuite encourir aucune responsabilité s'il devait apparaître que les sommes ou l'opération relevaient d'un fait de blanchiment* »⁷⁶. Cette situation mérite, à notre sens, un meilleur encadrement. Au regard des intérêts en présence, un tel laxisme de la part du législateur CIMA n'est pas acceptable. Il est préférable à notre sens que ce dernier dise exactement la condition à tenir par l'entreprise d'assurance lorsqu'il n'y a pas opposition de sa part à ce que l'opération soit effectuée. L'expression « *elle pourra aussi refuser l'opération à ce moment-là. Si elle décide d'exécuter l'opération, l'entreprise ne pourra ensuite encourir aucune responsabilité s'il devait apparaître que les sommes ou l'opération relevaient d'un fait de blanchiment* »⁷⁷ ne permet pas un encadrement efficace de la situation. Surtout au regard de l'insuffisante spécialisation professionnelle des responsables de conformité au sein des entreprises d'assurance. Pour une obligation d'abstention plus fonctionnelle, le législateur CIMA doit à notre sens davantage encadrer celle-ci.

En effet, si l'entreprise d'assurance est libre de ne pas exécuter l'opération ayant donné lieu à déclaration même au cas où elle aura reçu de la Cellule de Renseignements Financiers un accusé de réception ne comportant pas d'opposition, le client peut-il se plaindre d'une dénonciation intempestive en cas de dommage qui résulterait de cet agissement? En réalité, cette liberté laissée aux entreprises d'assurances d'exécuter ou non une opération ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon même lorsque l'accusé de réception ne comporte pas une opposition de la

⁷⁶ Article 21 al. 2 du Règlement CIMA

⁷⁷ *Ibid.*

part de la CRF peut causer des dommages au déclarant qui au final peut se trouver être de bonne foi. Dans ce cas qui répond du préjudice causé qu'il pourrait subir ? Au regard de l'insécurité juridique grave que peut créer cette situation, il serait loisible que le législateur CIMA tranche définitivement sur la question en disant exactement la condition à tenir en cas d'absence d'opposition de sa part⁷⁸.

2- Les lacunes tenant aux effets post-déclaratifs

Par effets post-déclaratifs, il faut entendre les effets qui sont produits à la suite de la mise en œuvre de l'obligation de déclaration de soupçon. Ces effets concernent aussi bien l'entreprise d'assurance déclarante (Paragraphe I) que la relation d'affaire elle-même (Paragraphe II).

a) Des effets post-déclaratifs inéquitables des parties prenantes à la déclaration

Il ressort de l'article 21 des nouvelles recommandations du GAFI que « *les institutions financières, leurs dirigeants et employés devraient être protégés par la loi contre toute responsabilité pénale ou civile pour violation de toute règle encadrant la divulgation d'informations imposée par contrat ou par toute disposition législative, réglementaire ou administrative, lorsqu'ils déclarent de bonne foi leur soupçons à la CRF, même s'ils ne savaient pas précisément quelle était l'activité criminelle sous-jacente ou si l'activité illégale ayant fait l'objet du soupçon ne s'est pas effectivement produite ; soumis à une interdiction par la loi de divulguer le fait qu'une déclaration d'opération suspecte ou une information s'y rapportant est communiquée à la CRF* »⁷⁹. Cette recommandation a été suivie d'effets en droit CIMA où les textes instituent des exemptions de responsabilité en cas de déclaration de soupçons. Aux termes de l'article 88 du Règlement CEMAC, les déclarants qui, « *de bonne foi, ont transmis des informations ou effectué toute déclaration, conformément aux dispositions du présent Règlement, sont exempts de toutes poursuites pénales* »⁸⁰. Le législateur CIMA pour sa part dira que l'absence de poursuites pénales à l'encontre des personnes physiques ou morales ayant réalisé des opérations donnant lieu à soupçons ne s'applique que si la déclaration de soupçons a été effectuée de bonne foi. Le corollaire de l'obligation de déclarer les opérations suspectes est que la personne qui fait

⁷⁸ Tchobgni Djoumetio (L. N.), Op. cit, p. 228.

⁷⁹ Article 87 du Règlement CEMAC.

⁸⁰ Article 88 du Règlement CEMAC.

une telle déclaration de bonne foi est exonérée de toute responsabilité pour les conséquences juridiques attachées à cette déclaration.

Ainsi, lorsqu'une entreprise d'assurance procède à une déclaration de soupçon pour les opérations ayant fait l'objet des diligences prescrites, aucune action civile, pénale ou disciplinaire ne peut être intentée contre elle ni même ses dirigeants et ses préposés qui ont agi de bonne foi, ni aucune sanction professionnelle prononcée contre une entreprise d'assurance ou les personnes visés.

Page | 592

Qu'en est-il alors du déclaré, si celui-ci était de bonne foi et dont l'opération envisagée était légitime mais qui aurait subi un dommage du fait d'une déclaration de soupçon fut-elle de bonne foi ? En réalité, dans le cadre de la relation contractuelle ou de l'exécution d'une opération, le déclarant peut être amené à rompre unilatéralement et même abusivement l'exécution d'une opération. Cette situation peut causer un grand dommage au déclaré qui à la fin peut se trouver être de bonne foi et son opération légitime.

Il est regrettable de constater que le législateur CIMA n'a rien prévu qui puisse restaurer le client victime d'une déclaration qui à la fin s'avère infondée dans ses droits. Ce dernier n'a personne de prévu vers qui se tourner pour la réparation du dommage qu'il peut subir du fait de la déclaration de soupçon qui lui aurait causé injustement un dommage.

À notre sens, il serait judicieux que législateur CIMA à la suite du législateur CEMAC mette « à la charge exclusive de l'État, l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par les personnes concernées par la déclaration. La déclaration de soupçon est donc assortie d'un principe d'irresponsabilité pénale de la personne assujettie, avec la réserve que la déclaration soit faite de bonne foi »⁸¹.

Nous pensons d'ailleurs que, dès lors qu'une déclaration de soupçon ne remplit pas les conditions formelles et fondamentales requises, fut-elle de bonne foi, doit exposer l'entreprise d'assurance déclarante qui doit par conséquent répondre des suites de cette déclaration (condamnation pénale pour : dénonciation calomnieuse, l'infraction sous-jacente ayant procuré les

⁸¹ Article 74 al. 1, du Règlement CEMAC.

fonds et le blanchiment qui en résulte). Ceci dans l'optique de décourager les déclarations fantaisistes.

D'ailleurs selon le Professeur STASIAK⁸², l'immunité qui découle d'une déclaration en bonne et due forme n'est pas en soi une cause d'exonération de responsabilité civile, pénale ou administrative, mais tout simplement un obstacle aux poursuites. Il en résulte que l'éventualité d'effectuer des poursuites contre l'assureur déclarant n'est pas à exclure. En effet, l'immunité du fait de la déclaration au nom de la LBC-FT n'est peut-être absolue. En cas de manquement à l'une des conditions de validité de cette déclaration de soupçon, l'entreprise d'assurance doit perdre son immunité et se retrouver sous le terrain de la violation du secret professionnel par exemple et répondre des faits dommageables qu'elle aurait occasionnés. En outre, quand bien même que la déclaration serait effectuée conformément aux exigences légales, elle n'emporte pas entièrement l'immunité de poursuites contre l'assureur déclarant. C'est le cas lorsque celui-ci postérieurement à sa déclaration, est reconnu coupable de concertation frauduleuse avec un client détenteur de capitaux d'origine illicite.

b) Des effets de la déclaration de soupçon relativement imprécis à l'égard de la relation d'affaire

Lorsqu'une entreprise d'assurance est en présence d'une opération dont elle soupçonne d'être liée au blanchiment des capitaux, elle fait une déclaration de soupçons à l'endroit de la cellule de renseignements financiers, en l'occurrence de l'ANIF et la CENTIF selon le cas. À son tour, la Cellule de Renseignements Financiers accuse réception de cette déclaration de soupçons. Elle traite, et analyse immédiatement les informations recueillies et procède, le cas échéant, à des demandes de renseignements complémentaires auprès du déclarant, des autres assujettis, des Cellules de Renseignements Financiers étrangères etc. Lorsque les circonstances l'exigent, la Cellule de Renseignement Financiers peut, sur la base d'informations graves, concordantes et fiables en sa possession, faire opposition à l'exécution de l'opération ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçons avant l'expiration du délai d'exécution mentionné par le déclarant. Cette opposition est notifiée à ce dernier et fait obstacle à l'exécution de l'opération. Cette opposition est par la suite notifiée au déclarant par écrit et fait obstacle à la réalisation de l'opération pendant

⁸² Frédéric STASIAK, *Déclaration de soupçons*, RSC, 2010, n° 1, p. 163.

une durée qui ne peut excéder quarante-huit heures⁸³. « *Le juge d'instruction territorialement compétent peut, à la requête de la Cellule de Renseignements Financiers, proroger le délai d'opposition sans que ce délai ne dépasse vingt-quatre heures ou ordonner le séquestre provisoire des fonds, comptes ou titres concernées par la déclaration de soupçons. Il peut présenter une requête ayant le même objet* »⁸⁴.

À l'issue de la déclaration, l'opération qui a fait l'objet du soupçon puis d'une déclaration peut être effectuée si la Cellule de Renseignement Financiers n'a pas notifié d'opposition dans un délai de quarante-huit heures à compter de la réception de la déclaration. C'est d'ailleurs ce que le législateur CEMAC recommande en ces termes : « *L'opération qui a fait l'objet de déclaration de soupçons peut être exécutée si l'ANIF n'a pas notifiée d'opposition ou si, au terme du délai de quarante-huit heures (48) heures visé... aucune décision de l'autorité judiciaire n'a été notifiée à l'auteur de la déclaration* »⁸⁵. Le législateur CIMA dira pour sa part que : « *l'entreprise sera libre d'exécuter l'opération ayant donné lieu à déclaration dès qu'elle aura reçu de la Cellule de Renseignements Financiers un accusé de réception ne comportant pas d'opposition ou sinon au terme du délai prévu par les Lois et Règlements* »⁸⁶.

À notre sens, il y a insuffisance d'encadrement de la part du législateur CIMA. En disant « *L'opération qui a fait l'objet de déclaration de soupçons peut être exécutée ...* »⁸⁷ ne permet pas un bon encadrement de la suite de l'opération. Il est important d'être plus claire. Ainsi, nous pensons qu'il serait préférable de dire que l'opération doit être exécutée dès lors que « *... l'ANIF n'a pas notifiée d'opposition ou si, au terme du délai de quarante-huit heures (48) heures visées... aucune décision de l'autorité judiciaire n'a été notifiée à l'auteur de la déclaration* »⁸⁸.

Conclusion

Pour l'éradication des fonds issus de la criminalité financière du système économique légal, la nécessité de mise sur pied d'un système de détection s'est fait ressentir⁸⁹. C'est ainsi que, à travers une démarche pragmatique et graduée fondée sur son appréciation nourrie de son expertise

⁸³ Article 74 al.1 du Règlement CIMA.

⁸⁴ Article 68 al. 2 du Règlement CEMAC.

⁸⁵ Article 74 al. 5 du Règlement CEMAC.

⁸⁶ Article 21 al.2 du Règlement CIMA.

⁸⁷ Article 74 al. 5 du Règlement CEMAC.

⁸⁸ Article 74 al. 5 du Règlement CEMAC.

⁸⁹ Tchobgni Djoumetio (L. N.), Op. cit, p. 100.

et de son expérience que chaque organisme assureur est dans l'obligation de détecter les opérations suspectes et de saisir éventuellement la CRF par une déclaration le cas échéant.

Cette obligation à la charge des entreprises d'assurances dans le dispositif préventif anti blanchiment s'étend du début jusqu'à la fin de la relation d'affaires⁹⁰. En effet, les organismes assureurs ont l'obligation, avant toute relation contractuelle ou assistance à la réalisation d'une transaction, de s'assurer de l'identité de leur contractant et le cas échéant, de l'ayant droit économique de la relation d'affaires⁹¹. L'obligation de vigilance désigne classiquement pour le professionnel l'obligation de déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une anomalie apparente. Et, en présence d'une telle anomalie, de tout mettre en œuvre pour éviter le préjudice qui résulterait pour le client, pour l'entreprise elle-même, ou pour un tiers de la réalisation de cette opération 163. Plus encore, ils ont aussi l'obligation d'enregistrer chaque opération réalisée pour en conserver les documents y afférents pendant une durée de dix (10) ans aux fins d'en assurer la traçabilité⁹².

Cependant, cette mission est d'une efficacité mitigée à cause des insuffisances que présente le cadre juridique destiné à cette lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Toute chose qui nécessite de la part du législateur CIMA de mettre à niveau sa législation afin de permettre aux entreprises d'assurances de jouer pleinement leur rôle dans cette politique anti criminalité financière.

⁹⁰ Voir le titre III du Règlement CIMA définissant les procédures applicables par les organismes d'assurances dans les États membres de la CIMA dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

⁹¹ Article 8 du Règlement CIMA.

⁹² Article 13 du Règlement CIMA.



SCIENCE POLITIQUE

L'instrumentalisation politique de la dévolution du pouvoir traditionnel à l'aune de la démocratisation au Cameroun : cas de la chefferie traditionnelle de Bankim

Par :

Page | 596

Dieudonné Wavoum

Doctorant en Science Politique
Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Résumé :

Le paradigme de démocratisation issu de la décompression du champ politique monolithique des années 1990 continu à impacter le management des institutions politiques nationale et locale du Cameroun et d'Afrique subsaharienne. En effet, ce processus en cours au Cameroun perturbe ici et maintenant le fonctionnement de la chefferie traditionnelle de Bankim. L'implication du « quitus démocratique » est manifeste via la prééminence de l'Etat et surtout de l'élite politique et économique. Cela suppose une forte instrumentalisation et/ou une politisation de la chefferie traditionnelle. En outre, la domination de l'Etat dans le fonctionnement de la chefferie traditionnelle de Bankim se matérialise dans les mécanismes successoraux de dévolution et/ou de conservation du pouvoir traditionnel. Même s'il est vrai que les us et coutumes ancestraux orchestrent encore une résistance face à l'Etat et l'élite politico-administrative et économique dans ce fait social contemporain, il faut relever que la transmission du pouvoir indigène est fortement dominée par les politiques publiques de l'administration et de l'élite. A la vérité, la dévolution du pouvoir traditionnel est aujourd'hui la « chasse gardée » des acteurs modernes au détriment des « faiseurs de roi » reconnus par le moule traditionnel, ce qui déconstruit et reconstruit les mécanismes originels de transfert du pouvoir traditionnel. En sus, ces jeux et enjeux politiques stimulent des conflits. Bref, ces acteurs modernes sont généralement issus des chapelles politiques et trouvent en la chefferie traditionnelle un site privilégié des compétitions politiques locales. En un mot, on assiste à une instrumentalisation politique de la dévolution du pouvoir traditionnel par les entrepreneurs politiques économique et administratif éveillés par la libéralisation de la vie politique et sociale.

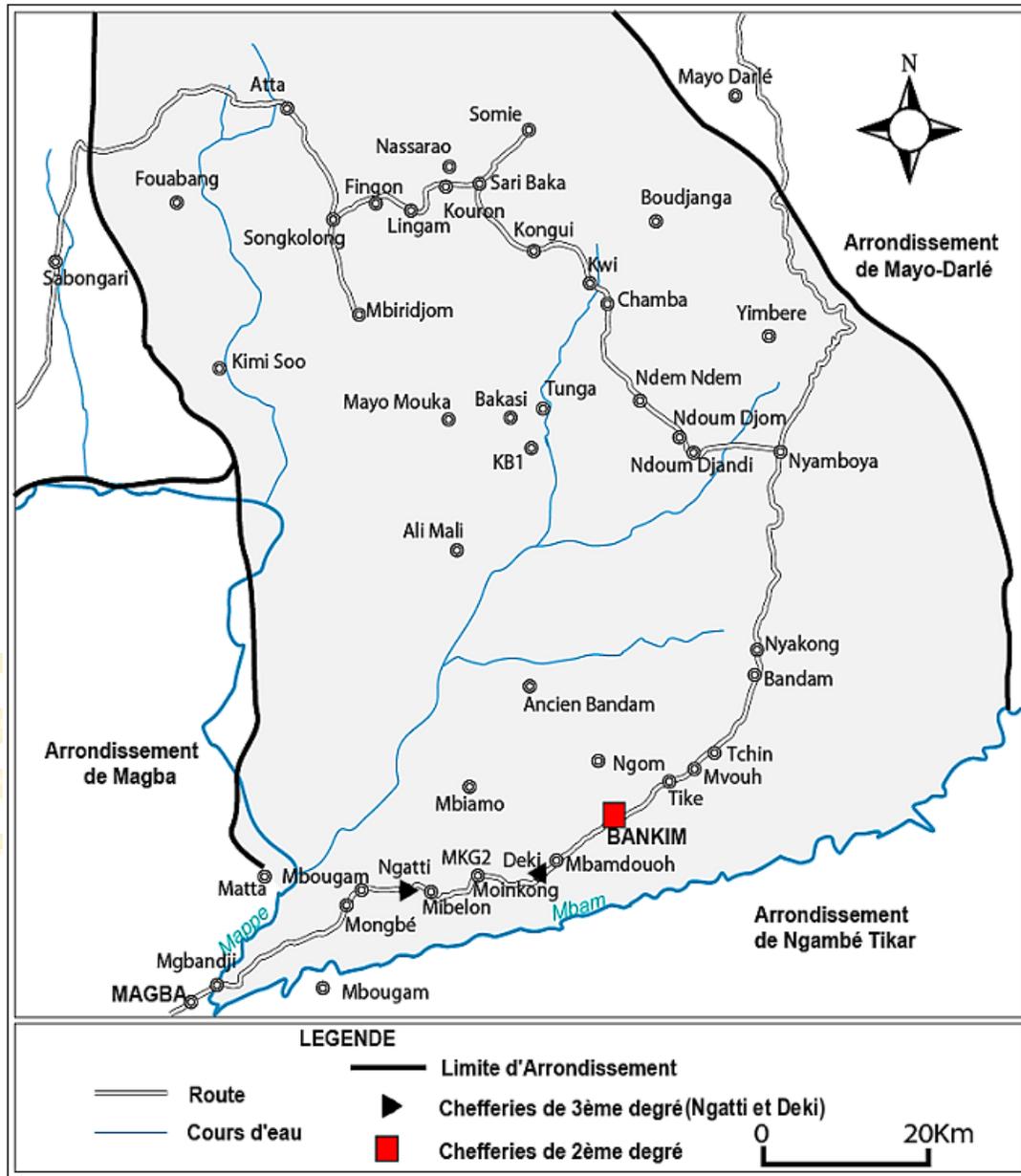
Mots clés : instrumentalisation politique, dévolution du pouvoir, pouvoir traditionnel, chefferie traditionnelle.

Introduction

La chefferie traditionnelle est devenue aujourd'hui un acteur incontournable de la vie politique locale et nationale. Elle fait depuis plusieurs années l'objet de diverses études scientifiques. Jadis considérée par certaines études comme obsolète et anachronique, elle est de nos jours « placée au carrefour stratégique des rapports pouvoir central et population locale » voilà pourquoi elle a « réussi à s'ériger en une véritable tour de contrôle de la politique locale » au Cameroun comme le souligne FOGUI¹. Pour ce qui est de la démocratisation, elle s'est taillée la part du lion dans les discours et réflexions initiés depuis quelques décennies. Le succès de ce nouveau paradigme politique est en partie lié à d'autres thématiques et surtout à des institutions locales dont leur examen en fait un passage obligé. C'est le cas de la chefferie traditionnelle de Bankim. Géographiquement, celle-ci est située dans l'arrondissement de la même ville² (**carte 1**). Le choix de cette aire géographique et ce cadre d'étude spatial est symbolique dans la mesure où le processus de démocratisation a eu une implication ambiguë dans le fonctionnement de cette chefferie traditionnelle.

¹ FOGUI (J-P), *L'intégration politique au Cameroun, une analyse centre-Périphérie*, librairie générale de droit et de jurisprudence, 26, rue Vercingétorix, 75014, Paris, 1990, 379 pages.

² Celle-ci regroupe une vingtaine de villages dont les chefferies sont dites de troisième degré. Suivant l'esprit de l'arrêté N°27 du 19 janvier 1982 déterminant les chefferies traditionnelles de 2e degré dans le département de l'Adamaoua, province du Nord, elle s'est érigée en une chefferie de deuxième degré, c'est-à-dire une chefferie dont le territoire de commandement englobe au moins deux chefferies de 3ième degré. Le choix de la chefferie traditionnelle comme cadre d'étude n'est pas un fait anodin. En réalité de toutes les chefferies traditionnelles Tikar, elle est d'abord la plus grande en terme de superficie géographique et en terme de construit social.



Carte 1: Localisation des chefferies de Bankim, Ngatti et Diéki dans l'arrondissement de Bankim.

Source : Wavoum Dieudonné et Yanmanga Jean Philémon; septembre 2019.

L'objectif de cet article est d'étudier l'articulation entre le transfert du pouvoir coutumier et le trouble jeu et enjeu du processus de démocratisation. Concrètement, il s'agit de mettre en exergue le jeu de dévolution et/ou de conservation du pouvoir traditionnel à l'épreuve des rivalités politiques inhérentes au processus de démocratisation. En réalité, dans la conjoncture actuelle de démocratisation les usages politiques sur la dynamique interne des chefferies traditionnelles ne

marquent pas une césure radicale. « *A la faveur des transitions démocratiques opérées au début des années 1990 et de l'acceptation de leur corollaire, avec le recours au procédé électoral en tant que mode normal de succession ou de maintien au pouvoir, on aurait pu penser à la pacification des mœurs politiques en Afrique Noire Francophone* » précise KAPTCHOUANG³. Accepter une telle assertion, serait aller un peu vite en besogne, puisque si dans les Etats, les transferts pacifique et constitutionnel du pouvoir sont alors côtoyés par l'ascension contraint au pouvoir au moyen du recours aux armes⁴, dans la chefferie traditionnelle de Bankim on assiste à une résurgence et/ou une recrudescence des crises. Dans cette veine, on donne forcément raison à Ibrahim MOUCHE⁵ quand il écrit « *même si l'impact du multipartisme et de la démocratie sur la fonction cheffale reste largement à explorer, crise est le mot qui pourrait provisoirement traduire l'état des chefferies traditionnelles au Cameroun, depuis le retour en 1990 du multipartisme et la démocratisation* ». A la vérité, écrit SOPHIA⁶ « *il n'y a pas de règles de succession universelle de pouvoir, quelle que soit la société ou l'époque. Le pouvoir se conquiert par les armes ou la ruse ou peut se transmettre par hérédité ou encore s'acheter ceci à l'issue d'une bataille âpre. La gestion du pouvoir qu'il soit politique, religieux ou traditionnel ne peut se faire en dehors des dynamiques sociales. Cela est aussi vrai pour le fonctionnement des institutions traditionnelles en Afrique subsaharienne en l'occurrence la chefferie traditionnelle de Bankim.*

Cette étude pose le problème de l'articulation de la relation entre la démocratisation et la dévolution et/ou le maintien au trône ancestral dans la chefferie traditionnelle de Bankim : quel est l'impact du processus de démocratisation sur la dévolution du pouvoir traditionnel à Bankim ? Notre hypothèse est la suivante : l'articulation de la relation entre processus démocratique et transmission du « *pouvoir de brousse* » (MOUCHE : 2005) à Bankim se traduit par l'instrumentalisation politique de la dévolution du pouvoir traditionnel par divers entrepreneurs.

³KAPTCHOUANG TCHEJIP (Célestin), *La dévolution du pouvoir en Afrique Noire Francophone entre tensions et compromis (1990-2009)*, Revue Africaine d'Etudes Politiques et Stratégiques, Université de Yaoundé II, n°6, P125-144 2009.

⁴ Au cours de la période 1960-1990, la seule forme de prise de pouvoir dans les pays africains était le coup d'Etat : deux cents soixante-sept coups d'Etat ou tentatives de coups d'Etat ont été inventoriés. Pour plus de précision lire avec beaucoup d'attention Y, « *Arms transfers and coup d'Etat : A study on sub-saharian Africa* », Journal of peace Research, 1998, vol.35, n°6, p.669.

⁵ MOUCHE (Ibrahim), *Autorités traditionnelles et démocratisation au Cameroun. Entre logique du terroir et logique d'Etat*, Modernity and belonging series, vol.5.Münster LIT Verlag, 2005, 263 pages.

⁶ MAPPA (Sofia), *Pouvoirs traditionnels et pouvoir d'Etat en Afrique. L'illusion universaliste*, Paris, Karthala, 1998 225 pages.

Du point de vue méthodologique, ce travail s'appuie sur l'analyse stratégique de Michel Crozier (1977), les données empiriques recueillies par les sources documentaires, les entretiens et l'observation directe ou participante auprès des entrepreneurs et acteurs fortement représentés dans cette arène politique locale. Les enquêtes de terrain ont été menées entre 2010-2020, auprès des plusieurs acteurs : chef traditionnel, prince, notable, entrepreneurs politico-économiques, administratives et mêmes des citoyens ordinaires de cette localité. L'analyse des données recueillies a donné lieu à deux articulations : instrumentalisation politique de la chefferie une stratégie de mise évidence des facteurs explicatifs de déstabilisation de la chefferie traditionnelle à travers le maintien au trône ancestral (I) et instrumentalisation du jeu politique locale ouvrant une fenêtre d'opportunité politique aux chefs traditionnels comme une remise en cause de l'ordre dirigeant traditionnel (II).

I- CONJONCTURE DEMOCRATIQUE COMME UNE ACROBATIE DE LIBERATION DE LA PAROLE ET DE CONTESTATION DE L'AUTORITE DU CHEF TRADITIONNEL

Dans la conjoncture actuelle de démocratisation en cours au Cameroun, on assiste à une libéralisation du champ politique jadis fermé aux citoyens et canalisé par le système du monopartisme. Surtout qu'avec la réouverture démocratique le marché politique s'offre plusieurs opportunités au citoyen. Dans cette perspective, il peut désormais via la liberté d'expression démocratique avoir l'audace de critiquer les organes gouvernants du pouvoir traditionnel. Ainsi, la liberté d'expression démocratique devient un vecteur détonateur de mise en exergue de la déchéance de cette chefferie. Tout ceci se fonde sur la loi n^o 30/052 du 19 décembre 1990 portant liberté de la presse et de communication sociales au Cameroun implémentée par la libéralisation politique entamée en 1990. La dévolution du pouvoir s'assimile quant à elle, à la fin de l'exercice d'un mandat électif par le truchement du droit, par le transfert « *pacifique* » du témoin des institutions étatiques. « *C'est un procédé d'éviction ou de reconduction des dirigeants en place* » comme le mentionne KAPTCHOUANG⁷. Seulement pour la chefferie traditionnelle de Bankim à forte imprégnation du régime monarchique, donc pas de fin de mandat électif mais plutôt naturel, la règle commune de 1990 à savoir, la méthode démocratique et ses opportunités, ont balisé la route aux potentiels héritiers ; chefs traditionnels. Une aubaine, puisque « *sous le règne du parti*

⁷ *Ibib*

unique à cause de la logique centralisée et autoritaire de l'Etat, les hommes politiques brillaient par leur apathie politique » (MOUICHE : 2005). Pourtant, « avec la démocratisation, beaucoup vont réveiller leurs ambitions jadis en dormance » (MOUICHE : 2005). Ainsi, Il est opportun de retenir qu'avec la démocratisation plusieurs chefs traditionnels se sont intéressés davantage à la chose politique, intégrant les rangs du RDPC pour certains et d'autres les chapelles politiques d'opposition. C'est le cas de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM. Cette connivence avec le RDPC en elle-même, n'est pas ou ne serait pas un drame après tout, puisque les chefs traditionnels et/ou princes sont des citoyens. Avec les fourches caudines de la conjoncture de la libéralisation politique, cette implication fera gorge chaude à SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM. Une réflexion anthropologique et sociologique en la matière, engendre des polémiques trop fécondes sur le transfert et/ou le maintien au pouvoir traditionnel dont les facteurs tant externes (B) qu'internes (A) peuvent valider de tels agissements à la faveur du processus démocratique.

A- Les facteurs inhérents de la déliquescence de la chefferie traditionnelle de Bankim

Depuis plusieurs décennies, le discours inflationniste sur les opportunités démocratiques semble être une aubaine à toute personne de critiquer la gestion du pouvoir des organes dirigeants d'une structure ou d'une institution. Dans le cas d'espèce, la liberté d'expression que bénéficie la population camerounaise depuis 1990, a fait naître à Bankim un groupe sous le label « *les membres révolutionnaires de la chefferie supérieure de Bankim* » dont le leitmotiv est « *dénonçons et proposons des solutions* ».

Sur le plan pratique, il est difficile de prétendre qu'avec les processus de libéralisation politique et de démocratisation n'ont pas eu des implications réelles sur les méthodes d'organisation et de management des sociétés traditionnelles. Avec une telle embellie politique, tout citoyen a donc l'audace de critiquer les organes dirigeants du pouvoir ceci au nom de la bonne gouvernance. Pour ainsi comprendre la mise en exergue les facteurs explicatifs de la « *mal gouvernance* » du pouvoir traditionnel de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, deux faits majeurs révélateurs des préjugés qui hantent les analyses sur les trajectoires locales de la démocratisation en relation à la dévolution du pouvoir traditionnel ont retenu notre attention à savoir ; l'impact de l'absence des cérémonies traditionnelles à Bankim (1) et la défaillance récente du chef traditionnel de Bankim sur la tradition (2). A la vérité, les griefs reprochés au chef traditionnel de Bankim sont

inscrits sous le label de la bonne gouvernance en tant qu'un principe fondamental de la démocratie dont le but principal était de lui démettre de son pouvoir.

1- L'implication de l'absence des cérémonies traditionnelles pour des raisons de la modernité de la fonction cheffale

Page | 602

Le pouvoir c'est la continuité puisque le pouvoir est éternel et le roi éphémère. Et dans les chefferies traditionnelles comme au sein des institutions étatiques cette continuité est observable via certains rituels que l'autorité en charge pérennise. « *Accusé de passivité sur les problèmes de développement* » du village les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim révèlent fort opportunément que « *Bankim est mort et enterré sur le plan de la tradition et du développement de sa culture, car le bilan culturel de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM est nul. Il faut un souffle nouveau à la tête de la chefferie traditionnelle de Bankim* ». Car, « *il a enterré Bankim traditionnellement* » ajoutaient-ils. Cette critique trouve son fondement sur le fait depuis plusieurs années ce gardien des traditions a mis sous le boisseau les cérémonies traditionnelles à savoir le tambour des ancêtres, le « *Ngaen* » similaire au « *Ngouon* » chez les Bamoun dans le Noun et le « *Ngondo* » des Sawa au littoral. Certes, avec l'arrivée tour à tour de l'islam, du christianisme et de la colonisation, la plupart des rituels traditionnels ont été réduits à la clandestinité. Dans cette perspective de pérennisation de la tradition, le rituel de « *Ngaen* » se veut écrit ONANA⁸ « *à la fois une incursion mystique dans le passé de la communauté et une projection divinatoire dans l'avenir* ». En tant que facteurs de socialisation et d'identification culturelle, les cérémonies traditionnelles interviennent dans la légitimation des autorités politiques et des normes traditionnelles en suggérant de manière symbolique leur émanation divine et ancestrale. Elles véhiculent la connaissance ancestrale à travers des mythes et des légendes et régulent l'interaction sociale dans plusieurs sociétés traditionnelles. Dans ce champ d'étude choisi, il serait donc plus juste d'admettre que les cérémonies traditionnelles sont plus que jamais très primordiales puisqu'elles permettent aux hommes vêtus des « *costumes traditionnels* »⁹ de présenter leurs doléances et surtout de recevoir la bénédiction, la force, la sagesse, l'intelligence, les protections des morts et l'inspiration nécessaires au gouvernement traditionnel des hommes. Globalement, il s'agit des fonctions de légitimation par la sacralisation des institutions politiques

⁸ ONANA (Janvier), *Le sacre des indigènes évolués : Essai sur le professionnalisme politique*. 2004, 305 pages.

⁹ *Ibib*

et traditionnelles, des fonctions d'intégration et de cohésion sociale. Il est donc inacceptable, voire incompréhensible que celui qui est le gardien de cette dernière la relaye au second plan depuis plusieurs années. D'ailleurs, accorder du crédit à une telle assertion sans prendre du recul c'est avoir la mémoire en panne. D'autant plus que, la mémoire est la base de la personnalité individuelle comme la tradition est la base de la personnalité collective d'un peuple. Nous vivons dans et par le souvenir, et notre vie spirituelle n'est au fond que l'effort que nous accomplissons pour que nos souvenirs se perpétuent et deviennent espérance, pour que notre passé devienne avenir. Vue sous cet angle, la mémoire tout comme la tradition est un trésor, un patrimoine vital. Laisser dépérir les tombes, les us et les coutumes bref, la tradition c'est comme enlever à un individu tout souvenir de son enfance, de sa famille, des lieux où il a vécu. De façon unanime, seule la pérennisation de la tradition peut protéger le village. Le « *Ngaen* » ; fête traditionnelle chez les Tikar de Bankim. Il s'objective par l'entremise des chefs traditionnels dépositaires incontestables de l'ordre politique par ce qu'intermédiaires entre les ancêtres divinisés et le peuple.

Et de nombreux observateurs s'accordent sur le fait que la chefferie traditionnelle représente avant tout la valeur culturelle d'un village, d'une tribu ou d'une ethnie. Cette vision des choses est soutenue par plusieurs auteurs puisque c'est la culture qui est le fondement d'une chefferie traditionnelle. Pour FOPOUSSI FOTSO¹⁰, la chefferie traditionnelle dans l'Afrique contemporaine est au centre d'une controverse fort nourrie. Même si, cette institution entre en ballotage lorsqu'il s'agit de définir sa place et ses missions aux côtés des structures administratives modernes, cet auteur précise qu'« *elle est reconnue comme le creuset pour la préservation des us et des coutumes, bref de l'identité de peuples* ». Malheureusement dans la chefferie traditionnelle de Bankim, « *Des inconnus accèdent jusqu'au cimetière sacré de la chefferie supérieure de Bankim après avoir donné une grosse enveloppe à SM. El HADJ NGAH II IBRAHIM. Des objets sacrés datant de plusieurs siècles sont vendus* ». On donne donc raison à NACH MBACK¹¹ lorsqu'il affirme « *le vrai mal dont souffre la chefferie traditionnelle se trouve dans le dévoiement des valeurs qui fondent sa respectabilité* ».

¹⁰ FOPOUSSI FOTSO (Evariste), *Faut-il brûler les chefferies traditionnelles ?* SOPECAM, Yaoundé Juin 1991, 101 pages;

¹¹ NACH MBACH (Charles), *La chefferie traditionnelle au Cameroun : Ambiguïtés juridiques et dérives politiques*, In Africa development, vol.XXV, N° 3et 4, 2000, Pp : 78-115.

Tels sont les reproches faites par ce groupuscule des progressistes et révolutionnaires sur l'absence des cérémonies traditionnelles dans cette chefferie traditionnelle. Ils vont poursuivre au nom de la liberté d'expression démocratique leur logique en mettant en évidence certains maux, justes ou faux dans la gestion du pouvoir du chef traditionnel, dont ils ne veulent plus voir au pouvoir en proposant d'ailleurs quelques critères du futur chef traditionnel. Mais pour certains observateurs, c'est l'implication de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM d'intégrer les rangs du RDPC dans la politique associée à la liberté d'expression de la démocratie qui ont ouvert les vannes aux critiques exacerbées de la gestion de son pouvoir. Quid de la défaillance de la tradition de la chefferie traditionnelle de Bankim ?

2. La tradition en perte de vitesse et la prospérité de la sorcellerie, raisons clés de la déchéance du chef traditionnel de Bankim

Avec le processus démocratique, on assiste à des « *révolutions tranquilles* ». Elles peuvent dans certaines mesures s'opérer sur fond de violence politique physique et/ou symbolique. Dans le cas d'espèce, les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim vont dans leurs multiples lettres -via liberté de presse- faire savoir aux populations des réalités sociales dans de domaines variés dont le principal présumé coupable serait SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, ceci dans l'objectif de lui démettre de ses fonctions traditionnelles. Au rang de celles-ci, on peut inventorier selon les lettres la « *vente abusive et sorcière des terrains de Bankim* ». Le domaine foncier appartient selon la littérature officielle appartient à l'Etat et aux gardiens de tradition. Pour ces derniers, GUISSOU (1996 : 71) mentionne qu'ils sont des « *gestionnaires et allocataires des terres* ». Au temps de Feu SM. EL HADJ MVEIMBLANG OUMAROU, père de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM chef supérieur de Bankim et grand cousin de SM. MVOUEN VINCENT, chef de NGATTI (de 2002 à 2016), la chefferie traditionnelle de Bankim avait un vaste champ de maïs, d'arachide et de manioc. Chaque saison donnait droit à des récoltes énormes à la chefferie. Les terrains et les lieux sacrés étaient gardés et protégés pour les générations futures. Rien n'était vendu en fait. Mais de nos jours, constate avec amertume les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim, l'on assiste à une vente des terrains organisée par le pouvoir en place. D'où vient-il que le pouvoir traditionnel de cette cour soit accusé de la vente abusive de terrain ? Pour plus de crédibilité suivons cette déclaration dudit groupe :

« Aujourd'hui, la ville de Bankim a perdu plus de 60% de sa superficie vendue au profit des allogènes. La seule activité qui marche aujourd'hui dans la chefferie traditionnelle de Bankim, c'est la vente de terrain et la sorcellerie. Un même terrain peut être vendu à plusieurs personnes comme c'est le cas du terrain situé à Nywé, face au commissariat. On y voit des parpaings sur cette petite colline. Le chantier est arrêté, mais la raison avancée par SM. EL HADJNGAH II IBRAHIM est que le terrain se situe à côté du cimetière sacré de Bankim. Est-ce au moment où il percevait des centaines de mille, ne savait-il pas qu'il s'agissait là d'un terrain proche du cimetière sacré ? Voilà une mafia. »¹²

Pour ce qui est de la sorcellerie, il faut déjà le mentionner que « la chefferie traditionnelle est le creuset de la sorcellerie en Afrique » PETER GESCHIERE¹³. Et selon SOPHIA MAPPA (1998) dans une chefferie traditionnelle « les accusations de sorcellerie constituent le moyen le plus sûr pour l'éviction d'un prétendant au trône ». Le pouvoir d'un chef traditionnel est idéalement occulte. Dans l'une de leurs lettres les révolutionnaires précisent :

« La quasi-totalité des princes de la chefferie traditionnelle de Bankim sont des sorciers. C'est bien ceux-là qui sont les chargés de missions pour l'extermination de l'élite progressiste de Bankim. Ils sont pour la plupart des analphabètes. C'est eux qui pérennisent la tuerie de l'élite Tikar qui émerge dans l'administration camerounaise et ceci sous un silence complice du chef traditionnel de Bankim »¹⁴. En plus, ajoutaient-ils « NGAH II IBRAHIM est déconnecté de la tradition. Même ton défunt père ne veut plus de toi. Tu le sais et pour preuve nous t'avons accompagné au cimetière sacré ce jour où tu es allé te confier aux ancêtres à cause de ces correspondances que tu reçois. Tu as appelé et conjuré, mais il n'y a pas eu de réponse. Tu as insisté, aucune réaction n'a suivie. C'est la preuve que même les ancêtres ne veulent de toi. Pourquoi tu nous fatigues ? Laisse la mémoire des défunts chefs se reposer en paix. DEMISSIONNE. Ils en ont marre de toi. C'est une preuve que tu es un déraciné culturel NGAH II IBRAHIM... »¹⁵.

¹² Extrait de la deuxième lettre écrite en fin d'année 2015 par des « détracteurs et protestataires » du pouvoir du chef traditionnel de Bankim intitulée le chef supérieur de Bankim et sa notabilité organisent les élections du nouveau chef.

¹³ GESCHIERE (Peter), Sorcellerie et politique : les pièges du rapport élite-village, in politique africaine, n°63, juillet 1996, Pp.82-96;

¹⁴ Ibib

¹⁵ Ibib

A la lecture des correspondances adressées au chef traditionnel de Bankim, quelques victimes de la machine de tuerie mis en place ont été citées. Les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim accusent les organes dirigeants du pouvoir traditionnel en place des faits suivants dans le but de les déstabiliser :

« Les blocages, c'est eux ;

Les tueries c'est eux ;

Les ralentissements des chantiers, c'est eux ;

Les maladies, c'est eux ;

Les mauvais sorts, c'est eux ;

Les avortements provoqués, c'est eux ;

L'enterrement de la tradition Tikar, c'est eux ;»¹⁶

Cette montée au créneau de la sorcellerie semble être due à la conquête acharnée du pouvoir. Celle-ci étant elle-même stimulée par le quitus démocratique via la liberté d'expression sous l'ancrage des rapports de forces politiques avec les conflits intestins. En clair, « *la sorcellerie constitue en définitive un registre de choix pour décrypter les relations réelles de pouvoir qui se cachent plus ou moins et parfois presque pas du tout sous le manteau des institutions* » (PETER GESCHIERE ; 1996). On comprend donc aisément que partout où elle s'exerce, c'est sur le terrain des rapports de force. Et avec donc « *la politisation de la chefferie* » de Bankim vêtue des habits neufs de la démocratisation les conquêtes nocturnes trouvent ainsi leur fondement. D'ailleurs, « *le rapport entre sorcellerie et politique se renouvelle sans cesse pas seulement au plan local, mais aussi au niveau national et même international* » précise certainement avec raison PETER GESCHIERE¹⁷. Pour l'Afrique, le lieu par excellence de la sorcellerie semble être la parenté ou la « *maison* ». Chez les Tikar de Bankim où nous avons mené nos enquêtes de terrain, on résume succinctement cela en parlant du « *GUEULI* », « *la sorcellerie de la maison* » c'est-à-dire l'agression occulte qui vient du dedans. Il apparaît donc clairement que la sorcellerie est censée servir à la fois aux « *petits* » comme arme égalisatrice contre les « *grands* » et aux « *grands* » eux-

¹⁶ *Ibib*

¹⁷ *Ibib*

mêmes qui cherchent à consolider leur ascendant et à réaliser leurs ambitions. Dans un tel climat, les confrontations politiques aux jeux et enjeux démocratiques se confondent ou se métamorphosent avec les batailles nocturnes que les sorciers se livrent entre eux. Dans cette perspective, « *politique et sorcellerie sont difficile à séparer* » comme le martèle PETER GESCHIERE (1996 : 87). Dans cet ordre de sorcellerie, le jeu politique s'éloigne de la masse en s'entourant discursivement et pratiquement des phénomènes paranormaux. Dès lors, comme le note PETER GESCHIERE¹⁸ « *la politique devient une affaire de « grands » puisque « les grands » sont systématiquement associés dans les traditions et dans les représentations sociales et religieuses au charisme, au don, à la grâce divine, à la baraka, au loges initiatiques et autres sociétés secrètes ; ou encore à l'« évu », ou « Djambé », le « hu » ou l'« éwusu » chez les Béti-Bulu, chez les Bassa ou encore chez les Maka* ».

Avec tous ces événements dont le but principal était la destitution du chef traditionnel du pouvoir SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, le landernau politique et traditionnel de la ville de Bankim en général et de la chefferie traditionnelle en particulier traversait une période tumultueuse mais ce dernier est resté tenace et téméraire. Même si SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM a vu son pouvoir s'émietter par ces révolutionnaires constitués des princes, des notables, des élites intérieures et extérieures de la localité, il est resté égale à lui-même au trône ancestral de cette chefferie traditionnelle, pourtant une destitution fut programmée à la chefferie de Bankim. Quoiqu'il en soit, la mise en exergue des causes et/ou facteurs de l'échec de la gouvernance traditionnelle de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM au nom de la liberté d'expression s'est matérialisée comme une attitude responsive des forces alternatives à la « *confiscation* » du pouvoir traditionnel par cette majesté. D'ailleurs, ces progressistes et révolutionnaires nourris d'appétits du pouvoir avaient déjà et depuis commencé au regard du règne éternitaire du chef traditionnel à penser à ce que KAPTCHOUANG¹⁹ appelle « *la fabrication de l'alternance politique* ». Ce qu'il faut savoir c'est que la mise à nu de la « *mal gouvernance traditionnelle* » de cette « *auxiliaire de l'administration* » trouve pour mobiles deux choses. D'une part, son militantisme et engagement politique au sein du RDPC, agrémenté par les débats politique et politicien a ruiné et sapé son autorité traditionnelle et d'autre part la libéralisation politique qui a ouvert les vannes et a donné

¹⁸ GESCHIERE (Peter), "Chiefs and the problems of witchcraft varying patterns in south and west Cameroon" In journal of legal pluralism and unofficial law 1994, n0 37-38

¹⁹ *Ibib*

l'opportunité à quiconque de s'exprimer en toute liberté. A côté des défaillances de ce chef traditionnel, la conjoncture que traverse le Cameroun semble trouver ici, un champ d'explication de la déstabilisation de cette chefferie traditionnelle.

B- Les facteurs conjoncturels de la déstabilisation de la chefferie traditionnelle de Bankim

La conjoncture est une situation résultant d'un concours d'événements. Aussi, peut-elle être selon la classification de DOBRY²⁰ ; soit critique, soit routinière. Pour besoin d'intelligibilité, précisons que la conjoncture politique en période de démocratisation façonne ainsi l'équilibre momentané des rapports de forces observables sur la scène politique (FOULLA DAMNA: 2016). Le contexte socio politique actuel constitue à ne point douter, une situation qui contribue à une déstabilisation de la chefferie traditionnelle de Bankim. Deux faits saillants ont retenu notre attention suivant les enquêtes de terrain menés sur les lieux : le renouvellement des organes de base du RDPC Mayo-Banyo Sud (1) et la secte fondamentaliste Boko Haram associé à la crise corporatiste dite « *anglophone* » (2).

1- Le renouvellement des organes de base de la section du RDPC Mayo-Banyo Sud en 2016, creuset de discorde et de disharmonie des entrepreneurs traditionnels

« *La démocratisation est une aubaine de l'émergence des nouveaux acteurs et la perte de l'hégémonie des groupes dominants* » écrit ASSANA²¹. Cette vision des choses augure nettement le changement à la tête des organes dirigeants. Celle-ci est lisible au sein des organes de base du RDPC si l'on s'en tient aux textes de base de cette famille politique. Que disent les faits ? Tout commence lors des derniers renouvellements des organes de base du grand parti, le RDPC. Deux camps s'étaient proposés pour présider aux destinées de la section RDPC Mayo-Banyo Sud. C'est-à-dire détenir le pouvoir. S'agissant de la lutte pour le pouvoir, « *elle est le symbole même du conflit politique, mais sa signification varie suivant que ce genre de conflit rompt avec les mœurs politiques* » mentionnait KAMTO²². Il s'agissait d'un côté du camp dont le leader fut

²⁰ DOBRY (Michel), *Les voies incertaines de la transitologie : choix stratégies, séquences historiques, bifurcations et processus de path dépendance* ». In revue française de science politique, 50 (4-5), Août- octobre, 2000, pp. 585-614;

²¹ ASSANA, « *Démocratisation, ethnicité et recherche hégémonique locale au Cameroun : Cas de la région de l'Adamaoua* », Thèse de Doctorat, Ph. D-UYII-SOA, 2017, 386 pages ;

²² KAMTO (Maurice), *Pouvoir et droit en Afrique Noire : Essai sur les fondements au constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique Noire Francophone*. Librairie générale de droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Duran-auzias, 20, Rue Soufflot.75005 Paris, 1987,549 pages;

naturellement SM. NJOWE PHILIPPE, maire de la commune de Bankim (2002-2020) et chef traditionnel de la chefferie de DIEKI soutenu par SM. MVOUEN VINCENT ; alors chef traditionnel de la chefferie de NGATTI. De l'autre côté, les candidatures des messieurs HAMASSOUMOU NFOUEN et MVOUGAH SIMON PIERRE, membre suppléant du comité central; tous deux élites de l'arrondissement de Bankim. Compte tenu du climat délétère qui prévalait dans l'arrondissement de Bankim en cette période électorale délicate pour le RDPC, le maire de la commune de Bankim et le chef traditionnel de NGATTI arriveront à trouver un compromis politique à la grande surprise de tout le monde et particulièrement du chef traditionnel de Bankim. Un compromis dont on peut qualifier de « *panicide en politique ou de la théorie du complot en politique* » pour reprendre l'expression de EDGAR FAURE²³. Une conclusion d'alliance binômique circonstancielle prenant l'allure d'une coalition. SM. MVOUEN VINCENT étant un allié du maire NJOWE Philippe, soutiendra la candidature de ce dernier à la présidence de la section RDPC Mayo-Banyo Sud et en ressortira avec la casquette de trésorier de cette section avec SM. NJOWE PHILIPPE à la tête comme président, HAMASSOUMOU NFOUEN en qualité de vice-président et monsieur MVOUGAH SIMON PIERRE comme conseiller. L'on note ici déjà un engagement politique des leaders traditionnels dans la compétition politique locale. Or a priori, chacun sait que l'engagement politique est périlleux. Certains politologues et philosophes se sont faits écho de cette acception sui generis du vocable politique. Par exemple, CHARLES DEBBASCH²⁴ écrit que « *la politique plus que toute entreprise humaine est angélique et diabolique...elle attire le bien et le mal...* ». Dans le même sens, le propos tenu par HODERER, un personnage de Jean Paul SARTRE (1948) traduit en filigrane cette conception populaire de la politique. Dans un dialogue avec HUGO, voici ce qu'HOEDERER déclare : « *comme tu tiens à ta pureté, mon petit garçon ! Comme tu as peur de te salir les mains. Eh bien, reste pur ! A qui cela servira-t-il et pourquoi viens-tu parmi nous ? La pureté, c'est une idée de fakir et de moine. [...]* Moi j'ai les mains sales. Jusqu'aux coudes. Je les ai plongées dans la merde et dans le sang. Et puis après ? Est-ce que tu t'imagines qu'on peut gouverner innocemment ? ». Il faut noter que l'arène politique locale de cet arrondissement ne dispose pas « *d'entrepreneurs économiques de la trempe des 'migrants enrichis' Bamiléké, principaux hommes d'affaires camerounais* » (MOUICHE : 2005) comme à l'ouest du Cameroun. La domination politique ici est plutôt l'œuvre

²³ EDGAR (Faure), « *L'alternance ou la noix creuse* » pouvoirs, N01, 1977, Pp.9-18;

²⁴ DESBBASCH (C), *L'Etat civilisé contre le pouvoir sauvage*, Paris, Fayard, 1979, 236 pages;

d'un cercle restreint d'élites bureaucratiques qui se renouvellent par le mouvement naturel des générations filtrés par la cooptation. A ce niveau, on donne forcément raison à KAMTO (1987) quand il écrit que « *les sociétés où s'opèrent avec intensité la compétition et la rivalité politiques sont en proie à la sorcellerie* ». D'après certaines sources concordantes, le plan du chef traditionnel de Bankim ayant échoué, il montera un coup pour « *tuer* » SM. MVOUEN VINCENT, le chef traditionnel de NGATTI. Plusieurs missiles de sorcellerie seront dirigés vers lui au point où cet artiste du consensus du RDPC à Bankim, ne prendra pas part à la cérémonie d'installation du bureau de la section RDPC Mayo-Banyo Sud le 20 novembre 2015. Selon un témoignage sérieux, c'est ce jour qu'il tombait malade et ne prit donc pas part à cette cérémonie. « *Si ce jour j'avais été là, c'est mon cadavre qui devrait rentrer chez moi. J'étais parti me soigner NGAN-HA* » déclarait l'intéressé lors de nos entretiens.

Ce qui est important à saisir à ce niveau, c'est de comprendre comment la compétition électorale locale implémentée par la démocratie, dans une chapelle politique crée des clivages au sein d'un groupe ethnique à travers l'engagement des chefs traditionnels en politique. Cette discorde sera plus tard un des motifs cachés de la destitution contentieuse des majestés MVOUEN VINCENT et NJOWE PHILIPPE, respectivement chef traditionnel à NGATTI et DIEKI. On comprend aisément comment la démocratie est un détonateur d'un conflit -latent- dans la chefferie traditionnelle de Bankim via la lutte pour le positionnement ou le repositionnement politique locale. Seulement, en dehors du renouvellement des organes de base du RDPC dans le Mayo-Banyo Sud, un autre fait très saisissant de la conjoncture portera un coup dur sur le management du pouvoir du chef traditionnel de Bankim.

2-Le pouvoir traditionnel de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM ; un pouvoir sujette à caution en relation à la conjoncture sociopolitique : la secte fondamentaliste « Boko Haram » et la crise dite « *anglophone* »

En dehors du renouvellement des organes de base de la sous-section du RDPC Mayo-Banyo Sud en 2016, le contexte l'impose, la chefferie traditionnelle de Bankim n'a pas été épargnée des vicissitudes dont traversent le Cameroun ces dernières années. Pour ce travail, il est question de mettre en relief le rôle perturbateur de la crise sécuritaire et de la psychose implémentée par la secte Boko Haram (BH). Cette montée au créneau des revendications corporatives des enseignants et avocats qualifiée de crise dite « *anglophone* » dans les régions du nord-ouest et sud-ouest

(NOSO) associé aux attaques répétées à l'extrême-nord du Cameroun de la secte fondamentaliste Boko Haram ont eu un impact néfaste sur le fonctionnement et la gestion du pouvoir traditionnel à Bankim.

Il faut dire que la secte fondamentaliste Boko Haram (BH) prêche l'antipathie contre l'« *occidentalisation* » et ne cache pas ses tendances pro djihadistes. Etymologiquement, Boko Haram signifie « *l'éducation occidentale est un péché, une abomination* » (MENGUELE : 2012). Initialement, elle avait pour gourou un certain Mohammed Yusuf, un prédicateur radical. A la mort de celui-ci en août 2009, Sani Umaru et le colonel Nigérian Ben Ahanotu vont finalement prendre les rênes de la secte. La secte Boko Haram fait de l'école occidentale, du christianisme sous toutes ses formes et des autres formes de religions une hérésie. Bref, il s'agit d'une secte islamique promotrice d'une forme radicale d'intégrisme religieux qui privilégie une allégeance intransigeante à la « *Umma* », la communauté des croyants musulmans. Secte fondamentaliste, « *Boko Haram* » préconise le rejet de la modernité, et est favorable à l'instauration d'un Etat islamique dominé par les haoussas et prône l'application de la charia. « *Boko Haram* » s'est distinguée dans la sous-région par la promotion d'un véritable « *choc des civilisations* ». De fait, au cours de ces dix dernières années, « *Boko Haram* », la secte intégriste et fondamentaliste d'obédience islamique s'est signalée par des actes criminels itératifs particulièrement violents. Ses adeptes dont la mission « *quasi-prophétique* » est de compromettre, de déprécier voire d'abolir l'éducation occidentale qu'ils considèrent comme malicieuse ne ménagent aucun effort pour parvenir à leurs fins messianiques. Selon M. Mohammed Yusuf, le plus emblématique de ces moyens efficaces de résistance contre « *les hérésies* » véhiculées par l'école occidentale est sans doute la pratique de la « *guerre sainte* » la « *jihad* ». Cette légitimation de la violence a reçu un écho favorable auprès des adeptes à qui on enseignerait que mourir pour la cause d'Allah et de son prophète c'est assurer une place de choix au paradis en compagnie de douze (12) vierges. L'enjeu est donc énorme. Il nécessite la propagation du « *vrai islam par les moyens islamiques* » notamment le plus emblématique d'entre eux qu'est la « *jihad* ». Avec la mise en œuvre de ce projet de conversion religieuse, on assiste depuis près d'une décennie à un véritable réseau internationale promoteur d'une transnationalisation du fanatisme religieux. Dans cette internationalisation à peu près certaine de l'irrédentisme religieux, les leaders de la secte « *Boko Haram* » disent vouloir emboîter le pas à Al qaïda après les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis.

Quant à la crise dite « *anglophone* » elle est née « *des revendications corporatistes des avocats et des enseignants qui réclamaient la traduction en langue anglaise des Actes Uniformes de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires(OHADA) et la préservation de la spécificité du système judiciaire et du système éducatif anglo-saxon dans les deux régions* » du Nord-Ouest et du sud-Ouest (NOSO) du Cameroun. Elle présente aujourd'hui des conséquences néfastes dans le triangle national. Limitrophes à la région du Nord-Ouest, l'arrondissement de Bankim à l'intérieur duquel se situe géographiquement notre chefferie traditionnelle n'est pas été épargnée. Une forte population issue de ces régions en crise s'est installée dans la localité de Bankim. On dénombre plus de 5000 déplacés internes dans cette localité en 2018. Et les organes dirigeants traditionnels voire même administratifs ont eu une forte pression dans la gestion des affaires locales. Lors de sa tournée de prise de service dans l'arrondissement de Magba, Jean Jacques NSANG EKONDE, sous-préfet de cette localité et eu égard au climat qui y règne va dans une brève allocution « *nous allons renforcer la sécurité dans les villages attaqués ainsi que des autorités traditionnelles* ». Selon les informations recueillies sur RETIK, la toute première radio en ligne sur WhatsApp, « *la crise anglophone a causé beaucoup de préjudice aux chefs traditionnels de la plaine Tikar, certains ont abandonné leur village pour se retrouver à Bankim et à Magba. SM. TCHIMI Pita a été arrêté et a passé 48 heures dans une cellule* ».

Dans les arcanes du pouvoir traditionnel de Bankim, à travers leurs multiples lettres envoyées à SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim vont tenir des propos qui feront la panique dans l'arrondissement de Bankim en prenant pour tremplin la secte « *Boko Haram* ». Une panique normale, puisque l'émergence contemporaine de cette secte fondamentaliste à qui certains ont attribué la paternité des tracts antichrétien vient donc raviver les tensions et provoquer un climat d'insécurité dans le grand nord du Cameroun. Comment donc comprendre l'implication de cette secte dans la déstabilisation la chefferie traditionnelle de Bankim via la dévolution ou le maintien au trône ancestral ?

Tout commence par un faux profil créé au nom du chef traditionnel de Bankim. Un profil qui fut utilisé pour publier des informations visant à terroriser les populations. « *Bankim sera le 2ème Kolofata du Cameroun et Boko Haram remportera la victoire. L'arrondissement de Bankim*

deviendra un Etat islamique et sera rattaché au Nigéria », pouvait-on lire dans l'une des publications. Légaliste et ayant confiance aux institutions étatiques de la République, le chef traditionnel de Bankim saisissait ainsi l'autorité compétente en déposant une plainte. Avant cela, il aurait reçu un coup de fil d'une personne non identifiée l'insultant et surtout lui menaçant d'aller exploser la chefferie traditionnelle. Tout ceci se déroule quand sa majesté est absente à Bankim. Pour être plus complet suivant les propos d'un témoin oculaire, le secrétaire du chef traditionnel de Bankim ; MGBE ROGER : « *Le 28 mai dernier à 08h50 minutes, le chef étant absent dans la ville et se trouvant dans la région du nord-ouest à Sabongari, invité pour l'inauguration d'un hôtel a reçu un coup de fil lui disant : est-ce que vous connaissez ce qu'on appelle un kamikaze ?* ». SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM répondit dans la sérénité et le calme : « *je vous écoute parler* ». « *Je vais exploser votre chefferie traditionnelle ?* » continuait l'inconnu au téléphone. Ce fut la panique totale dans la chefferie traditionnelle. SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM va saisir le commandant de la brigade de gendarmerie de Bankim et le Procureur de la République du département du Mayo-Banyo résidant à Banyo d'abord. Les éléments de la brigade vont descendre sur les lieux et feront le même constat. Et ensuite, le « *détenteur du pouvoir temporel et spirituel* » (MOUICHE : 2005) de la chefferie traditionnelle de Bankim va instruire ses hommes de la sécurité au plan traditionnel de rester plus que jamais vigilants. Quarante (40) hommes au total veilleront toute la nuit à la sécurité de cette chefferie traditionnelle. Sa majesté va donc dans cette conjoncture abrégé son séjour à Sabongari dans le nord-ouest du Cameroun. Toute la population fut plongée dans une phobie totale. A ce sujet un notable au nom de MGBE SOUMI qui s'est confié à RETIK déclarait « *nous sommes tellement surpris, puisque ce sont les choses qui ne sont jamais produits depuis la création de cette chefferie traditionnelle* ». « *Le chef traditionnel a été humilié, traité de toutes sortes des noms d'oiseaux qui ne sont pas bien pour un chef de sa qualité, la population est dans le désarroi* » poursuivait-il. A la question de savoir ce qui se passe concrètement ? SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM répondait à ABOUBAKAR MGBEKOUM ; le prince Tikar « *ce sont des ennemis qui tentent de me déstabiliser* ». Dans la perspective de « *diaboliser* » le règne de ce téméraire chef au pouvoir depuis 1980, ces détracteurs qui lancèrent des menaces exigeaient la démission immédiate du chef traditionnel de Bankim de la chefferie traditionnelle de Bankim en mettant sous le boisseau les mécanismes successoraux de la tradition Tikar. Ils proposaient alors des conditions d'élection d'un nouveau chef au nom de la démocratie, ce qui étonnait les « *faiseurs de roi* » (KAMTO : 1987) légitimes de cette chefferie traditionnelle.

Pour s'en convaincre tenons pour preuve ses déclarations extraites de l'une des lettres de ces révolutionnaires :

« NGAH II IBRAHIM fait preuve d'analphabetisme terrorisant et égoïste pour ne pas se plier à nos exigences et veut transformer Bankim en Kolofata. Nous sommes prêts, car nous sommes en 2016 rappelez-vous. Les explosifs sont prêts. Ce n'est pas une intimidation ; vous pouvez essayer et nous verrons la suite ce jour quand la marée de sang humain coulera dans la cour de la chefferie supérieure de Bankim. EL HADJ NGAH II IBRAHIM restera une menace permanente pour la sécurité à Bankim, tant qu'il restera chef traditionnel. Si EL HADJ NGAH II IBRAHIM ne quitte pas vite en 2016, Bankim sera à feu et à sang, nous le répétons toujours et ceci pourrait se répandre jusqu'à Yaoundé ainsi dont, le Cameroun aura une guerre interne et une guerre imposée par les terroristes de la secte Boko Haram ».

Page | 614

De tels propos ne sont-ils pas alarmants et dangereux pour les organes dirigeants traditionnels de la chefferie de Bankim, quand on sait qu'en 2016 la secte Boko Haram avait gagné du terrain dans les trois régions septentrionales du Cameroun ? Des réunions se multiplièrent regroupant le chef traditionnel et son état-major. La panique fut totale. Selon certaines sources concordantes, même l'autorité administrative locale fut inquiète ceci depuis près de cinq à six mois. Dans l'une de ces publications de Facebook du mois de janvier 2016, on pouvait noter avec beaucoup d'intérêt ces déclarations :

« Vous êtes fonctionnaires, on vous respecte. Mais halte. Arrêtez tout de suite si non c'est vos corps qui rentreront chez vous. Bankim, c'est Bankim. Faites ce que l'Etat vous a envoyé faire à Bankim. On vous connaît et on a tous vos AI. Si vous tentez encore vos mamans, nous allons débiller vos dossiers en public avec ampliements dans vos ministères respectifs. Ensuite vos maisons seront incendiées et vos enfants enlevées ».

On comprend donc que via la secte fondamentaliste Boko Haram les « écrivains cachés » dit de la révolution de la chefferie traditionnelle de Bankim tentèrent mais en vain, de faire « partir » SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM du trône ancestral en mettant de côté, les mécanismes de succession du moule traditionnel de cette chefferie traditionnelle. La liberté d'expression à travers la presse, les médias, les réseaux sociaux (Facebook et autres), produit de la démocratisation politique et culturelle de nos sociétés, a donc ouvert des vannes d'expression remettant en cause le pouvoir du chef traditionnel de Bankim. Chose qui, à l'époque de la compression du champ

politique ou du monolithisme politique était rare. Dans un tel climat l'on donne forcément raison à FOULLA DAMNA ²⁵ lorsqu'il écrit que « *le processus de démocratisation provoque les logiques de coproduction de la violence* ». Le pouvoir traditionnel de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM est donc devenu un pouvoir sujet à caution en relation à la conjoncture actuelle.

Au terme de cette partie, il semble impérieux de relever que les facteurs internes et la conjoncture socio politique du Cameroun ont participé à la déstabilisation de la chefferie traditionnelle de Bankim. GEORGES BALANDIER (1981) envisage tout cela en termes de « *dynamiques du dedans et du dehors* ». Il faut retenir tout système social est un champ en mouvement alimenté par des forces externe et interne dans lequel écrit l'anthropologue M. FORTES « *les tendances centrifuges et les tendances centripètes agissant les unes des autres* ». Bien plus, le règne éternitaire de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM et surtout son inamovibilité au pouvoir semblent ouvrir les vannes de dévoiement ou de contournement de la compétition politique pour offrir un champ d'expérimentation à la conquête du pouvoir par la force ou par des procédés déloyaux. A partir de ce moment, il convient de chercher à comprendre les logiques et/ou les mobiles qui ont conduit à l'instrumentalisation politique du jeu démocratique conduisant à des destitutions contentieuses des chefs traditionnels de Diéki et de Ngatti ; deux chefferies traditionnelles de troisième degré de Bankim.

II- INSTRUMENTALISATION DU JEU POLITIQUE EN CONTEXTE DEMOCRATIQUE COMME SOURCE DE DESTITUTION CONTENTIEUSE DE L'ORDRE DIRIGEANT TRADITIONNEL

L'ouverture démocratique du champ politique camerounais depuis 1990 a mis en exergue deux logiques. Les mutations horizontale et verticale. La grande majorité de l'élite s'est rangée du côté du pouvoir en place. « *L'on note à côté des chefs traditionnels, suppôts du RDPC, l'irruption des élites dans les arènes politiques locales, hommes d'affaire et hauts cadres de l'administration lesquels, préfèrent se positionner sous la bannière du parti au pouvoir* » (MOUCHE : 2005). Selon cet auteur c'est la « *mutation horizontale* ».

²⁵ FOULLA DAMNA (Apollinaire), *Les violences politiques et la question de la Démocratisation au Cameroun : (1990-2008)*, Mémoire rédigé et soutenu publiquement en vue de l'obtention du Master II/DEA en science politique, Université de Yaoundé II-SOA, 2006/2007, 150 pages.

Pourtant, « *la mutation verticale* » est celle que connaît la coalition des élites moyennes avec l'opposition. Dans cette zone d'étude, les différentes chefferies traditionnelles ont été des cadres du jeu politique. Ce jeu politique a impliqué plusieurs fils des mêmes chefferies chacun allant de son côté. À cet effet donc, pour une raison ou une autre, les chefs traditionnels se sont finalement engagés dans ce jeu non pas comme des arbitres, mais plutôt comme acteurs politiques. Ils sont donc devenus des véritables acteurs de la scène politique à part entière. Il en ressort une perception très large de l'engagement politique. Celui-ci sert donc de moyen d'influencer les décisions politiques, de moyen de prendre de telles décisions et de moyen de participer aux discussions sur ces décisions. Ici, il est question de démontrer comment cette élargissement du champ politique et surtout l'engagement politique des chefs traditionnels via le processus démocratique, est un facteur détonateur de déstabilisation des chefferies traditionnelles de NGATTI (A) et DIEKI (B), deux chefferies traditionnelles de troisième degré selon le décret N°77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles modifiées et complétées par le décret N°82/241 du 24 juin 1982.

A-Etude de cas de la déstabilisation de la chefferie traditionnelle de 3e degré de NGATTI via le processus démocratique

Cette partie de notre travail a pour objectif de répondre à la question suivante : comment l'engagement de SM. MVOUEN VINCENT dans les arcanes du pouvoir politique local est un facteur de sa destitution dans la chefferie traditionnelle de NGATTI? Pour une meilleure mise en perspective de la question, on ne peut que faire l'économie d'une approche socio anthropologique en nous intéressant d'abord à la sociogenèse de cette chefferie (1), et enfin saisir la destitution contentieuse de ce chef traditionnel sous l'auréole de sa participation politique à cette période de démocratisation (2).

1-Contexte de création et organisation de la chefferie de NGATTI

L'histoire de la chefferie traditionnelle de NGATTI remonte au 18ème siècle. Cette institution cheffale a vu le jour il y a plus de cent ans. Selon la nomenclature nationale des chefferies traditionnelles du Cameroun de novembre 2015, c'est une chefferie traditionnelle de troisième degré. La localité dans laquelle se trouve cette chefferie est le Canton de NGATTI. Village dont la majorité des populations est autochtone Tikar, il se trouve à 20 km de ville de Bankim en allant à Magba, chef-lieu de l'arrondissement. Les principales activités de ses

populations sont l'agriculture, l'élevage et la pêche traditionnelle dans les eaux du barrage de Mappé. Plus de 300 âmes y vivent et on retrouve un collège d'enseignement technique créée en 2015 et ouvert en 2017, une école primaire et un hôpital de district de santé. La chefferie traditionnelle de NGATTI est de nos jours la réserve, de la culture des Tikar de Bankim car les populations sont encore bien ancrées et enracinées dans la tradition. Il existe des liens intra traditionnels entre cette chefferie et celle de Bankim. En effet, le chef traditionnel de Bankim est désigné par les sept (07) KI c'est-à-dire les fils des princesses de ladite cour royale dont le chef d'équipe est le chef traditionnel de NGATTI, lequel l'intronise. Le chef traditionnel de Bankim intronise le chef traditionnel de NGATTI. Ce dernier assume l'intérim de l'autre en cas de décès ; d'empêchement ou d'absence de ce dernier à la tête de cette chefferie. La coopération entre les deux chefferies date de plusieurs siècles. SM. MVOUEN VINCENT a été intronisé depuis 2002 jusqu'à sa destitution contentieuse en 2016.

Intronisé à la chefferie traditionnelle de NGATTI du 13 et 19 juillet 2002 suivant le processus successoral des chefferies traditionnelles Tikar comme chef de troisième degré et adjoint au chef traditionnel de Bankim, le père du Dr. MVOUEN APPOLINAIRE sera éjecté de ce fauteuil traditionnel le 23 avril 2016. Une destitution instrumentalisée par les batailles politiques et stimulée par la libéralisation politique.

2-Destitution contentieuse à la tête de la chefferie traditionnelle de NGATTI teintée de sortilège et de criminalité

« *Que cherche SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM sur les attributions coutumières et traditionnelles de ses collaborateurs au point où il est permanemment en déphasage avec ceux-ci que ce soit sur le plan traditionnel ou politique ? Un chef traditionnel peut-il diriger sans notables ? La réponse est non* ». Comment SM. MVOUEN VINCENT, chef traditionnel a été destitué de cette chefferie traditionnelle ? Le premier point de discordance avec le chef traditionnel de Bankim est le renouvellement des organes de base du RDPC de la sous-section Mayo-Banyo Sud tel que vue plus haut. Il faut dire que les deux chefs traditionnels ont été engagés dans la politique locale depuis plus de deux décennies. « *En se mêlant ostentatoirement du jeu politique, ces chefs traditionnels ont affaibli leur autorité pour renforcer le pouvoir étatique* » écrit MOUCHE²⁶. Lors

²⁶ Ibid

de ces renouvellements des organes de base du parti proche du pouvoir, SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM s'est farouchement opposé à la candidature de SM. NJOWE PHILIPPE alors maire de la commune de Bankim et de SM. MVOUEN VINCENT, chef traditionnel de NGATTI. Même si ces derniers ont « réussi à s'ériger en une véritable tour de contrôle de la politique locale » comme le mentionne FOGUI²⁷ via leur chefferie traditionnelle, il faut dire que cette conjonction entre les pouvoirs politique et traditionnel n'est pas allée sans implications dans le fonctionnement des dites chefferies. Toutefois, comment s'est passée concrètement la destitution contentieuse de SM. MVOUEN VINCENT dans cette chefferie traditionnelle avec pour coloration le militantisme politique ?

A la vérité, tout serait parti du désaccord au sein de la section du RDPC Mayo-Banyo Sud. Seulement, on peut relever que même si les luttes intestines au sein du parti ont été les prémices de ce scandale traditionnel, l'on pourrait aussi trouver certains mobiles ailleurs, notamment dans le champ traditionnel de ces chefferies traditionnelles respectives.

Deuxièmement, c'est l'intronisation rapide et précipitée de MONGHO II AHMADOU comme GUIWA-KI à la chefferie traditionnelle de Bankim. Ce dernier est, depuis le double scrutin du 09 février 2020 conseiller municipal. Cette bataille serait le prolongement des manœuvres politiques. En réalité, dans la tradition Tikar cette notabilité est le remplaçant direct du chef traditionnel de NGATTI. Après ce titre, on est censé passer à celui de chef traditionnel à NGATTI. Cette désignation traditionnelle le lie directement à la chefferie de Bankim et le soumet à assurer tout intérim potentiel à NGATTI. Le poste de GUIWA-KI est un poste à vacance permanente pour éviter des tueries en série. Autrement dit, c'est quand le chef de NGATTI est déjà « vieux » et qu'il est prêt à « partir » qu'on désigne le GUIWA-KI qui va le succéder. Et il revient donc à ce vieillard partant de préparer son successeur GUIWA-KI comme ce fut le cas de SM. MVOUEN VINCENT avec MONGHO ISSA défunt chef traditionnel de NGATTI. Pour les membres révolutionnaires de la chefferie supérieure de Bankim, « MONGHO II AHMADOU, neveu de SM. NGAH II IBRAHIM -puisque fils de la sœur du chef traditionnel de Bankim- a été désigné précipitamment GUIWA-KI sous couvert d'un règne programmé en trois mois par les tueurs de la chefferie traditionnelle de Bankim avec à sa tête le chef traditionnel de Bankim ». SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM et

²⁷ FOGUI (J-P), *L'intégration politique au Cameroun, une analyse centre-Périphérie*, librairie générale de droit et de jurisprudence, 26, rue Vercingétorix, 75014, Paris, 1990, 379 pages.

certaines princes de NGATTI ne se sont pas privés de dire à SM. MVOUEN VINCENT que : « *Tes jours sont comptés, tu es là pour trois mois pour libérer cette chefferie à notre frère qui a déjà été préparé par le chef traditionnel de Bankim* ». Dès lors, la machine de tuerie de la chefferie traditionnelle de Bankim pilotée par sa majesté lui-même dit-on, ne cessait de multiplier des stratagèmes susceptibles de conduire SM. MVOUEN VINCENT à sa dernière demeure précipitamment. Ce dernier tombait ainsi malade le 20 novembre 2015 et avait à sa trousse deux camps selon les membres révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim.

Troisièmement au plan politique et social, SM. MVOUEN VINCENT est cet homme au charisme très influent et dont son équation personnelle fait problème. Son passage à l'UNDP comme tête de proue dans l'arrondissement de Bankim sa position de trésorier à la sous-section RDPC du Mayo-Banyo Sud depuis 2015 et poste de chef traditionnel de NGATTI ont fait de lui un homme à « *abattre* ». Pour s'en saisir relevons quelques actions qui ont été préjudiciable pour sa survie à la chefferie traditionnelle de Bankim.

« *SM. MVOUEN VINCENT, a bien géré la chefferie traditionnelle de Bankim durant l'intérim en 2012. Il avait alors avec son expérience d'adjoint d'arrondissement retraité bien organisé toutes les cérémonies préparatoires de l'accueil de EL Hadj SM. NGAH II IBRAHIM pour son retour de la Mecque. Il a construit les latrines publiques de la chefferie traditionnelle de Bankim et a traité des lourds dossiers dont-on ne saurait évoquer ici. Ce chef traditionnel, sous sa casquette de premier ministre avait même déjoué un coup d'état qui s'était longtemps planifié à la chefferie traditionnelle de Bankim par un frère du chef le nommé ISSA en complicité avec certains notables et princes de Bankim. Nul été la pugnacité et la sagesse ancestrale de ce dernier EL Hadj NGAH II IBRAHIM ne s'installerait plus à la chefferie dès son retour de la Mecque. Il serait sorti par la petite porte. Quel impact cela aurait eu dans cette chefferie traditionnelle ? Voilà ce que le chef traditionnel de NGATTI a déjoué en protégeant son neveu EL Hadj SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM et la chefferie traditionnelle de Bankim* » mentionnaient les révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim.

Eu égard de ces causes non exhaustives, le pire surviendra plus tard entre l'oncle et son neveu dans la gestion du pouvoir traditionnel. La violence s'installait dans ce conflit de pouvoir.

D'ailleurs, du fond des âges WEBER ²⁸ nous enseigne « *l'on ne peut penser le pouvoir sans son prédicat ; la violence. La coercition est la caractéristique du pouvoir dans nos sociétés* ». Le pouvoir est un fait social qui suppose l'usage de la force, la coercition, de la violence légitime. Ce qui conduira à la destitution problématique de l'oncle par son neveu dans sa chefferie et dont les méandres de cette histoire prendront du temps pour s'effacer dans la mémoire collective des populations. Concrètement, après moult débats et des luttes intestines voire mystiques, SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM décida péremptoirement un de ses quatre matins de démettre SM. MVOUENT VINCENT de la chefferie de NGATTI. Dans sa logique, peut-on croire il avait retiré « *la tradition* » puisque ce dernier détient encore sa décision ministérielle et perçoit même un salaire mensuel conformément au décret n^o2013/332 du 13 septembre 2013 modifiant et complétant certaines dispositions du décret n^o77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles. Il sera remplacé par MONGOH II AHAMADOU choisi par le chef traditionnel de Bankim, et qui depuis 2016 est devenu autorité traditionnelle à NGATTI. Père de trois enfants et militant du RDPC, ce dernier est aujourd'hui chef traditionnel de troisième degré de NGATTI et conseiller à la commune de Bankim. En quittant le pouvoir traditionnel MVOUENT VINCENT ; 69 ans cèdent son siège traditionnel à MONGOH II AHAMADOU alors 30 ans. Dans ce le cas d'espèce et pour MUXEL²⁹, « *la jeunesse apparaît dès lors comme un moratoire alors que la vieillesse invite le retrait de la vie civile* », politique et surtout traditionnelle. Dans le but de gagner le « *pari de la succession* » le chef traditionnel de Bankim va inviter les « *faiseurs de roi* » (KAMTO : 1987), à respecter le processus de désignation et d'intronisation de son premier ministre suivant la tradition Tikar. C'est ainsi que MVOUEN VINCENT perd son lustre et va quitter NGATTI pour rejoindre le quartier NGUINKLO à Bankim. Un sort similaire mais à la trajectoire différente sera subit par SM. NJOWE PHILIPPE, chef traditionnel de troisième degré de DIEKI.

B-Etude de Cas de la recrudescence du conflit dans la chefferie traditionnelle de 3e degré de DIEKI avec pour encrege la compétition politique locale

Dans cette partie de notre travail, trois principales idées ont retenu notre attention. D'abord l'ethnogenèse de cette chefferie (1) et enfin nous fixerons notre attention sur le jeu et les enjeux

²⁸ MAX (Weber), *Economie et société*, Tome 1, Plon, 1971, 298 pages.

²⁹ ANNE (Muxel), « *Le moratoire des années de la jeunesse* », in « *Age et politique* » Paris, Economica, 1991 Pp : 18-39.

de la politique locale sous le prisme de la démocratisation qui vont démettre le chef traditionnel de ce village de ses fonctions traditionnelles (2). En un mot, il sera question de répondre à la question suivante : dans quelles circonstances et mesures la démocratisation et le multipartisme ont décrédibilisé le pouvoir de SM. NJOWE PHILIPPE jusqu'à sa destitution contentieuse du pouvoir des ancêtres ?

1-Historicité de la chefferie traditionnelle de DIEKI

La création de la chefferie traditionnelle de troisième degré de DIEKI remonte à la mise en place de celle de Bankim il y a plusieurs siècles. Comme celle de NGATTI, la mise en place de cette chefferie traditionnelle remonte au 13^{ème} siècle relevait MGBEKOU³⁰ par une princesse 'Wouten', partie de Ngan-Han vers N'Gaoundéré. Elle est intimement liée à la chefferie traditionnelle de Bankim. Dans l'histoire de la tradition Tikar, les « *HOUMKEMISSO, MGBEFLE, MVEINGATTI...* » et bien d'autres sont des « roitelets » du chef traditionnel de Bankim. Cette chefferie traditionnelle est née concrètement des concessions faites entre les *TUMU* ou *TOUMOU* autochtones de *KIMI* et les *TINKALA* venus du côté de N'Gaoundéré. Selon NJOWE YVES PLUMEY, fils et prince héritier de cette chefferie, les conventions signées entre ces ethnies se faisaient dans le but de la prévention des guerres tribales de l'époque. Seulement, il est important de retenir que la chefferie de DIEKI a connu plusieurs organes dirigeants au rang desquels le charismatique SM. NJOWE PHILIPPE.

2-Succession contentieuse et mitigée à la chefferie traditionnelle de DIEKI de SM. NJOWE PHILIPPE

D'entrée de jeu, il faut dire que sur le landerneau politique locale de Bankim, le militantisme politique de SM. NJOWE PHILIPPE a depuis plus de deux décennies, atteint son paroxysme. Ce « *représentant naturel du Cameroun profond* » (MOUICHE : 2005) de la population de DIEKI est d'une vitalité politique très aiguisée. La liberté d'expression que bénéficie les camerounais depuis les années 1990 peut amener les gens à déclarer des propos par quelques moyens que ce soit. Tout commence d'abord lorsqu'un jour SM. NJOWE PHILIPPE, maire de la commune de Bankim tirant profit de la loi n^o 90/053 du 19 décembre 1990 sur les libertés jadis interdites dans le contexte autoritaire déclare « *Je peux aussi devenir chef supérieur de Bankim* ».

³⁰ MGBEKOU (Aboubakar), « *L'histoire du peuple Tikar* », tome1, De Ngan-Ha à Nditam, 2006, 62 pages.

Des paroles, peut être normales au nom de la liberté d'expression via la démocratie puisqu'il est « prince » dans cette chefferie traditionnelle et on sait que tout prince « rêve » devenir gardien des traditions. Ces propos le soumettent à un rite coutumier organisé par SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, chef traditionnel de la chefferie traditionnelle de Bankim. Il s'agissait de le faire boire du kadi avec certains notables qui contestent le règne de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM. Au total, dix notables vont se prêter à ce jeu dangereux, car leur vie en dépendait pour toute personne ayant des griefs contre le chef traditionnel de Bankim. « *Heureusement, personne ne trouvera la mort comme l'a voulu le chef traditionnel de Bankim* » mentionnent les révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim.

Ensuite, l'autre pomme de discorde surviendra. Quelques mois avant cela une délégation des brésiliens d'origine Tikar s'était rendue sur le coaching de certaines élites Tikar de Douala, dans le but de redécouvrir leur point de départ pendant l'esclavage. Informés de l'arrivée au Cameroun des noirs américains dont une bonne partie est Tikar, les Tikar de Douala se sont rendus en masse à l'aéroport international de Douala. A la vue de la plaque sur laquelle l'on pouvait lire « *communauté Tikar de Douala* », les Afro-Américains se sont rués vers ceux-ci et l'on pouvait entendre de part et d'autres je suis Tikar. Certains Tikar ont même dû couler des larmes dans l'émotion. Sur place dans la plaine Tikar, la nouvelle de l'arrivée des Afro-Américains a été accueillie avec joie. La cérémonie d'accueil a été organisée des mains de maîtres par les élites intérieures et extérieures de Bankim. Le chef traditionnel de Bankim suivant les règles de civilités, devait attendre ses hôtes sur place à la chefferie traditionnelle et il revenait au premier magistrat de la ville de Bankim qui n'est autre que SM. NJOWE PHILIPPE, de les accueillir à l'entrée de la ville. Contre toute attente, « *le chef traditionnel de Bankim ; SM. El Hadj. NGAH II IBRAHIM s'est précipité pour aller accueillir les visiteurs en se substituant au rôle de premier magistrat de la ville de Bankim. Il a bien reçu ces derniers et les a accompagné à l'hôtel de ville de Bankim pour les présenter au maire SM.NJOWE PHILIPPE* ». Peut-être que. SM. El Hadj. NGAH II IBRAHIM avait-il encore la nostalgie de la gestion des choses communales puisqu'il a été plusieurs années, deuxième adjoint au maire dans cette collectivité territoriale décentralisée ? En tout état de cause, ce comportement ne passera pas inaperçu chez l'édile municipale ; SM. NJOWE PHILIPPE. Chose que ce dernier n'a pas digéré. « *Il passa un savon bien mousseux au chef traditionnel de Bankim pour son énième acte de bassesse et de ridicule devant ses populations* ». Tout ceci, dans un ton eschatologique. Au nom de la liberté d'expression, puisqu'avant 1990, un

notable non moins encore citoyen lambda ne pouvait tenir de tel agissement à l'endroit d'une autorité traditionnelle dans un espace public. Traditionnellement et ceci à l'ère du monolithisme politique un chef traditionnel ne peut recevoir des propos mal déplacés de l'un de ses sujets en public. Dans cette même foulée, le chef ne débat pas, il écoute et décide : on ne saurait écrit PRADELLES de LATOUR ; « *le contredire ou lui parler en proverbes et allusions, et on ne lui parle jamais sans mettre la main dans la bouche* ». Or, traditionnellement comme le soutient avec raison DIEUDONNE MIAFFO³¹, paix à son âme, « *la population doit respect et obéissance au chef. Il ne saurait publiquement être contredit par un des sujets et aucun conseil ne saurait lui être donné en public* ». Le moins qu'on pût dire de cette scène c'est que SM. El Hadj. NGAH II IBRAHIM a été humilié en public, « *ce qui aurait été impensable il y a quelques années* ». L'on ne pouvait que suivre des obscénités déversées à l'encontre du chef traditionnel à savoir des injures, des outrages à sa majesté. Depuis ce jour et si on s'en tient aux sources concordantes du terrain de recherche, les deux autorités traditionnelles ont commencé à se regarder en chien de défaiillance pourtant partageant l'idéologie du parti proche du pouvoir et surtout étant des « *frères* » appartenant à la chefferie traditionnelle de Bankim, précisément du même « *univers parentélaire* » pour reprendre JANVIER ONONA (2004 : 194). Le conflit politique pris ainsi une dimension particulière, voire exceptionnelle quand l'action de conquête du pouvoir se fait pendant le règne, c'est-à-dire même du vivant du chef régnant. Cette observation fait, on a le mérite de relever que dans « *les sociétés africaines traditionnelles, le chef régnant pouvait être non seulement contesté mais encore renversé par la violence* » (KAMTO : 1984). Les révolutionnaires de la chefferie traditionnelle de Bankim ont mentionné à ce sujet que « *c'est à partir de là que le chef traditionnel de Bankim avait juré d'en finir avec le maire de Bankim SM. NJOWE PHILIPPE. Il lui tendait des pièges et le commanditait des assassinats sorciers à sa personne* ».

En plus de ces deux mobiles, le renouvellement des organes de base du RDPC de la sous-section Mayo-Banyo Sud en 2016, a été la goutte d'eau qui a fait déborder le vase. Pourtant, « *la politique ne doit pas creuser l'écart entre un chef et son peuple* », non moins encore entre deux chefs traditionnels qui sont d'abord des citoyens. L'amitié d'hier va se muter en tensions ouvertes entre les deux principaux « *entrepreneurs politiques* ». La fable des deux coqs (SM. El HADJ NGAH II IBRAHIM et SM. NJOWE PHILIPPE) qui vivaient en paix passe à la situation d'ami-

³¹ MIAFFO (Dieudonné), *Chefferie traditionnelle et démocratie. Réflexion sur le destin du chef en régime pluraliste*, Yaoundé, Edition, Laakam, 1993, Pp : 79-80.

ennemi et dont les rivalités sont réveillées par la poule (pouvoirs politique et traditionnel) est évocatrice à plus d'un titre pour peindre cette crise. Au sens de MAX WEBER ³²:

« Entrer dans la politique, c'est participer à des conflits dont l'enjeu est la puissance. Puissance d'influer sur l'Etat et par là-même sur la collectivité. Du même coup, on s'oblige à se soumettre aux lois de l'action, fussent-elles contraires à nos préférences intimes et aux dix commandements, on conclut un pacte avec les puissances infernales, on se condamne soi-même à la logique de l'efficacité ».

Page | 624

Ces griefs vont constituer des raisons valables pour démettre SM. NJOWE PHILIPPE de sa notabilité. Des réunions nocturnes comme diurnes se tenaient par ici et là et l'arène politique locale fut transformée en une « localité à une corrida avec mise à mort, à la limite, dans un système où les acteurs ont intérêt à se détruire ». Entre temps, plusieurs correspondances ont été publiées au nom de la bonne gouvernance démocratique et des bonnes perspectives managériales de la chefferie traditionnelle de Bankim dans les réseaux sociaux mettant en exergue la « mal gouvernance, la sorcellerie, la déliquescence de la tradition Tikar, la mendicité du chef entre autres ... ». Le doigt accusateur fut pointé sur SM. NJOWE PHILIPPE, SM. MVOUEN VINCENT. Après moult débats dans la chefferie traditionnelle de Bankim, SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM décida péremptoirement et au nom de la tradition Tikar de démettre SM. NJOWE PHILIPPE de ses fonctions de chef traditionnel du village de DIEKI, l' « accusant de faux et usage de faux, tentative de déstabilisation, diffamation, etc. »

Les autorités de l'administration du département du Mayo-Banyo au premier rang desquels monsieur le préfet ne sont pas restées indifférentes de cette crise socio politique impactant les institutions traditionnelles de l'arrondissement de Bankim. Le 24 juin 2016, le préfet du Mayo-Banyo convoque SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM à Banyo. Pour respect à l'administration camerounaise et compte tenu du fait qu'il est « l'intermédiaire entre la population et l'administration » (MOUICHE : 2000) le chef traditionnel s'est rendu et bien accompagné par les notables loyaux. CHARLES GALL lui demanda de rétablir l'autorité aux deux notabilités destituées, à savoir SM. NJOWE PHILIPPE et SM. MVOUEN VINCENT. Ce que ce dernier refusa, arguant-peut-être avec raison ou pas- « qu'il ne revient à un préfet de choisir qui est notable

³² MAX (Weber), *Le savant et le Politique*, Paris, Plon, Préface de Raymond Aron, 1963, 231 pages.

dans une chefferie traditionnelle ». Le règne de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM, en dépit d'une rhétorique prônant l'unité, la justice, le développement et la paix sera enclin dans une stratégie de dislocation de l'ancien bloc coutumier du pouvoir et de la redynamisation de ses bases coutumières. C'est ainsi que le 23 septembre 2016, ce chef de 2^e degré décide d'introniser le nouveau chef traditionnel à DIEKI, un certain DAVID NGOUE ; cousin de SM. NJOWE PHILIPPE. Une cérémonie qu'aurait d'abord tenté d'interdire l'autorité administrative en faisant intervenir le Procureur de la République de Banyo. Face à l'entêtement du chef traditionnel SM. El Hadj NGAH II IBRAHIM, le chef de terre a lui-même effectué une descente sur le terrain. Malheureusement, il est arrivé après la cérémonie d'intronisation. Mais, puisque conjuguant le même verbe avec le pouvoir en place, le préfet décida quand même de se rendre au domicile du maire SM. NJOWE PHILIPPE et l'installa comme chef de 3^e degré de DIEKI. Cette collaboration de SM. NJOWE PHILIPPE avec l'administration du département lui permis de retrouver son fauteuil traditionnel, mais pas pour longtemps. Après une longue maladie au cour duquel il sera transporté à Ngaoundéré puis à Bamenda, DAVID NGOUE va rendre l'âme après plus d'un an de règne. Il sera remplacé plus tard par son fils GNEGOH ACHILLE vivant aujourd'hui à Bankim. Dans cette logique, on donne raison à DAVID BERLINIER³³ quand il écrit que « *la transmission héréditaire du pouvoir ne lie en rien le pacte entre acteurs qui se succèdent* ». A l'écart de trois heures d'horloge, ce village a eu deux chefs traditionnels, l'un de la « *volonté du village* » et l'autre issue de l'administration étatique via une « *légitimité mobilisatrice* ». La décision du préfet CHARLES GALL mis le feu aux poutres. Un témoin oculaire raconte

« *C'est le préfet qui est à l'origine de cette situation. Lorsqu'il rentrait de DIEKI et comme il y avait des gens en route, il s'est arrêté. Il est descendu de sa voiture, a cravaté un villageois et lui a donné un coup de poing. C'est de là où tout a dégénéré au point où les éléments du Bataillon d'Intervention Rapide (BIR) qui l'escortait ont tiré en l'air pour disperser la foule* ».

Devant cette insurrection qui frisait la jacquerie, cette rébellion n'a cessé de tarauder la conscience collective de ceux qui en furent des témoins. De retour à la capitale départementale du Mayo-Banyo et après une réunion tenue le samedi où le préfet expliqua comment il a été agressé, une stratégie fut implémentée par CHARLES GALL pour enlever le chef traditionnel de Bankim et le conduire à Banyo car « *l'option de le faire arrêter normalement créera un soulèvement de la*

³³ DAVID (Berlinier), *Anthropologie et transmission*, Terrain, N055, 2010, Pp: -4-12.

localité ». L'on notait alors une accalmie les jours qui suivaient. Seulement une semaine plus tard, des personnes proches de SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM furent enlevées un matin de bonne heure de leur domicile par les forces de l'ordre pour le monde carcéral de Banyo. Il s'agissait de MGBE ROGER secrétaire du chef traditionnel de Bankim, AGUIMBA et ZACHARIE tous deux notables de la chefferie traditionnelle de Bankim. Une tentative de déstabilisation du chef traditionnel qui, va rester ferme et tenace sur ses prises de positions. Après quelques semaines passées en vie carcérale à Banyo, ces dernières rejoignirent leurs familles respectives à Bankim dans une ambiance toute particulière. La libération des personnes détenues en vertu de l'« *agression* » de l'autorité administrative du département du Mayo-Banyo va ainsi décrier la vie sociale et politique de l'arrondissement de Bankim. Les soubresauts que connaît cette localité en cette fin d'année 2016, rappellent naturellement « *les heures noires des lendemains du retour à la démocratie opérée le 19 décembre 1990* » (HUGUES FRANCOIS ONANA, 1994 : 10). Certains ont d'ailleurs qualifié ce moment de l'histoire politique d'« *années de braises* », du fait des violences inouïes qui ont paralysé pendant plusieurs mois les villes entières du Cameroun. Les périodes vécues par les populations de l'arrondissement ici peuvent être qualifiées de « *héméronymes. Ces événements qui font dates, ces dates qui deviennent événements* » (LAURA CALABRESSE STEIMBERG ; 2008).

Aujourd'hui comme à jamais, l'engagement et/ou la participation plus ou moins volontaire de ces deux chefs traditionnels dans la politique-les rangs du RDPC- place leurs chefferies respectives dans une position partisane qui est contraire à cette responsabilité traditionnelle qui est de défendre tous les ressortissants de leur territoire quelle que soit leur chapelle politique. Dès lors, écrit Ibrahim MOUICHE (2005)

« Ceux des chefs traditionnels qui ne se mettent pas au-dessus des partis politiques font face à de sérieuses difficultés. Leur posture partisane constitue une menace sérieuse pour l'unité de leur chefferie...le chef partisan marginalise une partie de son peuple quand ce n'est pas une partie de ce peuple qui le marginalise ».

Dans cette posture, on comprend aisément que l'engagement politique des chefs traditionnels en contexte de démocratisation, semble être un couteau à double tranchant pour l'accession ou le maintien sur le fauteuil ancestral. Ce qui est vrai et qu'il faut certainement retenir c'est que, dès lors que les chefs traditionnels s'aventurent sur le terrain de la politique qui par

essence est foncièrement conflictuelle et acrimonieuse, ils deviennent des simples politiciens ou acteurs politiques assujettis comme tels au débat contradictoire d'idées. Pourtant, précise KAPTCHOUANG(2006)³⁴ « *au sein des populations locales, certains estiment que dans le cadre d'une démocratie participative, tout citoyen, fut-il chef traditionnel a parfaitement le droit de se présenter à une élection s'il jouit de ses droits civiques. Le nier équivaudrait à retirer à ces leaders traditionnels les droits reconnus à tous les citoyens* ». Si le chef traditionnel de Bankim a connu des périodes tumultueuses au nom de la compétition politique locale alimentées par la démocratisation, remettant en cause son pouvoir traditionnel ainsi que des rapports trop controversés avec sa notabilité, les majestés MVOUEN VINCENT et NJOWE PHILIPPE quant à eux, ont été démis de leur rôle de gardien des traditions respectivement à NGATTI et à DIEKI même si aujourd'hui ceux-ci détiennent leur arrêté de chef traditionnel du Ministère de l'Administration Territoriale (MINAT). On peut donc admettre à la suite de J. de CORNEC que « *l'introduction d'une représentation démocratique à côté de la représentation coutumière ruine définitivement l'autorité du chef traditionnel* ». Au finish, SM. EL HADJ NGAH II IBRAHIM comme le président BIYA dans le dénouement de la crise de succession avec le « *père de la nation* », sort « *vainqueur du duel* » (ANTOINE DE BAECQUE et al : 2007) et affirme sa suprématie dans les combats politique et surtout traditionnel. Il peut enfin jouir des plaisirs liés à l'exercice du pouvoir en devenant maître absolu du jeu politique et traditionnel local. L'évacuation de cette crise de succession lui confère les pleins pouvoirs pour la gestion de la cité, tout en lui conférant les prérogatives de maître du jeu politique local.

Conclusion

Le point de départ de cet article était de mettre en exergue l'impact du processus de démocratisation sur la dévolution du pouvoir traditionnel. A partir de trois études monographiques (Bankim, Diéki et Ngatti) nous systématisons et démontrons que les dynamiques internes des chefferies traditionnelles sont instrumentalisées par la libéralisation de la vie politique et sociale des sociétés contemporaines. Cela est d'autant plus vrai que la réouverture démocratique a balisé le chemin à la « *parlementarisation* » de la chefferie traditionnelle de Bankim dans le cadre d'une politique transactionnelle. Bref, avec l'entrée en jeu des « *gardiens des traditions* » dans la

³⁴ KAPTCHOUANG TCHEJIP (Célestin), *Partis politiques et démocratie locale au Cameroun : Analyse de la compétition politique locale*, Thèse de Doctorat/ Ph. D en Science Politique, Décembre, 2006, 578, pages.

compétition politique en tant que citoyen le management des « *choses de la chefferie* » n'est plus réservé aux seuls acteurs issus du moule traditionnel mais aussi et surtout aux entrepreneurs

politique, économique et administratif dans la localité de Bankim. Ce qui ne va pas sans engendrer la conflictualité et des clivages entre les acteurs. A la vérité, on assiste à la porosité des frontières entre pouvoir traditionnel et pouvoir étatique ou alors entre « *tradition* » et « *modernité* ».



Démocratie électorale et consolidation hégémonique au Cameroun

Par :

Serge Manfred ENANGUE
Doctorant en Science Politique
Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 629

Résumé :

Comment le groupe dirigeant au Cameroun s'approprie-t-il la démocratie électorale ? En visant à répondre à cette question de recherche, cet article postule que le groupe dirigeant, au lieu de s'opposer ouvertement à l'avènement de la démocratie électorale, entreprend des réformes minimalistes lui garantissant la capacité d'ouvrir le jeu politique sans en être perdant. Pour collecter les données, nous avons fait essentiellement recours à l'analyse documentaire et l'observation participante. A l'aide de l'approche incrémentale et de l'induction, notre hypothèse a été vérifiée.

Mots clés : Démocratie électorale, Consolidation hégémonique, Cameroun

Introduction

Parler de démocratie électorale¹ laisse entrevoir deux droits fondamentaux : le droit de voter et de se porter candidat. Ces droits revêtent une importance particulière aussi bien pour l'individu que pour la société politique entière. Pour l'individu, le droit de voter et/ou se porter candidat à une élection fait partie des droits dits inaliénables et imprescriptibles. Dans la société politique, le mérite du processus électoral n'est pas seulement d'exister². La tenue des élections libres et transparentes constitue la principale modalité de légitimation des gouvernants. Celle-ci doit procéder de la mise en place d'un arsenal normatif et institutionnel devant accompagner et contrôler l'effective participation populaire car celle-ci n'est véritablement importante pour la légitimité politique des gouvernements³ que si elle est libre et transparente. C'est dans cette perspective que BADIE et VIDAL⁴ pensent qu'on devrait assister à un développement de procédures ou d'institutions grâce auxquelles les citoyens peuvent exprimer leur point de vue, des modalités de sélection directe des candidats, la multiplication des mesures en faveur de la transparence. L'évolution constitutionnelle, normative et institutionnelle du Cameroun dénote-t-elle une appropriation conséquente de cet idéal ? A l'observation de la situation camerounaise de 1990 à nos jours, nous postulons que la fabrication des normes et des institutions électorales peut être vidée de toute neutralité car la prise en compte de l'élection comme instrument démocratique dépend de la bonne tenue des acteurs qui doivent prendre des dispositions idoines afin que la législation et les institutions ne conduisent à des réformes minimalistes, inscrivant son développement dans une progressivité lente⁵ et paradoxale que ne saurait valablement justifier « *la volonté politique de moderniser progressivement le processus électoral camerounais et le souci de consolider les acquis de l'ouverture démocratique* »⁶. En réalité, les paradoxes qui caractérisent la mise en place des réformes dénotent des techniques spécifiques de monopolisation du jeu

¹ Sur le concept de démocratie locale, voir KAPTCHOUANG TCHEJIP (C.), *Partis politiques et démocratie locale au Cameroun : Une analyse de la compétition politique locale*, Thèse de Doctorat PhD en Science politique, Université de Yaoundé II-Soa, 2006.

² KAMTO (M.), « Cameroun : Le Code Electoral, quel recours ? », Extrait du AEU(D.) INFO : *L'action prend corps*, <http://www.aeud.fr/Cameroun-Le-Code-Electoral-quel.html>, Date de mise en ligne le 2/5/2012, p.2.

³ Programme des Nations Unies pour le développement, Bureau de l'évaluation n° 14, décembre 2003, p.1.

⁴ BADIE (B.) et VIDAL (D.), *En quête d'alternatives. L'état du Monde 2018*, Paris, la Découverte, 2017, p. 45.

⁵ Le Conseil constitutionnel a été mis en place concrètement vingt-et-deux (22) ans après qu'il soit inscrit dans la Constitution. La création d'un organisme autonome de gestion des élections a connu une évolution de plus d'une décennie qui a muté d'ONEL à ELECAM.

⁶ ELECAM, *Rapport général sur le déroulement de l'élection présidentielle du 09 octobre 2011*, Yaoundé, SOPECAM, 2012, p.11.

politique par le système gouvernant.⁷ Concrètement, l'ouverture démocratique est accordée d'une main réticente⁸ qui, dans le processus électoral, ne façonne que les institutions qu'elle peut maîtriser (I) et n'autorise un dispositif normatif que pour lui permettre de se pérenniser (II).

I- L'OPTION POUR UNE INGENIERIE INSTITUTIONNELLE DE CONSOLIDATION HEGEMONIQUE

Les règles qui régissent la vie en communauté ne sont pas forcément l'expression de la volonté générale au sens de Jean Jacques Rousseau⁹. Elles peuvent être le fruit de la volonté de la classe dominante¹⁰. Dans ce cas de figure, on observe le développement d'une législation dont la finalité est de faciliter l'accès et le maintien au pouvoir d'une minorité détenant les moyens de domination sur la masse. Cette logique du « *constitutionnalisme d'inspiration gouvernementale* »¹¹ a fait son nid dans les Etats africains et notamment au Cameroun où le droit électoral obéit à cette dialectique de monopolisation. Les règles du jeu politique changent au gré de la volonté de l'ordre gouvernant et principalement du Président de la République, chef du parti majoritaire au parlement¹².

En effet, l'histoire récente des constitutions au Cameroun consacre une ingénierie institutionnelle de consolidation hégémonique perceptible d'une part sous le label du renforcement du caractère présidentiel du régime puisque le Président de la République¹³ apparaît comme délégué privilégié du souverain¹⁴ (A) ; position de « *nervure du système politique et constitutionnel* »¹⁵ faisant en sorte que rien ne puisse se faire ou se défaire sans qu'il n'en donne l'ordre (B).

⁷ NJOYA (J), « Les élections pluralistes au Cameroun : essai sur une régularisation conservatrice du système », *université de Dschang*, Tome 7, Pp.21-39.

⁸ TCHOUPIE (A.), « La suppression de la limitation du nombre de mandats présidentiels au Cameroun : analyse de la bifurcation de la trajectoire d'une politique institutionnelle », *Revue africaine des relations internationales*, Vol. 12, n^{os}. 1-2, 2009, p.6.

⁹ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social ou Principes du droit politique, version numérique*, www.classiques.uqac.ca, 1762, 118p.

¹⁰ MARX (K.), *Le capital, Critiques de l'économie politique*, Livre premier, LE développement de la production capitaliste, Trad. Joseph Roy, Paris, Edition Sociales, 1969

¹¹ BIGOMBE LOGO (P.), « Émergence et consolidation des tendances constitutionnelles au Cameroun (1990-1995) », in MELONE (S.), MINKOA SHE (A.) ET SINDJOUN (L.)(dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 Janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques*, Fondation Friedrich-Ebert, 1996, p.5.

¹² Au Cameroun le RDPC est le parti politique dont le Chef de l'État est le président. Ce parti politique détient une majorité obèse au parlement avec un total de 146 sur 160, et 94 sénateurs sur 100.

¹³ MIAFO DONFACK (V.), « *Le Président de la République et les constitutions du Cameroun* », in MELONE (S.), MINKOA SHE (A.) & SINDJOUN (L.), dir., *La réforme constitutionnelle du 18 Janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques*, Fondation Friedrich-Ebert, 1996, pp.252-281.

¹⁴ NGUELE ABADA (M.), *État de droit et démocratisation. Contribution à l'étude de l'évolution politique et constitutionnelle au Cameroun*, Thèse de doctorat Nouveau régime, T.2, Université de Paris I -Panthéon Sorbonne, 1995, p.487.

¹⁵ NGUELE ABADA (M.), op.-cit, p.487.

A- Le renforcement du caractère présidentiel du régime

L'histoire constitutionnelle du Cameroun n'est pas linéaire¹⁶. Elle est chevauchée d'étapes. De la première constitution du Cameroun¹⁷ à sa dernière révision¹⁸, la Loi fondamentale camerounaise comme celle des autres Etats africains, a fait l'objet de nombreuses modifications¹⁹. Toutes ces réformes renforcent le caractère présidentiel du régime confortant ainsi l'idée selon laquelle l'écriture d'une Constitution autant que sa réécriture n'est jamais un acte désintéressé²⁰. La révision constitutionnelle de 2008 constitue une preuve spectaculaire de cet état choses : elle viole les termes du consensus de la Tripartite de 1996²¹ en levant le verrou de la limitation du nombre de mandat présidentiel à deux non-renouvelables (1) ; toute chose qui n'est pas sans conséquence inquiétante (2).

1- La violation du consensus sur la limitation du nombre de mandat présidentiel

En avril 2008, la constitution camerounaise a été révisée. Cette révision a levé le verrou sur la limitation du nombre de mandat présidentiel à sept (07) ans renouvelable une seule fois²². La levée de cette limitation qui avait pourtant fait l'objet d'un consensus à la Tripartite de 1991 visait à rendre moins incertain l'alternance au pouvoir au Cameroun.

Pour mener cette entreprise, on a assisté dès le lendemain de la présidentielle de 2004 à des motions de soutien pour le renouvellement de la candidature du Président Biya aux élections présidentielles à venir. Il s'en est suivi de vives polémiques entre partisans et adversaires de la limitation du nombre de mandat présidentiel sur la base des mérites et limites supposés ou réels d'une telle mesure. En fait, deux conceptions s'opposent à travers ce débat : l'une qui place l'alternance périodique au centre de ses fondements en exigeant une clause de limitation du mandat, et l'autre qui laisse au peuple le libre choix de son destin en rejetant cette clause limitative. Pour certains, la limitation du nombre de mandat présidentiel à sept ans renouvelable une seule fois est un déni du droit du peuple camerounais et de sa liberté à choisir librement et autant de fois qu'il le souhaite le dirigeant qu'il veut. Pour d'autres, cette mesure est plutôt une garantie qu'une fois au pouvoir,

¹⁶ Ibid. p.422.

¹⁷ Cf. Décret n° 57-501 du 16 avril 1957 portant statut du Cameroun.

¹⁸ Loi n°2008-1 du 14 avril 2008 modifiant certaines dispositions de la loi n° 96-6 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972.

¹⁹ NGUELE ABADA (M.), *op.cit.*, p.422 ; Cf. également ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, n° 7, Printemps 2005, pp. 583-622.

²⁰ AMYE ELOUMA (L.), *L'écriture des Constitutions au Cameroun*, Thèse de doctorat Ph.(D.) en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2016, p.285.

²¹ CHAMTCHEU DJOMKAM (J.B.), *La Conférence Tripartite (Octobre – Novembre 1991) dans la démocratisation au Cameroun*, Mémoire de DEA en Science Politique, UY2, 2007.

²² TCHOUPIE (A.), *op.cit.*, p.7.

le dirigeant à qui le peuple a librement délégué son pouvoir n'en abuse et devienne tyran, l'empêchant à se défaire de lui, soit par la ruse ou par le recours aux moyens de violence physique que lui-même a voulu librement lui concéder. Pour ceux-ci, la limitation du nombre de mandat enlève la contrainte du respect de la légalité dès lors que le terme du mandat est franchi et autorise notamment la conscience collective à recourir à toutes les voies y compris la force pour rétablir son droit de demander des comptes à ceux en qui le peuple a librement placé sa confiance. Cette tendance argue également que la limitation a pour but d'éviter des coups d'Etat constitutionnels²³, l'instauration d'un régime de succession²⁴ contrôlé entre élites, l'atténuation des impatiences sans diminution de la qualité de la démocratie²⁵.

Le constituant camerounais de 1996 avait suivi cette tendance en l'article 6 alinéa 2 du texte constitutionnel. Il y écrit : « *le Président de la République est élu pour un mandat de sept (7) ans renouvelable une fois* »²⁶. Mais cette close a été modifiée en 2008 et réécrite ainsi qu'il suit : « *le Président de la République est élu pour un mandat de sept (7) ans. Il est rééligible* »²⁷. Dans la foulée, de nombreux amendements ont également été initiés à l'instar de l'amendement portant réduction du mandat présidentiel à 5 ans renouvelable une fois et la tenue de l'élection présidentielle à deux tours²⁸.

Cette extension indéfinie du nombre de mandat à la magistrature suprême a ravivé l'intérêt pour la question. C'est du moins le constat qu'effectue Régis MARZIN en ces termes : « *le besoin de limitation du nombre de mandats présidentiels, empêchant des pouvoirs personnels de s'enraciner par la force et l'argent détourné, l'étude de la longévité des pouvoirs et des causes des longévités excessives, relancent un débat sur la construction d'institutions démocratiques* »²⁹.

En effet, au-delà des clivages idéologiques observés autour de cette question, l'opinion publique camerounaise est plutôt favorable à limitation du nombre de mandat présidentiel à deux.

²³ MARZIN (R.), « 2016 : Année des coups d'État électoraux en Afrique », Paris 27 avril 2017, <https://regardexcentrique.wordpress.com/2016/03/30/apres-26-ans-de-democratisation-dictature-et-democratie-bientot-a-lequilibre-en-afrique>.

²⁴ MBODJ (E. H.), *La succession du chef d'État en droit constitutionnel africain. (Analyse juridique et impact politique)*, Thèse d'État, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 1991, 532p.

²⁵ KAMTO (M.), « Cameroun : Le Code Electoral, quel recours ? », *op.cit.*, p.5.

²⁶ Cf. art. 6 al. 2 de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972.

²⁷ Cf. art. 6 al. 2 de la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 portant modification de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972.

²⁸ KAMTO (M.), « Cameroun : Le Code Electoral, quel recours ? », *op.cit.*, p.5.

²⁹ MARZIN (R.), « Union Européenne et élections en Afrique en 2015 et 2016 : relancer la relation Europe- Afrique par un soutien accru à la démocratisation », Paris, le 23 février 2015, p.3.

Les résultats du sondage d'opinion réalisé par le CEREG dans la période 2014-2015 et sur un échantillon de 1200 personnes, montrent que 78% des camerounais y sont favorables³⁰. En dépit des 71,28% de suffrage officiellement exprimé en faveur du candidat Biya à la présidentielle d'octobre 2011, de nombreux analystes « *de la vie politique camerounaise pensent que les émeutes de février 2008 avaient été déclenchées dans le but de montrer la désapprobation d'une bonne partie de la population camerounaise vis-à-vis de ce projet présidentiel* »³¹.

2- Les incidences de la suppression du nombre de mandat présidentiel.

Les retombées de la suppression de la limitation du nombre de mandat présidentiel au Cameroun sont visibles depuis 2011. L'alternance espérée n'a pas eu lieu et l'on en est visiblement réduit à subir un changement naturel au sommet de l'Etat sans pour autant être en mesure de définir les incertitudes que dessinent l'acquisition d'un septième mandat en 2018 par le président Paul BIYA. Si l'on ne peut douter de ce que le « *Cameroun négocie, à sa manière, à son rythme, le passage de l'Etat postcolonial de la première génération à tropisme jacobin et autoritaire, à l'Etat postcolonial de la seconde génération à tendance libérale* »³², ce rythme peut néanmoins être questionné. N'étant pas situé dans un univers isolé, mais intégré dans l'ensemble des Etats qui avancent vers la démocratie, certaines étapes, telle que celle de l'abolition des présidences éternelles semblent être des acquis universels. Ramer à contre-courant de cette évolution ne peut passer subrepticement. Il faut noter que si les mécanismes de parti unique et son revers, le coup d'Etat, ont perdu de leur légitimité politique³³ en Afrique, certaines pratiques ont ainsi été renforcées. Le Cameroun, bien que n'ayant pas connu de coup d'Etat réussi³⁴, a substitué à la perte du parti unique un refus du changement à travers une possibilité d'extension indéfinie³⁵ du nombre de mandat du Président de la République. Le fort tropisme du Président de la République sur la législation fait finalement des élections un faire-valoir³⁶ dont l'issue est presque toujours connu à l'avance ; les seuls éléments intéressants étant le score du Président sortant et le nom de l'occupant

³⁰ EBODÉ (G-J), *La performance des institutions au Cameroun: Les cas du président de la République, de l'Assemblée Nationale, et des conseils municipaux*, Dépêches n°158, 2015, p. 6.

³¹ *Ibidem*.

³² BIGOMBE LOGO (P.), *op.cit.*, p.2.

³³ MBOME (F. X.), « Constitution du 2 juin révisée ou nouvelles constitutions ? », in MELONE (S.), MINKO A SHE (A.) & SINDJOUN (L.), *dir.*, *La réforme constitutionnelle du 18 Janvier 1996 au Cameroun. Aspects juridiques et politiques*, Fondation Friedrich-Ebert, 1996, p.16.

³⁴ Le coup d'Etat manqué de 1884 est officiellement la seule tentative que cet État a connue.

³⁵ POUT (Ch.) (*dir.*), *Éléments de référence pour un dialogue participatif sur les élections au Cameroun*, CEIDES, Septembre-Octobre 2017, p.13.

³⁶ KAMTO (M.), « Cameroun : Le Code Électoral, quel recours ? », *op.cit.*, p.6.

de la deuxième place. Ces pratiques ont pour but de soumettre entièrement, pleinement et absolument l'ensemble de la vie de la nation, sa survie et le fonctionnement de ces institutions sous la seule autorité du chef de l'Etat que l'on finit par assimiler à un « élu des dieux ».

En effet, le Président de la République est le personnage central de l'Etat camerounais³⁷ qui d'ailleurs prend les formes et le contenu de sa seule volonté. Cette constitutionnalisation du « pontificat présidentiel »³⁸ passe par une africanisation des règles importées. Plus le chef en place accumule des années de pouvoir, plus il est demandé de lui vouer respect et culte « *parce qu'en Afrique et chez les bantous, on respecte les patriarches* ». Alors, le président qui aurait reçu la bénédiction de l'ensemble des chefs coutumiers du territoire national, mérite gloire et vénération. S'opposer à lui serait un sacrilège qui mériterait un châtement exemplaire. Tout ceci conforte l'idée que « *la fin de la transcendance du pouvoir présidentiel* »³⁹ ou « *la dé-présidentialisation du régime politique camerounais* »⁴⁰ est un leurre. Avec la révision constitutionnelle de 2008, il y a continuité certaine du monopole exclusif du président de la République sur les institutions et le jeu politique à tous les niveaux. Il y a de fait une absence évidente d'alternance par les urnes dans la mesure où la personnification du pouvoir présidentiel⁴¹ confère à l'occupant du « fauteuil présidentiel » de s'y maintenir au-delà du temps prévu par la constitution⁴². Toutes les institutions dépendent de lui. Les collaborateurs lui ont tous un devoir de reconnaissance et travaillent donc à conforter la prépondérance des intérêts⁴³ incarnés par celui-ci qui les a nommés. Les élections deviennent dès lors le lieu de la mise en spectacle de la loyauté au chef.⁴⁴ Dans une pareille configuration, l'Etat sombre dans ce que l'on peut qualifier de « *présidentialisme paternaliste* » ou « *paternalisme institutionnel* »⁴⁵. Tout cela expose au glissement vers le régime autocratique.

B- La tentative de dérive autocratique

³⁷ AMYE ELOUMA (L.), *L'écriture des Constitutions au Cameroun*, op.cit., p.288.

³⁸ AMYE ELOUMA (L.), op.cit., p.290.

³⁹ MONEMBOU (C.), « Vers la fin de la transcendance du pouvoir présidentiel au Cameroun : réflexion sur l'approfondissement de l'État de droit », *RASJ*, n°10, 2013, pp.253-281

⁴⁰ ONDOA (M.), « La dé-présidentialisation du régime politique camerounais », *RADP*, Vol. 1, n° 1, juin - déc. 2012, pp.121-149.

⁴¹ POUT (Ch.) (dir.), *Éléments de référence pour un dialogue participatif sur les élections au Cameroun*, op.cit., p.13.

⁴² PARIS (H.), « La démocratie en Afrique Subsaharienne », *Géostratégiques*, Vol. 10, n° 25, 2009, p.103.

⁴³ MANDENG (D.), *La procédure contentieuse en matière électorale : recherches sur le contentieux des élections au Cameroun*, Thèse de doctorat Ph.(D.) en droit public, Université de Poitiers en Cotutelle avec l'Université de Douala, 2017, pp.297-298.

⁴⁴ SANTOPINTO (E.), « Les élections au service du présidentielisme : les cas du Cameroun, Gabon, République du Congo et Guinée équatoriale », *GRIP*, note n° 30, 11 mai 2016, p.1.

⁴⁵ *Ibid.*, p.1.

Lorsqu'on entreprend une action en société, les apparences sont nécessaires pour projeter une image voulue. Que celles-ci soient réelles ou factices, leur usage est bénéfique du moment que le but recherché est atteint. On n'ira pas jusqu'à affirmer que la fin justifie l'apparence. Pourtant au Cameroun, l'on n'en est pas éloigné. Loin d'épouser la thèse de l'immutabilité absolue des constitutions⁴⁶, il reste que le respect du consensus minimum décidé par le peuple ou ses représentants doit être une règle d'or. Avant la révision d'avril 2008, il était donné l'apparence selon laquelle la démocratie était dans son principe, la façon la plus séduisante d'organiser le pouvoir dans une société⁴⁷. La démocratie demandant notamment que la direction de la cité soit le partage de tous et non la « chose » des uns. Cela devrait se faire à travers l'écriture dans la Constitution des règles destinées à assurer la solidité et la cohésion du texte⁴⁸. Dans le contexte camerounais, le constituant à utiliser le texte constitutionnel pour annihiler cet esprit. De la révision, on est passé à l'écriture, puis à la réécriture à rebrousse poils. En restant dans la lettre, on a sorti le texte de son esprit pour l'adapter à la vision d'un gouvernement perpétuel. Pour sauver les apparences, le débat a été richement nourri de la question de savoir si la limitation du nombre de mandats présidentiel au Cameroun marquait un recul⁴⁹ ou une avancée⁵⁰. En tout cas, on peut s'autoriser de dire qu'au Cameroun, la démocratie a reculé dans la mesure où elle se donne à voir comme expression de la volonté d'un seul (1), une démocratie à bout de souffle (2).

1- La démocratie soumise à la volonté présidentielle

Dans les Etats démocratiques, la constitution est sujette à adaptation constante⁵¹. Elle varie selon les hommes qui l'utilisent, les événements et les circonstances⁵² qu'elle doit encadrer. Sa modification doit tout au moins faire l'objet d'un débat participatif, dans le but de rechercher le consensus social sur les règles du jeu démocratique. Comme qualifié par la doctrine, le « débat

⁴⁶ OWONA (J.), *Droits constitutionnels et institutions politiques du monde contemporain. Étude comparative*, Paris, L'Harmattan, 2010, p.83.

⁴⁷ HOLEINDRE (J.-V.) & RICHARD (B.), *dir.*, *La démocratie, immuable et changeante*, Auxerre, Sciences Humaines éditions, 2010, p.5.

⁴⁸ ARDANT (Ph.) & MATHIEU (B.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p.79.

⁴⁹ VANDEGINSTE (S.), « La limitation constitutionnelle du nombre de mandats présidentiels : une coquille vide ? Une analyse du cas du Burundi », *WORKING PAPER*, n° 04, 2014. juin 2014, 17p.

⁵⁰ HOLEINDRE (J.-V.) et RICHARD (B.) (*dir.*), *La démocratie, immuable et changeante*, *op.cit.*, p.6.

⁵¹ Selon une métaphore du Roi Hassan II du Maroc prononcée devant l'Assemblée nationale de France, « *un vêtement se dessine et se coud en fonction des formes et des mesures de celui qui devra le porter. Bien plus, celui qu'on habille ne gardera pas immuablement la même silhouette* ».

⁵² BIGOMBE LOGO (P.), « Émergence et consolidation des tendances constitutionnelles au Cameroun (1990- 1995) », *op.cit.*, p.3.

constitutionnel est un champ symbolique de manifestation des antagonismes politiques en fonction des intérêts et des enjeux défendus par les investisseurs politiques »⁵³. L'élite gouvernante doit éviter de ne pas jouer pleinement le jeu de la transparence dans l'organisation du processus électoral⁵⁴ et œuvrer pour une ratification majoritaire des règles afin que chaque acteur devant participer à la course électorale s'y reconnaisse. Cela permettra d'éviter ou réduire les « coups d'Etat électoraux »⁵⁵ qui sont monnaie courante en Afrique ou encore des contestations comme celle de la victoire du Président Paul BIYA lors de l'élection du 7 octobre 2018 par le MRC. La simulation démocratique s'observe également au sein du parti au pouvoir, le RDPC.

Ainsi, penser la démocratie camerounaise comme soumise à la volonté présidentielle ne peut paraître excessif. Elle traduit belle et bien le mouvement de fragilisation de la rigueur attribuée autrefois aux modes d'accès et de conservation du pouvoir. La pratique de la démocratie se donne à voir ici comme « un cirque »⁵⁶ à l'intérieur duquel les acteurs politiques et le peuple sont des téléspectateurs. De ceux qui tiennent la place d'acteurs du spectacle, il y en a qui sont comme des marionnettes dont les mouvements n'obéissent qu'au scénario écrit par le marionnettiste en chef. On donne l'impression que tout est fait pour et par la volonté du « peuple seigneur » et pourtant, celui-ci est sous les serres du vrai « seigneur » de l'Etat. Même si l'on expose sur la nécessité de l'alternance, l'audace de la part des jeunes⁵⁷, la réalité cachée est que tout concourt à crédibiliser ce qui est connu d'avance : le maintien du *statu quo*.

Dans un contexte de remise en cause permanente des acquis démocratiques, il est difficile de ne pas voir une sorte de comédie institutionnelle. C'est la même personne qui juge de la nécessité ou de l'inadaptabilité des institutions de l'Etat. Il serait important que « la dévolution du pouvoir, à tous les niveaux se fasse suivant des règles clairement établies, connues de tous, voire acceptées de tous ou à tout le moins, faisant l'objet d'un consensus du plus grand nombre »⁵⁸. Cette condition n'est pas remplie et la démocratie apparait alors à bout de souffle.

2- La démocratie à bout de souffle

⁵³ MENTHONG (H. L.), « La question locale dans le débat constitutionnel au Cameroun : chassé-croisé entre l'unité et le pluralisme », *Proposition de recherche, Yaoundé, GRAP, Groupe national du CODESRIA*, janvier 1995, p.2.

⁵⁴ CAMEROUN - *Appui au processus électoral*, 2010 p.4.

⁵⁵ MARZIN (R.), « 2016 : Année des coups d'Etat électoraux en Afrique », *op.cit.*, p.6.

⁵⁶ TAKOUGANG (J.), « Processus électoral au Cameroun, le cirque continue », in ECOVOX, *Elections et démocratie. L'épreuve des faits*, n° 47 Janvier - Juin 2012, pp.10-11.

⁵⁷ Le Président Paul BIYA demandait lors de son discours du 31 décembre 2017 aux jeunes d'oser, en politique, en économie, en entrepreneuriat et dans tous les autres domaines.

⁵⁸ TAWEMBE (D.), « Code électoral, le consensus manqué », in ECOVOX, *Elections et démocratie. L'épreuve des faits*, n° 47 Janvier - Juin 2012, p.8.

Le constat selon lequel « *la démocratisation en Afrique a été le révélateur d'un contexte explosif de déchirures ethno-identitaires, de fractures sociales, communautaires et ethno-nationalistes et de ressentiments populaires* »⁵⁹ serait fondé. Les évolutions récentes ne semblent pas contredire cette idée. Ailleurs considérée comme une « norme » limitant les crises⁶⁰, la limitation du nombre de mandat présidentiel a été phagocytée au Cameroun car jugé contraire aux modèles traditionnels de gouvernance dans lesquels on ne convoite pas le trône du chef lorsque ce dernier est encore vivant. Seul lui, à travers une désignation successorale⁶¹ peut déterminer à qui reviendra le sceptre du commandement. Sous cet angle-là, l'insertion de la limitation du nombre de mandat présidentiel n'avait pas pour enjeu la construction progressive de l'Etat de droit⁶² mais plutôt d'apaiser la tension sociale et politique. D'ailleurs le contexte national actuel donne l'impression d'une démocratie qui semble partie à la conquête du monde⁶³ tout en refusant de s'arrêter sur la terre de cette Afrique en miniature. Elle paraît plus que jamais un horizon indépassable⁶⁴ par le fait des freins qui sont posés sur son chemin.

Considérée par l'ONU comme un mode de prévention des conflits et de consolidation de la paix⁶⁵, l'élection au Cameroun implante un climat de désintérêt criard. Le taux d'abstention observé au cours des différentes élections corrobore cette analyse⁶⁶. Il y a ici un refus des populations à ce qu'elles qualifient de mascarade, une sorte de concours dont les résultats et le classement sont connus d'avance. La rhétorique ambiante est la suivante : « on sait que Paul BIYA a déjà gagné, on vote encore pour faire quoi ? Ça ne sert à rien ». La démocratie dans cet Etat a perdu de sa « force d'attraction »⁶⁷. Ainsi, il paraît aux yeux du peuple conscient que le seul moyen de s'exprimer

⁵⁹ MANDJEM (Y. P.), *Les institutions dans les processus de sortie de conflit : analyse comparée de la Côte d'Ivoire et de la République Démocratique du Congo, T. 1, Thèse de doctorat Ph.(D.) en Science politique, Université de Yaoundé 2, 2010, p.3.*

⁶⁰ MARZIN (R.), « Union Européenne et élections en Afrique en 2015 et 2016 : relancer la relation Europe-Afrique par un soutien accru à la démocratisation », *op.cit.*, p.5.

⁶¹ MBODJ (E. H.), *La succession du chef d'Etat en droit constitutionnel africain. (Analyse juridique et impact politique)*, *op.cit.*, 532p.

⁶² BIGOMBE LOGO (P.), « Émergence et consolidation des tendances constitutionnelles au Cameroun (1990- 1995) », *op.cit.*, p.3.

⁶³ CHAMPAGNE (G.), *L'essentiel du droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, Gualino, 2011-2012, p.75.

⁶⁴ HOLEINDRE (J.-V.) & RICHARD (B.) (dir.), *La démocratie, immuable et changeante*, *op.cit.*, p.5.

⁶⁵ SINDJOUN (L.), « La loyauté démocratique dans les relations internationales : sociologie des normes de civilité internationale », *Études internationales*, Volume 32, n° 1, 2001, p.32.

⁶⁶ Ainsi, les taux d'abstention des présidentielles sont : 1992 = 39,9% ; 1997 = 92,6% ; 2004 = +80% ; 2011 = 34,171%. Ceci tend à indiquer un certain désenchantement vis-à-vis du régime de la part de la population.

⁶⁷ DIAMOND (L.), LINZ (J. J.) & LIPSET (S. M.), « Introduction : la comparaison des expériences démocratiques », in *Les pays en développement et l'expérience de la démocratie*, Paris, Nouveaux Horizons, 1993, p. 3.

est de passer par les manifestations publiques ou des moyens de communication cybernétique⁶⁸. Avec la loi de 2014 sur le terrorisme⁶⁹ et la définition trop vague qui en est donnée, les défenseurs des droits de l'Homme expriment davantage leur inquiétude quant aux violations graves des droits de l'homme et des libertés⁷⁰. La raison provient de ce qu'elle peut servir à ériger en infractions pénales des activités politiques pacifiques et à enfreindre les droits à la liberté d'association et de réunion⁷¹.

II- LA LEGISLATION ELECTORALE AU SERVICE DU POUVOIR ETABLI

En 2012, à travers la Loi n°2012/001 du 19 avril 2012 portant Code électoral, l'ensemble des textes juridiques relatifs aux élections au Cameroun a fait l'objet d'une compilation dans un document unique en réponse aux revendications longtemps faites par la société civile et les acteurs politiques de l'opposition. C'est le fruit d'une très longue gestation passant par le Ministère chargé de l'administration territoriale, ONEL, puis ELECAM et quatre (4) modifications de la loi électorale.⁷² Il a été noté une vive controverse autour du vote de ce texte par l'Assemblée Nationale : « les députés des principaux partis de l'opposition ont quitté l'hémicycle en signe de désapprobation lors de l'adoption en séance plénière ; les élus du parti allié au parti majoritaire à l'Assemblée Nationale ont voté contre, exprimant ainsi leur désaccord de manière solennelle. Le texte a néanmoins été adopté par les députés du parti dominant, fort d'une majorité qui semble acquise une fois pour toute sur la scène politique nationale »⁷³.

Il ressort de la lecture de ce texte une consécration du pouvoir du Président de la République sur le jeu électoral (A). Cette situation pourrait traduire une certaine aversion du changement (B).

A- La consécration du pouvoir présidentiel sur le jeu électoral

A la lecture du code électoral camerounais promulgué en 2012, le Président de la République est au centre de tout. C'est à lui que revient la charge de fixer le calendrier électoral (1) et de procéder au découpage des différentes circonscriptions électorales (2).

1- Le monopole présidentiel dans la détermination du calendrier électoral

La détermination du calendrier électoral pose principalement deux difficultés. La première est celle de la connaissance des différentes élections qui auront cours durant une année électorale

⁶⁸ Les réseaux sociaux sont aujourd'hui au Cameroun, une plateforme de contestation.

⁶⁹ Loi n° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme

⁷⁰ Communication d'Amnesty International pour l'examen périodique universel, *Cameroun : violations massives de droits humains*, 30^e session du groupe de travail sur l'EPU, mai 2018, p.5.

⁷¹ *Ibid.*, p.5.

⁷² MANDENG (D.), *La procédure contentieuse en matière électorale : recherches sur le contentieux des élections au Cameroun*, *op.cit.*, p.298.

⁷³ KAMTO (M.), « Cameroun : Le Code Electoral, quel recours ? », *op.cit.*, p.2.

tandis que la seconde porte sur la convocation du corps électoral. Si la constitution fixe le calendrier précis de l'élection présidentielle⁷⁴, la date des autres échéances électorales⁷⁵ relève de la discrétion du Président de la République qui fixe le jour précis du scrutin. Ainsi, bien qu'ayant déclaré 2018 « *importante année électorale* »⁷⁶, le Président Biya a usé de ses prérogatives constitutionnelles pour renvoyer les élections législatives et municipales qui devaient normalement se tenir avant la présidentielle.

En effet, le Président de la République peut proroger ou abroger le mandat des députés, des conseillers municipaux ou des conseillers régionaux⁷⁷ et ainsi anticiper ou repousser la tenue des élections législatives ou municipales au gré d'une appréciation discrétionnaire de la conjoncture que traverse le pays.⁷⁸ Si cette disposition est bienheureuse dans certaines circonstances, ses usages politiques au Cameroun ont presque toujours suscité des réactions de contestation d'une frange importante des acteurs politiques. C'est par exemple le cas en 2012 et en 2018 lorsque le président de la République a décidé de proroger le mandat tant des conseillers municipaux que des députés et donc tenir la présidentielle avant les législatives et les municipales. Ces prorogations participent en réalité d'une stratégie de sauvegarde de l'influence que le chef de l'Etat a sur le jeu politique aussi bien au sein de son parti que dans l'organisation de ces élections elles-mêmes.

Cette situation n'est pas distincte pour ce qui est des premières élections sénatoriales au Cameroun. Le poids du Président de la République dans la tenue de cette échéance électorale est assez significatif. Dans la première échéance, il fallait attendre la décision politique du chef de l'Etat comme juge de l'opportunité de la mise en place effective de cet organe. De même, il fallait attendre que ce dernier fixe la date des élections en convoquant le collège électoral⁷⁹. Malgré quelques différences, l'élection du président de la République obéit à un scénario similaire. Si l'échéance ne peut être reportée, c'est néanmoins le Président de la République qui a la charge de convoquer le corps électoral⁸⁰. La loi électorale ne donne pas pour cela de délai précis. Elle donne

⁷⁴ La constitution camerounaise ne prévoit pas de possibilité de report de l'élection présidentielle. Le seul moyen d'y parvenir est de passer par une révision constitutionnelle.

⁷⁵ Au Cameroun, à côté de l'élection présidentielle, il existe une élection législative, sénatoriale, régionale et municipale. Ce qui fait un total de 5 élections possibles.

⁷⁶ Message de fin d'année 2017 du Chef de l'Etat à la Nation prononcé le 31 décembre au Palais d'Etoudi.

⁷⁷ Art. 5 al. 2 « Le Conseil régional peut être dissous par le Président de la République, après avis du Conseil constitutionnel ».

⁷⁸ Art. 8 al.12 ; l'art. 15 al. 4.

⁷⁹ Art. 230

⁸⁰ Art. 86 al. 1 « Le corps électoral est convoqué par décret du Président de la République.

un intervalle de temps⁸¹, trois (03) mois environ, que le Président sortant et jusqu'à lors candidat à sa propre succession, a l'avantage de gérer à sa guise. En fait, il donne unilatéralement le coup d'envoi de la compétition et est en même temps compétiteur. Pour un des acteurs majeurs de la scène politique camerounaise, cette disposition est pernicieuse. Est « *plus pernicieuse encore la reprise par le juge électoral d'une jurisprudence française quasi obsolète faisant du décret de convocation du corps électoral un acte de gouvernement insusceptible de recours* »⁸² Le calendrier électoral au Cameroun pose ainsi de nombreux problèmes de précision quant à la tenue des élections. Ces éléments dénotent une mainmise du Président de la République sur le calendrier électoral et même l'opportunité de la tenue d'une échéance électorale : « *ici, le juge laisse résolument libre cours au Président de la République dans la gestion du temps politique* »⁸³. L'impact négatif de ces difficultés est ressenti à la fois par les candidats et les électeurs. Cette mainmise du Président de la République concerne également la création des circonscriptions électorales.

2- Le monopole présidentiel dans la création des circonscriptions électorales.

Dans le droit électoral camerounais, la circonscription électorale pour un scrutin est fonction de la nature de l'élection. Ainsi, pour l'élection présidentielle, le vote a lieu dans le cadre du territoire national. Pour les élections municipales, c'est la commune. Pour les sénatoriales, c'est la région alors que pour les législatives et les municipales c'est le département. La compétence pour délimiter des circonscriptions dans le contexte camerounais appartient exclusivement au Président de la République qui est également le Président national du RDPC, parti politique qui s'en trouve ainsi favorisé tout au moins symboliquement.

En effet, le Président de la République seul peut « *modifier les dénominations et les délimitations géographiques des Régions énumérées à l'alinéa (1) ci – dessus* »⁸⁴ et de « *créer d'autres Régions. Dans ce cas, il leur attribue une dénomination et fixe leurs délimitations*

⁸¹ Art. 86 al. 2 « L'intervalle entre la publication du décret convoquant le corps électoral et la date fixée pour le scrutin est de quatre-vingt-dix (90) jours au moins ».

⁸² KAMTO (M.), « Le contentieux électoral au Cameroun », *Lex Lata*, n° 20, Nov. 1994, pp. 5-6. Voir également du même auteur « Actes de gouvernement et droits de l'homme au Cameroun », *Lex Lata*, N° 26, 1996, pp. 10- 11.

⁸³ NJOYA (J.), « Démocratisation et monitoring électoral au Cameroun : autonomisation problématique des organes de gestion électorale », *Revue Africaine d'Etudes Politiques et Stratégiques* n°1/2014., p. 16. ; NNA (M.), « les tendances actuelles de l'exercice de la fonction électorale au Cameroun », *Revue Africaine d'Etudes Politiques et Stratégiques* ; Université de Yaoundé 2, Faculté des sciences juridiques et politiques, N°6, 2009.

⁸⁴ Art. 61 al. 2(A.)

géographiques »⁸⁵. Il en est de même pour les autres circonscriptions territoriales qui en même temps tiennent lieu de circonscriptions électorales. C'est également le Président de la République qui établit le nombre de sièges à pourvoir pour chaque circonscription⁸⁶.

Cette compétence est un avantage par rapport aux autres acteurs. Au regard de ce que le texte constitutionnel dit, il l'exerce au surplus « en tant que de besoin »⁸⁷. Il est donc seul à pouvoir apprécier les éléments liés à l'opportunité de temps, de lieu et de circonstance pouvant le déterminer à créer une circonscription ou en « effacer ». En tout cas, il manipule à sa guise⁸⁸. Dans l'exercice de ces attributions, la difficulté est de savoir si le Président de la République agit pleinement comme Président de la République ou s'il se sert de la posture de Chef de l'Etat pour instrumentaliser les dispositions de la loi en faveur de son parti. Cette interrogation peut paraître dénouer de toute objectivité mais il y a lieu de reconnaître qu'un soupçon d'impartialité est légitime. D'ailleurs, la lecture plus attentive des raisons qui conduisent au découpage territorial apporte du crédit à cette inquiétude sur les motivations réelles du découpage électoral dans certaines parties du territoire camerounais ainsi que l'illustre le cas du département de la MEZAM dans la région du Nord-Ouest. Après une présentation de l'état des lieux des forces politiques en présence dans le département de la MEZAM, le gouverneur de la région du Nord-ouest, informant le Ministre de l'Administration territoriale d'alors, déclare : « *Sauf sursaut, le RDPC pourrait perdre le terrain conquis dans ce bastion du SDF à Bamenda 1^{er}, Santa et Bali en ce qui concerne les municipalités étant entendu que seule une réorganisation des circonscriptions électorales en associant Bali et Santa pourrait permettre au RDPC d'espérer un siège dans le département de MEZAM* »⁸⁹. Cette autorité poursuit, « *En ce qui concerne le RDPC, de nouveaux découpages devraient être faits au niveau des circonscriptions électorales actuelles évoquées dans les différentes tendances plus haut en y intégrant cependant le cas du département de BOYO, qui est une circonscription unique constituée de 02 tribus et 02 sièges aux législatives, en procédant au découpage intégrant d'un côté BELO et NJINIKOM et de l'autre FUNDONG et BUM, le RDPC s'en sortirait certainement avec un siège aux législatives* »⁹⁰.

⁸⁵ Art. 61 al. 2b.

⁸⁶ SANTOPINTO (E.), « Les élections au service du présidentielisme : les cas du Cameroun, Gabon, République du Congo et Guinée équatoriale », GRIP, Note N°30, 11 mai 2016, p.9.

⁸⁷ Art. 61 al. 2.

⁸⁸ SANTOPINTO (E.), « Les élections au service du présidentielisme : *op. cit.*, p.9.

⁸⁹ *Ibid*, 22 février 2018, p.2.

⁹⁰ *Ibid*, p.13.

On observe ici la mise en œuvre des stratégies de détournement de la compétence présidentielle en matière de modification de l'organisation territoriale pour le profit d'un groupe politique. La machinerie va encore plus loin et prend parfois la logique de déstabilisation d'un autre parti pour réduire les scores qu'il peut faire dans une zone. C'est la raison de cette autre proposition que le gouverneur de la région du Nord-ouest fait à sa hiérarchie : « *En ce qui concerne les présidentielles, seul l'éclatement de l'électorat SDF autour des différents candidats en course, originaires de la Région pourrait créer les conditions d'un vote RDPC dont l'image reste à établir dans les couches populaires même si le Président reste connu dans la stature de Père de la nation* »⁹¹, par ce que « *le découpage électoral actuels n'est pas favorable au RDPC* »⁹².

Ainsi au Cameroun, le découpage électoral est extrêmement avantageux pour le RDPC⁹³ et son président. Les résultats électoraux étant tributaires de la délimitation des circonscriptions⁹⁴, le Président de la République utilise ses compétences constitutionnelles pour favoriser le parti dont il est le chef. De même, la répartition des circonscriptions électorales et la distribution des sièges entre celles-ci ne répondent pas toujours aux critères d'objectivité relative à la démographie ou à la superficie du territoire concerné⁹⁵. Au surplus, certaines autorités administratives sur le territoire national se montrent résolument corrompus politiquement et développent une logique de manipulation de l'électoral. Au final, on a des circonscriptions d'une importance inégales et découpées d'une manière arbitraire pour favoriser un champ politique. L'exemple du département du NOUN dans l'Ouest- Cameroun est très illustratif de cette logique. Celui-ci est constitué majoritairement du peuple BAMOUN et occupe à lui seul environ la moitié de la superficie de toute la région de l'Ouest et pourtant, il ne représente administrativement qu'un seul département par les 7 départements (unités administratives) que comptent cette région. La circonscription électorale pour les législatives étant le département⁹⁶, il lui est attribué seulement cinq (05) députés, altérant ainsi son influence politique au plan national. Cette incongruité légitime une

⁹¹ *Ibid*, p.2.

⁹² *Ibid*, p.6.

⁹³ Communiqué du Collectif de Solidarité avec les Luttes Sociales et Politiques en Afrique, Cameroun, législatives et municipales du 30 septembre, une mascarade de plus : fatalité au Cameroun, normalité en Francafrrique ?, 18 septembre 2013, p.1.

⁹⁴ Le réseau du savoir électoral, *Encyclopédie ACE : Délimitation des circonscriptions*, 2013, p.26. Disponible sur le site <http://www.aceproject.org>

⁹⁵ Communiqué du Collectif de Solidarité, op-cit. .

⁹⁶ Article 149 du code électoral, *op, cit*, p. 67.

injustice au niveau de la représentation à l'heure du processus de matérialisation de la démocratie locale.

Au regard de ce qui précède, le découpage électoral au Cameroun ne repose pas sur des bases consensuelles ou équitables. Il suggère l'idée qu'il y a une volonté affirmée de conserver le pouvoir politique de l'Etat par tous les moyens. Page | 644

B- L'expression d'une certaine aversion du changement

La recherche du pouvoir ou la volonté de le conserver est légitime. C'est l'objectif du politique. Mais cet objectif serait inacceptable si le but ultime est de prendre le pouvoir pour le pouvoir et le conserver simplement pour le même dessein. Ce qui donne au pouvoir toute sa signification est donc dans le service public de protection multiforme des personnes et des biens. L'honneur qu'on attache également à celui qui l'exerce tient principalement à sa capacité à satisfaire cette exigence ontologique sans laquelle le pouvoir se trouve dénué de fond. Dans certaines circonstances, ceux qui sont titulaires du pouvoir politique de l'Etat évoquent la légalité comme si celle-ci serait pleinement opérationnelle sans légitimité. Ce type d'argument est convoqué lorsque le risque de la perte du pouvoir illégitime est significatif. Généralement, c'est pour pallier ce manque que les gouvernants promeuvent d'une part le conformisme dans l'espace public (1) et d'autre part musèlent autant que possible l'opposition politique non conformiste (2).

1- La promotion du conformisme dans l'espace public

Le paysage politique camerounais ne permet pas d'affirmer que le monopartisme a tiré sa révérence. L'on peut cependant dire qu'il y a eu un changement de paradigme car on est passé du parti unique dans un système de « bonapartisme »⁹⁷ mal adapté aux exigences de la démocratie⁹⁸ à une monopolisation de la vie politique par l'ancien parti-Etat. Ce parti se trouve à tous les niveaux de l'administration centrale de l'Etat, celle déconcentrée et même décentralisée. Avec cette configuration, c'est une sorte d'uniformisation des mentalités politiques qui est recherchée. Le multipartisme s'apparente davantage à un slogan.

Dans une compétition électorale qui oppose les représentants du pouvoir en place à ceux de l'opposition, les premiers précités sont évidemment tentés d'abuser de leur situation. On peut remarquer qu'au Cameroun, le Code électoral n'a pas inscrit dans ses dispositions les interdictions

⁹⁷ BAYART (J.-F.), « Régime de parti unique et systèmes d'inégalité et de domination au Cameroun : esquisse », *Cahiers d'études africaines*, Vol. 18, n° 69-70, 1978, pp. 5-35.

⁹⁸ MARTIN (G.), « Démocratie et parti unique en Afrique », *Colloque conjoint de l'Association africaine de science politique (AASP) et de l'Association allemande de science politique (DVPW)*, Arnoldshain/Francfort, 15-17 octobre 1986, p.148.

qui doivent peser sur les agents publics, comme c'est le cas dans les pays démocratiques. En France, par exemple, la législation⁹⁹ interdit tout procédé qui paraît ressusciter une « candidature officielle »¹⁰⁰. Cela signifie qu'il est interdit à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats. Au Cameroun, c'est toute la machine administrative de l'Etat qui est mobilisée à l'occasion des élections laissant paralyser le service du public pour lequel le contribuable paye. Selon Jacques Philibert Nguemegné, « *par le principe hiérarchique, celles-ci – les autorités administratives –, doivent obéissance et soumission à leurs supérieurs et à l'autorité hiérarchique suprême qu'est le président de la République. Ce dernier les nomme et les révoque. Il jouit par conséquent d'une très grande influence sur elles* »¹⁰¹. C'est sans doute pourquoi « *depuis 1990, on a vu certaines autorités administratives gérer le processus électoral avec un parti pris flagrant* »¹⁰². C'est dans le même sens que le professeur Eboussi Boulaga déclare : « *le Chef de l'Etat, chef du parti majoritaire semble avoir prise sur la machinerie électorale grâce à l'Administration territoriale, avec ses gouverneurs, ses préfets, et ses sous-préfets...* »¹⁰³ Et d'ajouter : « *on comprend pourquoi le pouvoir majoritaire peut procéder, à la veille des élections ou quelque temps avant, à des nominations dans le commandement, des autorités administratives. Celles-ci n'étant que des nominations à des fins électoralistes des « hommes de mains » dans les circonscriptions où la majorité gouvernementale se sent menacer. Ces « chargés de mission » électorale ont pour but de « faire le résultat » même en faussant les calculs de voix* »¹⁰⁴.

Cet assujettissement concerne également les fonctionnaires du service public d'information où il n'est pas rare de voir les propagandes du parti présidentiel être publicisées. C'est le cas du quotidien Cameroon Tribune qui faisait savoir notamment à l'approche de la présidentielle 2018 que « Des jeunes appellent à la candidature de Paul BIYA »¹⁰⁵. Les atteintes au droit électoral sont plus subtiles dans la gestion de l'accès des partis politiques aux médias publics. Ainsi, le temps d'antenne réparti entre les candidats est toujours fait sur une base inégalitaire. L'espace réservé à

⁹⁹ Cf. article L.50 du Code électoral français.

¹⁰⁰ Selon DENQUIN, cette expression est demeurée attachée au souvenir du second empire. Cf. DENQUIN (J.M.), *Les droits politiques. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 163.

¹⁰¹ BATONGUE (A.B.), « Célestin Bedzigui: arrêtons de jouer avec le feu », in *Mutations*, n°693, 5/6/2002, p. 4.

¹⁰² NGUEMEGNE (J.P.), « la réflexion sur l'usage et le respect des droits de l'homme au Cameroun : le droit de vote depuis 1990 », in *Annales de la FSJP*, Université de Dschang, PUA, tome 4, 2000, p. 52.

¹⁰³ *Idem*, p. 53

¹⁰⁴ EBOUSSI BOULAGA (F.) cité par NGUEMEGNE (J. P.), *ibid.*

¹⁰⁵ Cameroon Tribune, n° 11536/7735 du 14 février 2018, p.3.

la propagande partisane est accordé en fonction du nombre de candidats présentés par chaque formation politique et de celui des circonscriptions dans lesquelles celle-ci présente des candidats. Il en résulte que le plus grand parti et donc le RDPC s'en tire avec la part du lion alors qu'il bénéficie déjà à la fois de l'ancienneté, des structures et superstructures de l'Etat ; toute chose qui concourent à le placer sur une ligne d'avance sur les autres formations politiques en compétition. C'est dans le même ordre d'idée que se préparent et se déroulent certaines émissions télévisées où il n'est pas rare de voir comment le modérateur place quasiment les contradicteurs du parti présidentiel en posture offensive en même temps que ses partisans ont presque toujours le mot de conclusion comme si l'enjeu véritable était de mettre en relief le point de vue du parti au pouvoir. Cette discrimination subtile s'accompagne presque toujours d'éléments de personnification du pouvoir politique de l'Etat et de déification de celui qui l'incarne. C'est ainsi que le Président Biya est assimilé par certains de ses partisans à « un roc » dans le même temps où ils s'assimilent eux-mêmes à une de ses « créatures ». Cette tendance à présenter le Président Paul Biya comme « un dieu » vise à inhiber toute perspective de contestation de son autorité. On peut alors entendre dire que « Dieu ne pouvait confier ce pays qu'à un personnage tel que Paul BIYA (...) Paul BIYA est le choix de Dieu. Inutile d'oser l'affronter. Quiconque le fera sera vaincu ainsi que le sont les Arabes face aux Israéliens le peuple de Dieu. Qu'ont pu lui faire John Fru Ndi ? AHIDJO ? Les putschistes de 1984 ? Les villes mortes ? Rien du tout. Les hommes ne peuvent rien lui faire »¹⁰⁶. Tout se passe comme si le simple désir d'accéder à la magistrature suprême est un crime. L'opposant est d'ailleurs « diabolisé et promu au rang d'ennemi de la nation »¹⁰⁷ parce que convoitant « la place naturelle du père de la nation ».

Cette dépendance est amplifiée notamment au niveau des chefferies traditionnelles. Ici, certains chefs de village présentent le Président auprès des populations comme « le chef des chefs » en usant allègrement d'une expression qui semble consacré : « le nômegui des nômegui » ; le but étant que ces populations lui expriment leur loyauté sans réserve. Dès lors, l'élection n'est plus un choix mais une exigence morale. Les consignes de vote sont de ce fait courantes et des mécanismes de contrôle sont parfois mis sur pied en vue de sanctionner ceux qui auront trahi. Dans certaines chefferies traditionnelles du Nord Cameroun par exemple, le secret du vote individuel n'existe pas.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.14.

¹⁰⁷ SINDJOUN (L.) (dir.), *Comment peut-on être opposant au Cameroun ? Politique parlementaire et politique autoritaire*, CODESRIA, Sénégal, 2004, p.2.

Les bureaux de vote sont placés sous le contrôle des hommes du *lamido* qui s'assurent minutieusement que les électeurs ont voté selon les prescriptions du monarque. Après avoir accompli leur devoir civique, les citoyens ramènent les bulletins des autres partis pour démontrer qu'ils ont effectivement voté pour le parti de leur leader coutumier. Le respect voué aux « gardiens » de la tradition procède également de l'attachement excessif des populations à certaines croyances. Il se raconte qu'à Bafoussam lors des municipales de janvier 1996, le chef du village, membre du RDPC, avait transporté une urne dans la forêt sacrée où il aurait seul accès avec quelques rares notables pour faire le dépouillement des résultats au profit de son parti. Pure fiction ou réalité, cette anecdote dénote néanmoins l'état d'esprit dans lequel se déroule le processus électoral.

2- La tendance au musèlement de l'opposition politique.

L'uniformisation de l'agir politique ne saurait se faire efficacement sans des mécanismes de contrainte. Mais l'évolution des droits de l'Homme oblige les autorités à travailler leurs stratégies de manière à n'opprimer que subtilement les opinions dissidentes. Dans cette perspective, il est très rare de voir des partis politiques interdits de toute activité.

Par contre, sous le principe du maintien de l'ordre public, les manifestations et réunions même préalablement déclarées et parfois autorisées sont interdites. Les violations de l'interdiction sont très souvent réprimées avec vigueur comme ce fut le cas le 8 avril 2016 avec l'interpellation de la présidente du parti d'opposition Cameroon People's Party (CPP), Edith KAH WALLA et onze membres de ce parti politique. Ceux-ci ont été accusés « d'insurrection et de rébellion contre l'Etat » et gardés à vue avant d'être remis en liberté quelques temps après.¹⁰⁸ Dans le même registre, on peut citer l'interdiction le 17 janvier 2017, des activités du Conseil national du Cameroun méridional (SCNC), parti politique, à la suite de nouvelles manifestations dans les régions anglophones, par le ministre de l'Administration territoriale. Il en est de même du MRC, parti politique classé deuxième après le RDPC lors de la présidentielle de 2018, qui ayant lancé un vaste mouvement de contestation des résultats de ladite élection, a été accusé d'atteinte à la sûreté de l'Etat, de trouble à l'ordre public et bien d'autres chefs d'accusation. Cette attitude de musellement automatique de l'opposition, creuse des distances énormes avec le parti présidentiel et empêche celle-ci de devenir une « opposition constructive ».

¹⁰⁸ Amnesty International, « Cameroun : violations massives de droits humains », Communication d'Amnesty International pour l'examen périodique universel [ONU], 30^{ème} session du groupe de travail sur l'EPU, 2018, p.8.

Le second mécanisme d'émasculature de l'opposition consiste à une absorption-intégration dans le parti dominant. Par ce mécanisme, deux tendances se dégagent. La première regroupe les alliés de toujours, les plus anciens qui sont qualifiés de « soutien traditionnel »¹⁰⁹ dont l'UNDP, l'ANDP ou le MDR, ainsi que l'UPC version KODOCK¹¹⁰. Certains partis politiques peuvent également être intégrés à cette catégorie telle : le FSNC du ministre Issa TCHIROMA BAKARAY. Cette stratégie permet d'avoir l'unité dans la diversité politique grâce à une position de monopole du parti au pouvoir qui se sert de sa force d'attraction pour englober les autres partis qui deviennent ainsi comme « des sous-traitants politiques ». Le second groupe est composé des opportunistes politiques qui autre fois grands pourfendeurs du régime en place, se sont transformés en laudateurs car selon Christophe MIENZOK, le président « séduit des irréductibles et des radicaux qui, hier encore, disaient ne rien pendre de lui. En politique seuls les imbéciles ne changent pas d'avis »¹¹¹. C'est ainsi qu'une vingtaine de parti politique formant ce qu'on a appelé le G20¹¹² s'est alliée au RDPC en soutien à la candidature du président Paul BIYA pour la présidentielle du 07 octobre 2018.¹¹³ Dans ce registre, on peut citer l'Union pour la démocratie et le progrès (UNDP) qui a tenu une réunion de son comité central à Yaoundé le 18 juillet 2018 pour décider de « ne pas présenter de candidat à l'élection présidentielle du 07 octobre 2018 » et demander par la même occasion « à tous de soutenir la candidature de Monsieur Paul BIYA »¹¹⁴ pour lequel ils battraient campagne¹¹⁵. Ces alliances formées sur des « calculs à court terme »¹¹⁶ sont généralement mues par des récompenses à travers des postes de pouvoir au sein du gouvernement ou un soutien pour les élections autres que la présidentielle.

Conclusion

Au-delà du droit de voter et de se porter candidat à une élection, la démocratie électorale est fondée sur l'existence d'un arsenal normatif et institutionnel devant accompagner et contrôler l'effective participation populaire car les normes et les institutions électorales peuvent être vidées de toute neutralité car la prise en compte de l'élection comme instrument démocratique dépend

¹⁰⁹ Voir l'éditorial de Christophe MIEN ZOK dans le *Journal l'Action* du mercredi 25 Juillet 2018, p.3.

¹¹⁰ Le flambeau de l'alliance est repris aujourd'hui par le député BAPOOH LIPOT.

¹¹¹ *Journal l'Action*, n° 1167, du mercredi 25 "Juillet 2018, p.3.

¹¹² De ces partis, on peut citer le PADDEC de Jean de Dieu MOMO, le Mouvement écologiste de Fritz Pierre NGO, l'Amec de Joachim TABI OWONO, le Merci de Issac Feuzeu, Le CP de TITA FON Samuel ou le Cdp de Benz ENOW BATE. Pour plus de détails, lire le *Journal l'Action*, n° 1167, du mercredi 25 Juillet 2018, p.7.

¹¹³ *Cameroon Tribune*, n° 11522/7721 du mercredi 24 janvier 2018, p.4.

¹¹⁴ *Journal L'œil du Sahel*, n° 1099 du vendredi 20 juillet 2018, p.3.

¹¹⁵ Il en a été de même pour le FSNC, l'UPC, le MDR et les membres du G20.

¹¹⁶ *Cameroon Tribune*, n° 11522/7721 du mercredi 24 janvier 2018, p.5.

aussi et surtout de la bonne tenue des acteurs qui doivent prendre des dispositions idoines afin que la législation et les institutions ne conduisent à des réformes minimalistes, inscrivant son développement dans une progressivité lente et paradoxale. En observant la situation camerounaise, la mise en place des réformes dénote des techniques spécifiques de monopolisation du jeu politique par le système gouvernant. Il nous a été donné de constater que l'ouverture démocratique est accordée d'une main réticente qui suggère vivement l'idée que le groupe dirigeant ne façonne que les institutions qu'il peut maîtriser et n'autorise un dispositif normatif que pour lui permettre de se pérenniser. Cette option camerounaise pour une ingénierie institutionnelle de consolidation hégémonique se caractérise par deux traits majeurs : d'une part un renforcement du pouvoir présidentiel dont la position centrale conduit finalement à ce que rien ne soit possible sans qu'il n'en donne l'ordre ; une législation électorale marquée par un fort tropisme du Président de la République ; tropisme qui pourrait traduire une certaine aversion du changement. In fine, à la question de savoir comment le groupe dirigeant au Cameroun s'approprie-t-il la démocratie électorale, nous répondons qu'au lieu de s'opposer ouvertement à l'avènement de celle-ci, ceux qui incarnent le pouvoir établi entreprennent des réformes minimalistes leur garantissant la capacité d'ouvrir le jeu politique sans en être perdant.

Gestion décentralisée des ressources naturelles : quels défis pour le développement durable du Nord-Cameroun ?

Par :

DOUDOU SALAMATOU

Doctorante en Histoire

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 650

Résumé ;

La décentralisation et le développement sont au cœur de la problématique de gestion des ressources naturelles au Cameroun en général et au Nord-Cameroun en particulier. La région du Nord Renferme un réseau d'aires protégées aux potentielles multiples. Toutefois, le problème qui ressort de cette étude est la gestion déficiente des ressources naturelles. L'objectif principal vise à démontrer que la gestion décentralisée constitue un moyen de conservation des ressources naturelles et de développement local. L'étude bibliographique et les entretiens ont permis d'analyser l'évolution de l'administration des espèces naturelles et les questions liées au développement. Cette étude met en évidence que, la gestion décentralisée des ressources naturelles est un mécanisme à cadre général fondé sur la diversification des acteurs et la politique d'administration spécifiée. En plus, elle constitue un dispositif de développement local axé sur le long terme. Ces résultats permettent de conclure que la gestion décentralisée des écosystèmes naturels développe plusieurs enjeux à dimensions écologique, économique et socioculturelle durable.

Mots clés : *gestion décentralisée, développement durable, gouvernance locale, et aires protégées.*

Introduction

Avant la création des réserves fauniques dans la région du Nord-Cameroun, la zone était sous le contrôle du lamido de REY BOUBA. Le prélèvement des espèces était réglementé, une forme d'autopromotion de la durabilité écologique. Ainsi, à l'arrivée des premiers administrateurs coloniaux, les ressources naturelles qui appartenaient au peuple sont devenues la propriété de la première administration. Dès lors, une structure administrative formelle en a été établie¹. En effet, c'est dans les années 1930 et 1940 que les réserves de faune ont été mises sur pied dans la partie Nord du Cameroun. Les Européens appliquaient la politique de gestion exclusif. Cette dernière écartait la communauté riveraine et seuls les français bénéficiaient des avantages de la biodiversité. À partir de 1960, le nouvel État indépendant se réapproprie l'administration des richesses naturelles tout en copiant le modèle français. Il est important de relever que, depuis l'accession du Cameroun à l'indépendance, quelques Ministères sont en charge de la conservation des écosystèmes naturels. Par conséquent, des conflits d'intérêt naissent dans la société à telle enseigne qu'ils opposent le personnel en charge de la conservation et les populations riveraines aux aires protégées. Pour réduire les incidences environnementales, l'Etat a pensé à impliquer la population au cœur de la gestion.

Le constat qui se dégage est que, le management des écosystèmes naturels des aires protégées effectué par les services publics déconcentrés a transformé ce vaste domaine en un lieu d'affrontements des classes sociales qui ont des logiques et des intérêts divergents. Il faut alors prendre au sérieux l'idée selon laquelle « la nature est un champ de bataille », à savoir « le théâtre d'affrontements entre des acteurs aux intérêts divergents : mouvements sociaux, États, armées, marchés financiers, assureurs, organisations internationales »². Le problème qui se dégage de cette étude est la mauvaise gestion des aires protégées. Cette préoccupation incite notre curiosité à penser au renforcement de la gouvernance locale. La question centrale est la suivante : comment la gestion décentralisée des ressources naturelles pourrait-elle assurer le développement durable de la région du Nord-Cameroun ? La présente réflexion se propose de contribuer au développement sur le long de la localité. La présente étude vise spécifiquement à présenter la gestion décentralisée

¹ J. Mewondo Mengang, « L'Evolution de la Politique des Ressources Naturelles au Cameroun », *Bulletin*, n°102, p. 41.

² Razmig keucheyan, *La nature est un champ de bataille*, Essai d'écologie politique, Paris, La Découverte, 2014, p.77.

des ressources naturelles comme un mécanisme à cadre général étendu (I) et à champ matériel élargi (II).

I- LA GESTION DÉCENTRALISÉE DES RESSOURCES NATURELLES, UN MÉCANISME À CADRE GÉNÉRAL ÉTENDU

L'administration décentralisée des ressources naturelles est un instrument favorisant la gouvernance locale. Cette dernière est perçue comme un dispositif d'échange entre plusieurs acteurs (A) et une politique de gestion (B) importante pour la sauvegarde de la biodiversité.

A- Un mécanisme à acteurs diversifié

Le Code général³ des collectivités territoriales décentralisées stipule que la décentralisation consiste en un transfert par l'État aux collectivités territoriales, de compétences particulières et de moyens appropriés. Restant dans le même sillage, la décentralisation revient tout simplement à déléguer le pouvoir concentré vers les acteurs locaux. Les services déconcentrés de l'Etat, les OSC, les collectivités locales œuvrent pour la conservation des ressources naturelles et le développement. Une gouvernance locale à acteurs diversifiés où chaque partie prenante à un rôle important à jouer.

En effet, la concentration du pouvoir dans les années 1970 à 1980 s'est soldée par des échecs dus à l'exclusion des communautés riveraines dans la gestion du patrimoine naturel. Dans ce contexte, l'avènement de la démocratie en 1990 émerge avec des mutations dans l'administration des aires protégées. Cette évolution va connaître un tournant décisif au lendemain du Sommet de la Terre de 1992 à Rio, avec la modernisation des structures étatiques de gestion et la multiplication des superficies protégées⁴. À cet effet, un plan de zonage de l'espace est conçu pour réduire les incidences environnementales. Dans ce contexte, cette innovation émerge avec des changements dans la structuration des espaces et l'apparition des acteurs. En 1994⁵, un modèle de gestion décentralisée des ressources naturelles est mis en application. Au début des années 2000, la politique d'administration partagée est mise en vigueur. Une décennie après son application, les résultats sont en deçà des résultats escomptés.

³ République du Cameroun, Projet de loi portant code général des collectivités territoriales décentralisées, p. 2.

⁴ J.C. Narke, *Fragmentation des habitats et rupture de la connectivité écologique entre les parcs nationaux de la Bénoué et du Faro*, Mémoire de Master en Géographie, Université de Maroua, 2007, p. 12.

⁵ Loi n094-01 du 20 janvier 1994- portant régime des forêts, de la faune et de la pêche au Cameroun.

Il ressort des analyses que, théoriquement le modèle de gestion décentralisée est efficace. C'est la mise en application des textes qui cause problèmes car les services de l'Etat ont du mal à se défaire de l'ancien système. Une réforme de la politique de gestion est nécessaire pour atteindre les objectifs visés. Pour les dirigeants nationaux, une prise de conscience relative à une redistribution des richesses nationales et du pouvoir en faveur des jeunes cadres s'avère une nécessité⁶. Allant dans la même logique, une amélioration de la gestion et le renforcement des capacités des institutions incluses dans la gouvernance s'impose. En plus, l'implication des communautés locales dans la prise des décisions concernant l'avenir des de leur patrimoine naturel s'avère nécessaire. À cet effet, toutes les parties prenantes doivent s'impliquées dans la sauvegarde. Leur rôle, encore négligeable, pourrait cependant devenir déterminant⁷. Ainsi, les collectivités locales constituent un pilier pour le développement durable de la localité. Étant l'organe central de la république, l'État doit procéder à un transfert effectif des compétences au niveau des régions en leur octroyant des possibilités afin de promouvoir une gestion efficace des ressources naturelles. Dans ce contexte, des principes de fonctionnalités devraient être redéfinir pour mener à bien les actions. D'abord il faut établir un cadre juridique propre à la région. La population locale doit s'approprier de la réforme pour veiller à ce que l'esprit de la décentralisation soit respecté, que les dispositions juridiques formelles reflètent ses préoccupations et réalités dans lesquelles elle vie et que ces dernières soient appliquées⁸. Ceci étant, les règles de fonctionnalités des collectivités locales peuvent être établies et connues de tous. De ce fait, la population a un rôle important à jouer dans la conservation des ressources naturelles et l'amélioration des conditions de leur vie.

Pour protéger durablement la biodiversité, un fond soit mis en place pour poursuivre les activités de sauvegarde en période de temps mort. Car attendre les fonds des ONG est un obstacle conduisant à la dégradation des espèces naturelles. Ce financement doit être géré dans la transparence pour l'utiliser dans le cadre des projets de conservation et d'encadrement des groupes de producteurs. Leurs ressources budgétaires sont limitées de même leur pouvoir d'influence

⁶ B. Bakulay, *Les villes petites et moyennes une contribution au développement durable de l'Afrique subsaharienne*, Yaoundé, 2008, p. 21.

⁷ J. P. Ndamé, « Les aires protégées dans la province du Nord-Cameroun : acteurs et politiques d'intervention », *Annales de l'université Abdou Moumouni*, n° spécial, 2004, p. 54.

⁸ M.-J. Demante et I. Tyminsky, *Décentralisation et développement locale en Afrique*, IRAM, Paris, 2008, p. 35.

politique⁹. Il faudra éduquer, former et sensibiliser la masse populaire sur l'importance de la protection de l'environnement naturel. Pour Rocher, « les gouvernements doivent modifier leurs modes d'intervention de manière à élargir la palette des acteurs engagés dans la gestion et le développement des établissements humains, améliorer le degré de sensibilisation et de participation (y compris la délégation des pleins pouvoirs) des communautés locales, coordonner plus efficacement les actions des différents acteurs locaux »¹⁰. Ce passage nous révèle qu'il existe tout un équipement autour de la question de la gouvernance impliquant plusieurs parties prenantes très actives. En outre, il est important que les différents services publics et privés s'impliquent activement dans la lutte pour la restauration des espaces dégradés. Ils soutiennent des associations de personnes, accompagnent des projets et apportent de l'aide aux personnes en détresse ainsi qu'aux exploitants des ressources naturelles¹¹. Ceci étant, de nombreux emplois pourront voir le jour à travers la valorisation des richesses au niveau de la localité. Toutefois, la décentralisation de la gestion des ressources naturelles constitue un dispositif politique adapté pour atteindre les objectifs de sauvegarde des espèces et contribuer au développement local.

B- Un mécanisme à politique de gestion spécifiée

La politique décentralisée consiste à donner des moyens aux acteurs locaux pour œuvrer en faveur de la sauvegarde et du progrès. C'est une gouvernance locale permettant à chaque partie prenante d'apporter sa contribution pour trouver des solutions aux différentes crises environnementales et sociales. Ainsi, l'action des communes, communautés riveraines, les services publics et privés, et les organisations de la société civile sont appelés à conjuguer des efforts afin de contribuer la sauvegarde des espèces fauniques et de leurs habitats.

Pour assurer une gestion rationnelle des ressources naturelles, renforcer la collaboration entre le MINFOF et la communauté riveraine. En effet, le service en charge de la conservation est appelé à impliquer la population dans les activités relatives à la sauvegarde et au tourisme dans sa globalité. À côté de ceci, un micro zonage est capital pour encadrer chaque groupe de producteur dans son secteur. Au niveau de la localité l'établissement des bornes physiques dans différentes zones protégées serait fondamental pour freiner l'intrusion dans les aires protégées. En plus, il doit

⁹ J. – P. Ledant, « Contrainte et opportunité de l'intervention de coopération au développement (durable) », colloque bruxelles, Diporama, 2014, p.7.

¹⁰ Bakulay, *op.cit.*, p. 92.

¹¹ Entretien avec Tadjou Celestin, Garoua, 4 Janvier 2021.

veiller à la répartition équitable des bénéfices issus des activités touristiques. Il est important d'octroyer des emplois aux jeunes dans le but de réduire les pressions anthropiques sur les espèces naturelles. Ainsi, le renforcement des capacités des parties prenantes nécessite beaucoup d'engagement et de moyens pour y parvenir.

En outre, les communes riveraines aux aires protégées sont chargées d'œuvrer pour le développement de la communauté en améliorant les conditions de vie des populations. En effet, c'est à base des recettes d'affermages que les communes devront œuvrer dans le cadre du progrès des communautés riveraines. La mise en place d'un appareil exécutif efficace est essentielle pour mener à bien les opérations qui leur sont assignées¹². Renforcer l'administration et la surveillance en intégrant davantage les collectivités locales pour un développement respectant les exigences de la nature. De même, il sera judicieux d'accompagner les paysans dans leurs activités car ils représentent un pilier pour le développement rural. Approfondir les connaissances des jeunes dans la lutte pour la sauvegarde des espèces naturelles. Le recrutement des gardes communautaires et comités des surveillants est important pour le renforcement de la sécurité. En plus, augmenter l'effectif des éco-gardes est indispensable pour parvenir à une administration sur le long terme. Le guide professionnel et la communauté riveraine doivent renforcer leur collaboration. Les rapports entre ces acteurs se sont détériorés à cause de la faible implication des communautés de la zone dans les affaires qui concernent leur patrimoine naturel. Pour une meilleure communication entre ces acteurs, une redéfinition des zones est nécessaire pour apaiser les tensions entre le guide professionnel et la population.

Les ONG environnementales demeurent fondamentales pour accompagner la population à être résilient face aux changements observés. À cet effet, il faut valoriser les pratiques traditionnelles d'exploitation et de prélèvement des richesses naturelles pour stopper les catastrophes naturelles. Prioriser les actions touchant directement la population et former la communauté de telle sorte qu'elle puisse agir vertueusement avec leur milieu naturel. Pour être de bonne qualité, la prise de décision doit être équitable, transparente et doit refléter les besoins locaux¹³. Enfin, il est judicieux de mettre en place un système favorisant la transparence dans le partage des bénéfices. Les chefs traditionnels ont un rôle capital à jouer dans la sauvegarde du patrimoine. De ce fait, il est

¹² Entretien avec Babalé Simon, Garoua, 11 octobre 2020.

¹³ G. Borrini-Feyerabend, "Collaborative Management of Protected Areas" Tailoring the Approach to the Context Gland, UICN, 1996, p. 62.

important d'inciter les communautés autochtones et allogènes à conjuguer leurs efforts pour mettre en place des associations en œuvrant pour la préservation de la nature. Chaque communauté riveraine aux zones protégées doit se sentir impliquée pour protéger leur patrimoine naturel¹⁴. Ce mode de gestion offre une structure organisationnelle plus transparente, plus flexible et plus durable à l'institution des parcs nationaux¹⁵. Enfin, il sera également important d'apprécier le degré d'implication des populations dans la sauvegarde des espèces naturelles et l'utilisation du foncier pour les activités agropastorales. Au-delà de la protection des écosystèmes naturels, la politique de gestion représente un outil au service du développement de façon globale.

II- LA GESTION DÉCENTRALISÉE DES RESSOURCES NATURELLES, UN MÉCANISME À CHAMPS MATÉRIEL ÉLARGI

La gouvernance locale par le biais de la décentralisation représente la pierre angulaire du progrès à dimensions socio-économique (A), culturelle et environnementale (B) fondée sur le long terme.

A- Gage du développement économique sur le long terme

Selon M. Tchotsoua et M Nacib Meneault « le développement est généralement entendu comme une expansion de l'ensemble de l'économie corrélée à un partage plus ou moins équitable de la richesse créée, entraînant une valorisation globale du niveau de vie, et généralement, une évolution des structures de la société »¹⁶. Le développement économique d'une localité doit passer nécessairement par la qualité de la gestion et la prise en compte des communautés en présence. Le patrimoine naturel de la région représente un pilier pouvant réduire la pauvreté des populations. La biodiversité de la haute Bénoué possède des avantages pouvant rendre des services aux communautés en faisant toutefois référence à la production des richesses. Cette éclosion peut être perceptible dans différents secteurs.

Dans le secteur primaire, les activités comme l'agriculture, l'élevage et la pêche sont concentrés dans les centres ruraux situés proches des zones protégées. Ces dernières fournissent des services qui favorisent la croissance des produits vivriers. Pour espérer avoir des rendements

¹⁴ Entretien avec J.K.P MBamba MBamba, Guidjiba 19 aout 2019.

¹⁵ M. S. Reed et al, *Participatory indicator development: what can ecologists and local communities learn from each other ?*, Ecological Applications, 2008, p.162.

¹⁶M. Tchotsoua, « Enjeux et opportunités scientifiques pour le développement durable », Géographie et géomatique, Editions clé, Yaoundé, 2008, p. 4.

meilleurs, la région à travers ses compétences, des liens existants entre la ville et la campagne doit veiller à l'encadrement des activités¹⁷. En plus, nous proposons qu'elles forment des cadres dotées des capacités intellectuelles pouvant encadrer les exploitants dans leurs travaux. Ainsi, la ville par son dynamisme, doit concentrer ces efforts pour accompagner les différentes activités rurales. De ce fait, les paysans reçoivent des enseignements sur l'utilisation contrôlée des ressources en vue d'une exploitation durable des richesses naturelles.

La gestion décentralisée des ressources naturelles est un modèle d'administration octroyant aux communautés locales le pouvoir de créer des valeurs pour améliorer les conditions de vie des populations. Il faut valoriser l'artisanat local fondé sur la créativité dans le but de réduire les pressions sur les ressources naturelles. De ce fait, la production de divers objets d'art représente alors une forme de valorisation du savoir-faire locale. Ceci pourra constituer une source de rentrée financière contribuant à la réduction de la pauvreté.

Pour le secteur secondaire, les parties prenantes impliquées dans l'administration devront promouvoir le reboisement des espaces dégradés, protéger les espèces fauniques en voie de disparition et renforcer la sécurité dans les aires protégées. Dans ce contexte, une valorisation du tourisme de vision à l'échelle nationale et internationale serait nécessaire. Une forme d'incitation à la découverte de la diversité d'espèces que renferme la localité. Ensuite, il procède à la valorisation de l'artisanat à travers la fabrication des produits à base des ressources disponibles. En intégrant conservation et développement, favoriser les conservancies reste la meilleure politique envisageable actuellement, en assurant leur financement par les retombées du tourisme, les financements pour la conservation comme Bien public mondial (BPM), mais aussi le financement des activités éligibles de développement¹⁸. Ces activités nécessitent un encadrement qui va de la valorisation des produits jusqu'à la commercialisation. Le commerce est un métier qui concentre l'afflux des populations. Plusieurs filières alimentent les marchés des centres urbains du pays¹⁹. C'est un circuit bien connecté qui assure la survie des Hommes vivant dans le terroir et les autres régions.

¹⁷ Entretien avec Mairamou, Garoua le 15 octobre 2020.

¹⁸ B. Chardonnet, « L'Afrique change : ses aires protégées doivent-elles évoluer ? », Reconfigurer les aires protégées en Afrique, UICN, p. 32.

¹⁹ Ibid., p. 44.

Il faut noter que, les revenus issus des activités touristiques aident à la création des infrastructures de logements, l'aménagement des espaces urbains, la multiplication des institutions sanitaires dans les centres urbains et rural et la création des valeurs fondées sur le long terme. Restant dans la même lancée, il est important que les communes se lancent dans la construction ou la rénovation des infrastructures routières pour développer le transport. Cependant, il faut relever qu'une gouvernance efficace des ressources naturelles nécessite un encadrement des activités par des acteurs actifs collaborant avec la population pour une urbanisation mieux contrôlée. Sachant que la ville dépend des services écosystémiques concentrés dans les zones rurales, les citoyens sont appelés à sensibiliser les populations riveraines aux aires protégées sur l'importance de protéger les espèces naturelles tout en contrôlant leurs usages. De la sorte, les migrants comme les autochtones doivent s'impliquer dans les affaires concernant le patrimoine naturel de la localité. En plus, la gestion décentralisée des ressources naturelles est un garant pour le progrès socioculturel et environnemental.

B- Garantie d'un développement socio-culturel et environnemental

Les institutions locales sont appelées à développer leurs aptitudes pour contribuer à l'administration durable de la biodiversité dans le but de promouvoir le développement social plus juste et équitable. Pour ce faire, la décision doit être prise par vote ou consensus. Si elle est prise par vote, il est suggéré de réglementer la procédure afin d'avoir un vote équitable et d'éviter les alliances²⁰. Les bénéfices et avantages écosystémiques nécessitent un partage sans tenir compte des différences de classes sociales. Pour ce faire, la sauvegarde des espèces doit passer par une gestion concertée des parties prenantes libres et proches du peuple. Les particuliers et les communautés possédant des terres s'efforcent maintenant d'y valoriser les animaux sauvages pour en tirer de l'argent et des aliments²¹. Dans ce contexte, cette forme d'exploitation des ressources naturelles doit se faire dans la transparence. C'est une gestion intégrée où différents acteurs conjugueront leurs efforts pour parvenir à concilier les objectifs de sauvegarde à ceux du progrès sur le long terme. De même, des projets nécessitent d'être créés dans le but d'assainir les centres urbains et restaurer les espaces dégradés dans les zones rurales, reboiser les espaces détruits et

²⁰ J. Poisson, *Impact de la gestion participative sur l'efficacité de conservation dans les parcs nationaux des pays sous-développés, Essai en Biologie*, Mémoire, Université de Sherbrooke, 2009, p. 33.

²¹ E.O.A. Asibey et G.S. Child, « Aménagement de la faune pour le développement rural », *Unasylva*, FAO, n°167, 1980, p. 43.

aménager les paysages pour un environnement protégé. Par la présence d'une biodiversité protégée, les écosystèmes offrent les richesses pour le bien-être des citoyens. Enfin, il faut encourager les jeunes producteurs à opter pour des pratiques agricoles responsables.

Pour ce qui est du culturel, la présence de divers produits forestiers et fauniques est un moyen de préservation des savoirs culturels, des usages et coutumes des peuples qui ont longtemps interagi avec leur environnement. Ces paysages pourraient constituer un lieu spirituel et de recueillement des citoyens si et seulement si, les moyens sont mis en œuvre pour lutter en œuvre de la conservation des potentialités naturelles de la région. Gérer durablement [...] en vue de promouvoir l'économie verte nécessite d'élaborer et mettre en œuvre des stratégies à différents niveaux (gouvernance, éducation/formation, entrepreneuriat/emploi)²². Ce qui va engendrer les services culturels, inclus les possibilités récréatives, éducatives et touristiques reliées à la présence de milieux naturels, mais aussi leurs valeurs esthétiques et spirituelles pour les habitants et les visiteurs. De même, les végétaux aideront à la fabrication des produits médicinaux pour la médecine traditionnelle. Ces plantes naturelles sont indispensables pour la santé humaine et pour les animaux domestiques. Les services qu'offrent les zones protégées sont importants, les préserver devient une urgence pour le progrès de la région du Nord.

L'administration décentralisée des ressources naturelles développe plusieurs enjeux nécessaires pour la protection de l'environnement. À cet effet, l'implication de tous les acteurs à lutter contre le dérèglement climatique passe par la sensibilisation des exploitants des ressources naturelles. Il est important de faire comprendre aux paysans que la diversité biologique est un moyen capable de réduire les incidences environnementales liées au changement climatique et prévenir les catastrophes naturelles. Ainsi, en stabilisant une structure terrestre largement améliorée, l'on accroît « la résilience des terres »²³. L'éducation environnementale est fondamentale dans la mesure où elle incite la communauté à comprendre que la survie de l'Homme dépend de la qualité de son milieu naturel.

²² T. Sonwa Fomekong, *Evaluation des services écosystémiques de la réserve de biosphère de la Bénoué (Nord-Cameroun)*, Mémoire, Université de Yaoundé I, 2014, p. 45.

²³A. Woodfine, « L'adaptation au changement climatique et l'atténuation de ses effets en Afrique subsaharienne au moyen des pratiques de gestion durable des terres », Guide d'orientation-version 1, Terrafrica, Régional sustainable land and management, p. 13.

D'abord, elle rend service aux populations en les procurant de nombreux avantages favorables au bien-être de la population. Les produits forestiers, halieutiques et fauniques jouent un rôle dans l'assainissement, donc il est important de les préserver pour qu'ils rendent également service à d'autres générations²⁴. Ensuite, l'apport des facteurs naturels est très capital pour la vie humaine. La régulation des processus naturels, inclut plusieurs éléments, dont la régulation du climat, le maintien de la qualité de l'air, la prévention contre les inondations, le traitement des eaux usées et la pollinisation²⁵. La gestion efficace des milieux naturels assure une sécurité alimentaire, un environnement sain et un confort autant pour les citoyens que pour les personnes vivant dans les campagnes. La présence des produits forestiers ligneux et non-ligneux favorise la régulation de la température. Pendant la saison sèche, ils aident tout en réduisant les effets de chaleur dans la localité. Enfin, les écosystèmes naturels jouent le rôle de défenseur en stoppant les pollutions. De nombreuses maladies et infections peuvent disparaître grâce à la présence de certaines espèces naturelles protégées. Par conséquent, la nature exige une protection intégrale à travers la sauvegarde des écosystèmes naturels. Pour cela, toute personne doit se sentir impliquée dans la protection de la nature. Contrôler l'usage des ressources naturelles devient obligatoire pour la promotion d'une vie paisible sans risque d'une éventuelle dégradation du milieu naturel.

Conclusion

Notre proposition se focalise sur la gestion décentralisée des ressources naturelles mettant en avant plusieurs défis. Ces derniers se résument comme suit, l'implication des collectivités locales du Nord dans la gestion des espèces naturelles, la disponibilité en ressource financière pour mener les activités de sauvegarde des espèces naturelles, la résilience des exploitants au changement climatique. En définitive, la gestion décentralisée est un instrument au service de la gouvernance locale et du développement durable de la région.

²⁴ Entretien avec Louanga, Garoua, 13 octobre 2020.

²⁵ A. Charron, *Analyse géostatistique des aires protégées de la communauté métropolitaine de Montréal : défis et propriétés d'actions pour un aménagement durable du territoire*, *Essai en environnement et développement durable*, Thèse, Université de Sherbrooke, 2017, p. 123.

**Fonction présidentielle et pratiques non codifiées : Les procédés
d'amplification de la puissance présidentielle en dehors des normes
établies**

Page | 661

**(Construction du mystère et célébration du chef de l'Etat africain
comme démiurge : Le travail de communication politique).**

Par :

Etienne MODE BOUN

Doctorant en Science Politique
Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

La communication politique est un moyen par excellence de construction, de promotion de l'image du chef de l'Etat, de marquage spirituelle et de célébration du mystère du président exceptionnel à travers l'exploitation des mass médias. Cette exploitation traduit une dimension instrumentale de la chaîne médiatique (le médiatique saisi par le politique), qui facilite la valorisation, la publicisation et la spectacularisation de l'image d'un chef d'Etat puissant, craint et aimé ; d'un pontife qui sort de la sphère de l'ordinaire pour entrer dans la sphère de l'exceptionnel et de l'extraordinaire.

Mots clés : communication politique, président exceptionnel, médias, publicisation, spectacularisation, pontife.

Introduction

La communication politique étant le processus par lequel les acteurs sociaux échangent ou expriment symboliquement des opinions politiques contradictoires dans l'espace public selon Eric Dacheux¹, celle-ci est liée à l'échange d'opinions, à l'animation de l'espace public. L'essentiel est donc de savoir comment est faite cette animation de l'espace, sous quelles modalités et selon quels procédés ; quelles formes prend-t-elle. Ces procédés sont multiples et variés allant de la propagande, au marketing politique, en passant par la spectacularisation, la médiatisation et la dramatisation. L'objectif étant de fabriquer la croyance et l'adhésion.

Ainsi entendu, cette analyse, se veut un cadre probant de la construction des représentations dans l'univers communicationnel. Elle part de l'idée selon laquelle il y a un travail de construction permanente, successive et simultanée de célébration du mystère du président exceptionnel en Afrique. Qu'il y a au sein de la classe politique africaine une volonté manifeste de construire, de distiller et de maintenir au sein de l'opinion publique africaine, l'image et la figure du chef d'Etat africain comme un président omnipotent, omniprésent, omnipuissant et omniscient, un pontife et un démiurge qui relève de l'exception et qui surclasse.

L'état des représentations même de la politique faite par Lalancette², révèle que la politique est abordée comme un brouillage de genres entre divertissement et politique, et quelle est liée à l'avènement de la *celebrity politics*, à la personnalisation et à l'évaluation, à l'importance prise par le *style* en politique et à la dramatisation.

Comme pour satisfaire à la maxime de H. Arendt : « *L'action politique s'exerce au moyen du langage* » ou à celle de Austin qui considère que « *Dire une chose c'est la faire* »³, la principale activité politique aujourd'hui consiste à communiquer, à produire du sens et des significations, à construire une image, au moyen du langage, du discours, des signes, des gestes et surtout à la transformation de l'espace public en un théâtre où les acteurs s'échangent des rôles. D'où la spectacularisation politique. « *Le poids de la médiasphère, l'emprise des communicants, la*

¹Dacheux, E. « Action et communication politique : Une distinction impossible », Communication et organisations, n°15, 1999, consulté le 02 juin 2015.

²Lalancette, M. « Représentations sociales et opérations discursives en politique : enjeux de spectacularisation », Thèse de doctorat en communication politique, Université de Montréal, Canada, 2009.

³Austin, J. L. *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

peopolisation, ont entraînés le déclin des idéologies, le recul du rationalisme et la montée de l'individualisme qui ont complètement changé la vie politique. Le débat d'idées, le programme d'action politique se sont éclipsés devant l'affectif, et ne sont plus qu'un support à un show médiatique. La démocratie y perdant en force et en confiance »⁴.

Quel est le rôle des mass médias dans la construction, la promotion et la célébration du mystère du président exceptionnel? Quelles opérations sont réalisées ? A l'aide de quels procédés parvient-on à construire, à promouvoir et à célébrer le mystère du président extraordinaire dans le contexte africain ? c'est précisément à ces questions que cette étude s'attèle à répondre, sans prétention à la science infuse.

De ces divers procédés, il se dégage de façon constante que la propagande, le marketing politique, la médiatisation couplée de la spectacularisation, la personnalisation et la dramatisation sont des variables lourdes de la promotion et de la célébration du chef d'Etat africain comme d'un demiurge.

Plus spécifiquement, la réalisation des hymnes à la gloire du chef de l'Etat africain et des émissions télé, l'affichage médiatique, le recours aux spécialistes du verbe et aux formes d'expressions et de dénominations distinctives du chef de l'Etat à l'homme ordinaire qu'accompagne un discours de célébration (le griotisme) et des techniques dévaluation de la popularité et de la déférence au chef (l'exploitation de la mort, des rumeurs, le recours au suspens politico-médiatique) etc., sont autant d'opérations et de procédés typiquement africains, de célébration de la figure du chef exceptionnel.

La structuration de tels procédés commence ici avec la construction de l'éthos du président fait exception, l'incarnation des rôles essentiels et leur mise en spectacle (I), avant de déboucher sur la célébration permanente des actions du chef de l'Etat, la mise en forme et l'appropriation d'un discours de célébration et l'exploitation des techniques dévaluation de la déférence au chef de l'Etat fait roi (II).

I- CONSTRUCTION DE L'ETHOS DU PRESIDENT FAIT EXCEPTION, INCARNATION DES ROLES ET MISE EN SPECTACLE SYMBOLIQUE.

⁴Schwarzenberg, R. G., *L'Etat spectacle*, Paris, P. U. F., 1977.

Le travail de construction de l'éthos du président fait exception, commence chez F. Cabasino⁵, dans le débat télévisuel qui est son contexte empirique de recherche, avec la mise en lumière de trois éthos fondamentaux : La présentation d'une image de soi responsable et crédible, Laquelle crédibilité se fonde sur des conditions de sincérité, de solidarité et d'attention ; le refus d'une thématique imposée lors du débat et le renversement du rapport de force dominant/dominé, d'où la nécessité d'un argumentaire sophistiqué de la part de l'invité. L'hôte de marque se doit ainsi de montrer toutes ses capacités à argumenter, à anticiper, bref à étaler toute sa maîtrise des sujets, ses compétences et sa capacité à diriger.

Mais bien plus que ces trois éthos, il s'agit de construire une figure du président exceptionnel (A) qui incarne dans l'absolu, des rôles et fonctions dont lui seul a le secret(B). Pouvant pour ainsi dire, les mettre dans une symphonie artistique de type contemplative (C). Le charisme de l'homme s'accordant ainsi avec le « mystère du ministère » (M. Abélès, 1991, 246)⁶.

A- La construction de la figure du mystère du président exceptionnel.

Le rituel de l'élection présidentielle au suffrage universel direct, est devenu une sorte d'hommage que l'on rend au ciel. Aussi la question de P. Braud « Elire un président ou honorer les dieux ? »⁷, rend bien compte de ce qu'il y a dans ce rituel, une volonté d'assimiler l'être issue d'une consécration populaire, à un dieu que l'on vénère. Aussi, la construction du mystère du président exceptionnel est passée par « la réactivation »⁸ de son mythe et la « consolidation de l'institution »⁹ présidentielle. Par l'effet de la formalisation du rôle présidentiel¹⁰, de sa médiatisation, de sa spectacularisation et de la célébration de son altérité, celui-ci est devenu un « pontife »¹¹ dont le charisme constitutionnel et politique, est identique à celui du souverain

⁵Cabasino, F. « La construction de l'éthos présidentiel dans le débat télévisé français », Mots. Les langages du politique, n°89, 2009, pp11-23.

⁶Abélès, M. « Mises en scène et rituels politiques » Une approche critique, Hermès, La revue, n°8-9, 1991, pp241-259.

⁷Braud, P. « Elire un président ou honorer les dieux ? », Pouvoirs, Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, n°14, 1980, pp15-28.

⁸ Braud, P, « La réactivation du mythe présidentiel. Effets de langage et manipulations symboliques », pp377-399, In B. Lacroix et J. Lagroye (dir.), *Le président de la république. Usages et genèses d'une institution*, PFNSP, Paris, 1992.

⁹ Gaxie, D. « Les fondements de l'autorité présidentielle. Transformations structurelles et consolidation de l'institution », pp333-350, In B. Lacroix et J. Lagroye, Op cit.

¹⁰ Lagroye, J. « Le conflit de l'automne 1962. Dispersion et convergences dans la formalisation du rôle », pp161-190, In B. Lacroix et J. Lagroye, Ibid.

¹¹ Bastien, F. « Le président, pontife constitutionnel. Charisme d'institution et construction juridique du politique, pp303-317, In B. Lacroix et J. Lagroye, Ibidem.

pontife. Dès lors, la célébration tourne autour de la mise en valeur des qualités exceptionnelles d'un président soumis ou respectueux de la loi, tout en devenant un monarque (1), un président bon et magnanime à travers l'arme de la grâce présidentielle (2) et un président visionnaire, pacifique et intégrateur (3).

1- Un président légaliste ou un « monarque républicain ».

La posture du président légaliste est très souvent affirmée et célébrée par les hommes d'Etat. Peut-être parce que le président de la république, élu au suffrage universel, devient par la force des choses, le « gardien de l'ordre constitutionnel ». Cette position, lui donne l'occasion d'ajouter à sa fonction purement institutionnelle, une dimension politique et médiatique importante.

R. Ferreti¹² nous informe que la fonction présidentielle s'articule autour de deux noyaux durs : L'institution et le politique. C'est une institution, car reconnue et instituée par la loi fondamentale. Elle se décompose selon différentes constitutions, en trois facettes définissant le président de la république comme le gardien de la constitution, l'arbitre du fonctionnement régulier des pouvoirs publics et le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité territoriale et du respect des traités. Au Cameroun, le président de la république, chef de l'Etat (art5 al.1) incarne l'unité nationale en tant qu' élu de la nation (art.5 al. 2). C'est pour cela qu'à tort ou à raison, le chef de l'Etat africain, s'affirme au gré du jour, comme l'unique détenteur et dépositaire du destin de tout un peuple.

Même la redéfinition de cette fonction notamment en France en période de cohabitation, où elle s'est vu imposer un certains nombres de restrictions ou de limites, avec la présence d'un premier ministre issu de l'opposition, n'a rien changé dans la donne. Les différents chefs d'Etat de la 5^e république sont parvenus chacun, à lui donner une autre dimension, afin de rester « *maitre suprême* » de l'Etat. D'où la fonction politique qui donne plus d'options et plus de choix à l'exécutif. Ainsi du rôle d'arbitre, la fonction présidentielle est redevenue sous J. Chirac par exemple, une fonction à la fois « *d'autorité et d'arbitrage* », sous Pompidou, une fonction

¹² Ferreti, R. « La fonction présidentielle : constances et variantes », Les petites affiches, n°175, 2000, pp3-9.

« d'arbitrage et de premier responsable national » et sous V. G. D'Estaing, « l'application d'une certaine politique ». Ce qui laisse un boulevard de possibilités et d'arbitraire.

Aussi, en période de concordance des majorités par exemple, l'on a pu assister à une sorte d'usurpation des pouvoirs du gouvernement par le chef de l'Etat notamment l'article 20 de la constitution française qui précise que le gouvernement « détermine et conduit la politique de la nation ». Or, ces présidents avaient tendance à déterminer eux-mêmes la politique de la nation, voire à se substituer aux gouvernements¹³.

L'article 11 de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972 stipule que « Le gouvernement est chargé de la mise en œuvre de la politique de la nation telle que définie par le président de la république ». Plus encore le plein exercice des pouvoirs partagés entre le président de la république et le chef du gouvernement à travers les techniques de contreseing ou de proposition préalable ne sont que des formalités d'usage, qui n'empêchent en rien l'appropriation par le président, des pouvoirs exorbitants, devenant ainsi le monarque de la république.

Ainsi donc, tout en s'affirmant respectueux de l'ordre constitutionnel, le président Africain tout comme son homologue français n'hésite pas à torpiller la loi constitutionnelle¹⁴, pour s'adjuger davantage plus de pouvoirs dans l'Etat. La dimension politique prenant le pas sur la dimension institutionnelle déjà exorbitante, il finit par se construire un système de célébration et d'affirmation de la légalité républicaine. C'est dans cette veine que le débat ouvert par un éminent professeur de droit public sur la légitimité et la constitutionnalité de la candidature du président de la république en 2011 au Cameroun, s'est vu être tué dans l'œuf et son initiateur muselé. Les proches collaborateurs du président arguant alors sans convaincre, que celui-ci serait dans son droit légitime et légal de se représenter, laissant ainsi sauter le verrou de la limitation des mandats présidentiels.

L. Sindjoun précise à juste titre que : « L'usage présidentiel de la Constitution pour affirmer la prééminence de sa place et de sa compétence ne traduit pas absolument un souci légaliste;

¹³François Mitterrand ne déclarait-il pas : « La politique de la France, je l'ai moi-même définie et (...) elle est conduite sous mon autorité ». Ferreti, Op cit, p2.

¹⁴Soit par une réinterprétation individuelle et personnelle de la loi telle que fait en France sous la 5^e république, soit par une révision complète et totale de la loi fondamentale telle que coutumièrement fait en Afrique.

d'autant plus que le président Paul Biya n'a pas hésité à méconnaître de novembre 1982 à décembre 1990 la disposition constitutionnelle relative au multipartisme. Ici, la règle est appelée en renfort parce qu'elle légitime la stratégie d'affirmation du nouveau Président. Cette stratégie institutionnelle permet au protagoniste Paul Biya de bénéficier des profits attachés au rôle présidentiel.»¹⁵. Page | 667

2- Un président normal et magnanime : le mystère de la grâce présidentielle.

Le slogan du « *président normal* » nous a été vendu par monsieur F. Hollande qui avait succédé à monsieur N. Sarkozy à l'Élysée en 2012. Il entendait alors créer une rupture radicale entre les attitudes et les comportements gabégiques et autoritaires, couplées d'une incompétence caractérisée dans la gestion de la crise économique et sociale de son prédécesseur, lesquelles attitudes auraient participées à enfoncer davantage la France dans la crise.

Il s'agissait plus précisément de montrer aux français la déterminante volonté du nouveau président, de s'affranchir du conditionnement et des faveurs fait par l'Etat français aux grands patrons du K40, de réduire le train vie de l'Etat, bref de se montrer proche de la classe moyenne. C'est ainsi que les médias français se sont quelque peu harmonisés, montrant un président roulant dans une petite voiture de marque Citroën en lieu et place d'une Berline blindée entourée de gardes du corps, un président prenant le métro, roulant en scooter ou voyageant en classe économique, en lieu et place du Falcon français ou en classe d'affaires ; même ses ministres à l'exemple de Christiane Taubira (ministre de la justice et garde des sceaux) prenant le vélo pour aller au bureau.

Toute cette mise en scène visant à produire et enraciner l'image d'un président ordinaire, sympathique et proche du peuple. Même si l'on peut s'interroger aujourd'hui, sur la réussite d'une telle approche.

La grâce présidentielle est souvent présentée comme l'exercice d'une compétence régaliennne par excellence. Tout comme l'amnistie, elle fait partie de la catégorie des « faveurs » que peut accorder un président de la république à un citoyen ou à un groupe d'individus condamnés

¹⁵Sindjoun, L. « Le président de la république au Cameroun (1982-1996). Les acteurs et leur rôle dans le jeu politique », Université de Yaoundé 2, GRAP, Col SEAN, n°50, 1996, p11. Précisons par ailleurs qu'il le dit, compte tenu du contexte particulier de crise de la succession présidentielle qui opposait le président A. Ahidjo alors démissionnaire mais voulant rester maître du contrôle du pouvoir d'Etat, et P. Biya, nouveau entrant, entendant s'affirmer à son tour.

à une peine capitale. Son exercice témoigne de ce fait « le pardon général » de l'Etat pour les faits commis contre lui. De ce point de vue, c'est la magnanimité de l'Etat, mieux de son chef, qui est célébrée dans la mesure où celui-ci a bien voulu accorder sa clémence et sa miséricorde à l'individu ou au groupe d'individus en question.

Comme le montre si bien O. Rouquan, l'interprétation officielle du charisme catholique et le mystère de la grâce sont ainsi directement liés. « *La référence à la générosité étant une autre stratégie de légitimation, la communication présidentielle trouve une légitimation du côté d'une aptitude spécifique du président à la générosité personnelle en passant par son entourage* ». C'est ainsi par exemple, pour le cas de Chirac, que les médias vont faire état des attentions particulières que celui-ci réserve à ses proches en dépit de la lourdeur de sa fonction. (Le fait de recevoir sa fille à l'Élysée, ou toute sa famille une fois l'an pour F. Mitterrand ou encore ses visites provinciales etc.).

Au Cameroun, alors que le président A. Ahidjo et ses fidèles (Bello Bouba Maigari, Maikano Abdoulaye et autres Ibrahim Oumarou) étaient accusés de « *complot contre la sécurité de la république* » en 1984 par le président Biya, et alors même que la sentence à lui attribuée s'articulait autour de la condamnation à mort et la saisie de ses biens, la traduction de ses proches devant la Haute Cour de Justice et s'étant même félicité de la décision de justice devant le conseil ministériel de mars 1984, celui-ci décida de « *communier la peine capitale* » des détenus et d'arrêter les poursuites judiciaires au nom de « *l'intérêt supérieur de l'Etat* ». Le président la république venait donc de manifester ainsi sa magnanimité à l'égard de son prédécesseur par cet acte.

Tout récemment encore, alors que l'opinion publique camerounaise était animée par la visite d'Etat du président français F. Hollande au Cameroun le 05 juillet 2015, le président de la république camerounais, prenait un décret portant réhabilitation de certains nationalistes camerounais dont A. Ahidjo, Um Nyobe, F. R. Moumié et E. Ouandji. C'était sans compter avec la reconnaissance par le président Français, du massacre commis par les soldats français en pays Bamiléké et dans la Sanaga maritime. Toute chose qui aura contribué à délecter l'opinion publique camerounaise et particulièrement la presse camerounaise, faisant ainsi le lit de la célébration de la magnanimité présidentielle.

Pour les marques d'attention, il ne se passe pas un jour sans que l'on ne soit au fait d'une attention du chef de l'Etat ou de sa femme, qui aura assisté ou apporté du réconfort aux populations sinistré ou en détresse dans le pays. Il en va souvent des biens alimentaires accompagnés de quelques billets de banque. Tout ceci dans un élan de solidarité et de compassion. Sauf que comme l'indique Rouquan, « *La transcription de ces marques de sympathie se moule dans le registre de la charité et de la compassion catholique, de la bonté religieuse qui participe de la démonstration du legs du registre traditionnel au sein de la légitimité contemporaine et moderne du premier représentant de l'Etat, témoignant ainsi de ce qu'il incarne autant qu'il représente* » la bonté.

3- Un président visionnaire, ambitieux, pacifique et intégrateur.

L'image d'un président visionnaire est marquée par une production littéraire abondante. L'on a par exemple les « célèbres interviews de Salazar » parues dans le *Diário de Notícias*¹⁶ en 1932, publié par son « metteur en scène » Antonio Ferro, ou « *La politique de l'esprit* » du même auteur, pour en faire plus tard le fondement du Salazarisme¹⁷ en 1933. Il s'agit en fait d'une sorte de manuel de l'an I de l'Etat Nouveau, au service de l'apologie du Président, et qui donne au régime un instrument de propagande abouti. C'est un texte essentiellement didactique qui présente les idées fortes d'une doctrine accessible au grand public.

Le recours aux publications tels que : « La vision 2035 »¹⁸ ; « Le DCSE »¹⁹ ; « Pour le libéralisme communautaire »²⁰ etc. témoignent de la vision d'un chef de l'Etat ambitieux, visionnaire, prospectif et soucieux du devenir de son pays. A côté de cette littérature savante, les bimensuels tels que « Le temps des réalisations » ou les quotidiens gouvernementaux : « Le journal Officiel » ; « Cameroun Tribune » et partisans : « L'action » se chargent chacun, à diffuser au sein de l'opinion publique Camerounaise « *l'ambition du chef de l'Etat de faire du Cameroun, un pays émergent à l'horizon 2035* ». La présentation des projets d'envergure sous des vocables pompeux de « grands projets structurants », scandés par les rhétoriques de « grandes ambitions »

¹⁶ Quotidien gouvernemental très célèbre au Portugal de Salazar et dirigé par A. Ferro entre 1931 et 1934.

¹⁷ Politique du secret, de la dissimulation, du passage à la trappe, de l'obscurité, sorte d'espace fermé à la lumière, le «clair-obscur», étant signifié comme le «climat naturel» du Président.

¹⁸ Document de référence qui exprime l'ambition ou la vision générale d'émergence du Cameroun à l'horizon 2035.

¹⁹ Document de Stratégie pour la croissance et l'emploi, qui indique de façon détaillée, secteurs par secteurs, la méthode par laquelle le gouvernement entend engager le Cameroun vers l'idéal de l'émergence.

²⁰ Ouvrage phare du président Biya, faisant en même temps office de profession de foi, publié dans les éditions Karthala en 1985, exprime l'option politique, la démarche économique et les choix stratégiques de l'homme pour le Cameroun.

, puis de « grandes réalisations » et pour finir de « grandes réussites » certainement, est devenue l'activité principale des proches collaborateurs du chef, sensés relayés, expliquer le bien fondé et surtout les bénéfices énormes que procurent de tels ouvrages, et qui nécessitent par conséquent, un large soutien du peuple camerounais tout entier.

Les qualités d'homme épris de paix et intégrateur, sont célébrées pour montrer l'image d'un chef d'Etat rassembleur telle un guide, dévoué à conduire son peuple au firmament. C'est dans cet esprit que l'unité nationale est devenue « un programme politique » destiné à rassembler, à unir et à forger autour de son chef, une nation solide, expurgée de toute tentative dissidente ou séparatiste²¹.

B- L'incarnation des rôles aux fins de légitimation.

Dans sa tentative de déceler dans la communication politique ce qui est redevable au rôle d'incarnation de la temporalité la plus longue, O. Rouquan s'appuie sur l'idéal-type wébérien de légitimation : La tradition, le charisme et le droit, en mettant l'accent sur la dimension traditionnelle.

C'est qu'en raison du poids du legs ancestral incarné par le président de la république en tant qu'institution, seules les mises en scène du ressourcement de la ruralité (1) permettent de mieux rendre compte des postures transcendantes (2) et de l'exploitation faite des qualités exceptionnelles du chef de l'Etat moderne. La légitimité présidentielle passant par la référence et les pratiques léguées par la société traditionnelle, l'incarnation de tous les rôles (1^{er} Camerounais, 1^{er} sportif, 1^{er} magistrat, le Père du renouveau etc.) ce qui explique la centralisation étatique.

1- La mise en scène du ressourcement de la ruralité et du traditionnel.

Le magistère de l'incarnation mieux traduit sous le concept de fétichisme politique en ceci qu'il repose sur l'occultation du travail de délégation chez les représentants, prend forme dans les mises en scène du ressourcement de la ruralité et du traditionnel en dépit de la lourdeur de la tâche. C'est qu'en raison de la « magie »²² de l'acte de représentation, où le mandaté se trouve comme

²¹Mode Boun E, « Le mythe de la sécession au Cameroun : Capitalisation d'un spectre par les acteurs politiques camerounais », Mémoire de Master 2 en Sciences politiques, Université de Douala, 2012.

²²Abélès, M. « Mises en scène et rituels politiques ». Une approche critique, Hermès, La revue, n°8-9, 1991, pp241-259.

« doté des propriétés mystérieuses qui justifient l'ascendant qu'il exerce sur les autres », l'allégeance au clan, à la coutume et à la tradition ancestrale, bref au pouvoir traditionnel, renforce reconnaissance et projection d'une transcendance par identification à Dieu. Abélès ajoute que le représentant « s'atrophie en Dieu » (p248).

c'est ce qui justifie ou explique par exemple « l'intronisation traditionnelle des autorités publiques au Cameroun »²³, où les unes et les autres rentrent au village après avoir été nommés à un poste de responsabilité, pour recevoir hommages, bénédictions des ancêtres et autres dénominations, boubous et scories fétiches, bref pour disposer du pouvoir traditionnel et mieux asseoir reconnaissance, respect et admiration.

Le discours de légitimation anthropologique enserré dans le corset traditionnel de Mitterrand, s'identifiant à la « ruche mitterrannique »²⁴, qui voudrait que la société est une famille, quelle demeure fortement structurée par les lignages et la scansion ou le martèlement du concept de « chef de communauté », témoigne de cette volonté. Le discours chiraquien qui s'identifiait à la Corrèze par la revendication d'un attachement territorial et à la mythologie traditionnelle de cet espace, sont des éléments de légitimité personnelle qui deviennent public.

Plus proche de nous, certains médias privés accusent souvent le président de la république du Cameroun de passer plus de temps dans son village natal qu'au palais de la république, quand il n'est pas à l'étranger.

Toute cette *convoitise du traditionnel, du sacré et du mystique* permet tout en le renforçant, l'incarnation des rôles ultimes par le chef et ses collaborateurs, tout en disposant de toute la société. D'où l'image du super-homme.

2- L'adoption des postures transcendantes.

L. Sindjoun²⁵ nous enseigne que la stratégie du pontificat présidentiel tel qu'énoncée par F. Bastien, est une stratégie de sublimation et d'exacerbation des positions et des rôles

²³Mandjack, A. « L'intronisation traditionnelle des autorités publiques au Cameroun », Revue juridique et politique – Des Etats francophones, Editions Juris Africa, n°3, Paris, 2010, pp263-296.

²⁴Constituée de la Nièvre, les Landes, la Charente, l'Auvergne et la Drôme, départements reconnus comme fief politique de ce dernier.

²⁵Sindjoun, L. « Le président de la république au Cameroun (1982-1996). Les acteurs et leur rôle dans le jeu politique », Université de Yaoundé 2, GRAP, Col Sean, n°50, 1996. PP1-22.

institutionnelles définis comme transcendants les autres. Cette stratégie consiste en l'adoption des postures de pontife constitutionnel, de démocrate-pédagogue, du maître du sens et du juge des intérêts supérieurs de l'Etat.

La posture de gardien de l'ordre constitutionnel est affirmée dans les années 1990 par exemple, où la Conférence nationale souveraine revendiquée par l'opposition est considéré comme contraire à la constitution. Estimant que la constitution ne prévoit l'exercice de la souveraineté que par le président de la république et l'assemblée nationale. D'où la « délégitimation et la mise hors-jeu de la conférence nationale souveraine par le président de la république », gardien de la constitution. Il la déclara « sans objet » et la remplaça par la conférence tripartite : Gouvernement-Opposition-Société civile.

La posture du « maître de sens » est incarnée et manifesté par exemple lorsque le président de la république constitue discrétionnairement les cadres de la transition démocratique en 1990-1991 et fixe les échéances électorales. Il détient pour lui seul, l'agenda politique, entretient le suspens électoral au grand dames de ses adversaires politiques.

Celle du « juge des intérêts supérieurs » est illustrée par le monopole des choix décisifs, par la présentation des adversaires comme étant des « casseurs », des « vandales », des « marchands d'illusions », des « voleurs en cols blancs » et autres « apprentis sorciers ». Rappelons dans le même temps, on l'a vu plus haut, que le président Biya va accorder la grâce présidentielle à M. Ahidjo et l'arrêt des poursuites judiciaires pour ses proches collaborateurs en 1984 au nom de « l'intérêt supérieur de l'Etat ». La posture du pédagogue et de démocrate est reflétée dans ses discours²⁶.

Toutes ces postures affirmées, vantées autant que célébrées sont de nature à renforcer le rôle présidentiel tout en légitimant l'image d'un président exceptionnel.

3- L'exploitation des qualités exceptionnelles du chef.

Les qualités exceptionnelles du chef de l'Etat camerounais par exemple, ne sont plus un secret pour personne. Aussi les médias gouvernementaux et son appareil administratif ne cessent de rappeler au quotidien, surtout lorsque celui-ci reçoit un homologue étranger ou lorsque l'espace

²⁶Sindjoun Op cit. pp17-18.

public camerounais est traversé par une actualité délicate et sensible, les qualités de tempérance, de discernement, de pondérance et de tolérance du chef de l'Etat.

Ainsi la qualité de tolérance dans la gestion des affaires publiques du chef de l'exécutif camerounais, est souvent évoquée pour exprimer la magnanimité administrative qui a bien voulu laisser par exemple les populations s'installer dans des zones déclarées « non constructibles », ou encore à laisser prospérer des commerces le long des chaussées, des entreprises, associations et partis politiques fictifs, et autres détournements de fonds publics etc., prendre corps. Celle-ci a vu naître un subterfuge dénommé « tolérance administrative » qui traduit en réalité une incapacité administrative à anticiper, à réorganiser et à gérer les embarras.

De la même façon, le président de la république est souvent présenté comme un homme discret, voire effacé, un peu absent mais très présent et au faite des situations et problématiques qui se posent. c'est le cas dans les nominations qui relèvent bien évidemment de son pouvoir discrétionnaire, où l'homme est présenté comme « maitre de son agenda et de son temps ». c'est le cas également dans la gestion des crises dans la sous-région CEMAC notamment les expulsions des camerounais au Gabon, en Guinée équatoriale ou au Tchad, où la diplomatie de l'homme est célébrée comme une « diplomatie de tolérance et d'ouverture », destinée à booster l'intégration sous-régionale²⁷.

Sa qualité d'éléphant situationnel est souvent célébrée suite à ses répliques et autres sorties publiques. Ceci s'est encore confirmé le 05 juillet 2015 lors de la visite du chef de l'Etat français au Cameroun. Sa réponse au journaliste français à propos de sa longévité au pouvoir : « *Ne reste pas au pouvoir qui veut, mais qui peut* », a été reprise en boucle par les quotidiens de la place et autres télévisions, sites internet, et par les populations elles-mêmes, signe d'une appropriation populaire du style langagier de l'hôte d'Etoudi. Il s'agit bien là d'une affirmation plus que ferme de sa puissance et de la totale maîtrise de l'espace politique camerounais, qu'il manipule à sa guise. Ce qui a eu pour effet de distraire et d'occuper en même temps les chaumières et autres espaces de débats, facilitant une fois de plus, une certaine sympathie avec le peuple camerounais²⁸.

²⁷Nguimbous E, « La diplomatie camerounaise à l'aune de l'intégration sous régionale en Afrique centrale », mémoire de Master 2 Etudes internationales, Université de Douala, Inédit.

²⁸Si l'on parcourt les discours du président camerounais, il n'est pas rare de retrouver des petites formules du genre à animer l'opinion publique pendant un temps. On peut citer entre autres : « Je ne commente pas les commentaires »,

La gestion pacifique du conflit territoriale entre le Cameroun et le Nigéria à Bakassi en 2007, a été aussi l'un des temps forts de mise en lumière et de célébration des talents de négociateur pacifique, de diplomate invétéré et surtout d'homme épris de paix et de justice dans la résolution pacifique des conflits.

Toutes ces qualités ainsi mise en lumière à des moments propices, participent non seulement du renforcement de la légitimité du chef, mais également de la célébration de celui-ci comme un homme extraordinaire, voire exceptionnel.

C- Mise en spectacle symbolique.

L'entreprise de légitimation construite par les dirigeants africains et qui est propre aux types de gouvernements par labels²⁹ consiste en un positionnement par distinction par rapport autres dirigeants, et la création des labels mieux, des « signifiants » dont le contenu et les implications échappent à la majorité. « La politique étant l'asile par excellence de l'ignorance »³⁰, il se trouve que le chef de l'Etat africain fonde sa légitimité et sa puissance sur cette méconnaissance qui induit confiance et croyance des masses incultes. Ainsi, l'univers des apparences tourne autour de la publicisation et la mise en valeur des actions du chef (1), sur l'exploitation des rituels politiques (2) et le recours aux registres de la communication humaine (3) pour forger l'adhésion. Celui des « communicants » est gouverné par les maximes du genre : « *Gouverner c'est séduire* » ; « *La politique c'est manifester un personnage* » ; « *L'électorat est un marché comme autre (...) il faut vendre des candidats* » etc. C'est le temps du publicitaire et du « spinning »³¹, celui de la mise en image satisfaisante pour contribuer à la « notabilisation » des candidats et des dirigeants.

1- Publicisation et mise en valeur des actions du chef de l'Etat par les médias.

« A ceux qui ont prédits ma mort, rendez-vous dans vingt ans », « Tous les voleurs rendront gorge », « Les apprentis sorciers » et autres « voleurs en cols blancs » etc., qui sont surtout destinées à fabriquer une certaine adhésion populaire.

²⁹Bergeron, H. et Al. « Gouverner par les labels ». Une comparaison des politiques de l'obésité et de la consommation durable, Gouvernement et action publique, n°3, 2012, pp7-31.

³⁰Abélès, Op cit.

³¹Schwartzenberg définit le spinning comme l'art de manipuler les informations politiques et personnelles. La notabilisation pouvant s'entendre comme un processus qui consiste à rendre un candidat notable, c'est-à-dire un dignitaire, faisant de lui en même temps une star à la notoriété incomparable.

L'émergence à l'horizon 2035 pour le Cameroun, à l'horizon 2020 pour la Côte d'Ivoire et à l'horizon 2025 pour le Gabon etc., les grandes ambitions et grandes réalisations, les grands projets structurants et autres Gabon énergétique etc. sont devenus autant de signifiants qu'il faut médiatiser.

L'idéal de démocratisation du Cameroun associé à celui de la prospérité économique de celui-ci, le régime des libertés et des droits de l'homme, l'Etat de droit, la lutte contre la corruption et les détournements de fonds publics, la scansion de l'unité nationale et l'intégrité territoriale auxquelles se greffe la délicate stabilité sous le principe de l'équilibre régional etc., sont autant de mythes célébrés dans les discours du président Biya et ses collaborateurs.

L'on a ainsi vu les différentes célébrations des cinquantièmes (de la réunification, de l'unité nationale, des armées etc.) être couronnées par l'érection d'un monument, celui-ci des cinquantièmes de la réunification à Buea dans le Sud-Ouest et présentées en grands pompes par les médias, histoire de marquer plus que jamais dans les esprits, le fait que la réunification, l'unité et l'intégrité territoriale sont désormais cimentées et marquées du sceau indélébile de la volonté de tout le peuple camerounais.

L'on a vu la même ambition au Sénégal sous Abdoulaye Wade, de marquer les esprits même après sa mort par l'érection d'un monument le plus chère de l'histoire du Sénégal, celui de la renaissance, le présentant comme étant celui qui aurait permis à la nation sénégalaise de renaître à nouveau.

Comme l'indique O. Rouquan, « *Le chef de l'Etat dispose dans son registre de légitimation du thème de la relation à la mort, de la distribution des biens sociaux entre générations ou entre sexes, de la capacité à manipuler des données les plus anthropologiques situées à l'interstice entre le culturel et le naturel* »³². Autant d'ingrédients justificateurs de la conquête et de l'exercice de la position présidentielle.

2- L'exploitation des rituels politiques (la fête nationale, la remise des vœux, les banquets etc.)

³² Rouquan, O. Op. Cit p3.

En tant que cérémoniels de consécration et de légitimation par institutionnalisation d'une différence caractérielle (P. Bourdieu et M. Abélès), les rituels politiques tels que la célébration de la fête nationale, la remise des vœux au président de la république et les banquets offert par lui, sont des « actes de magie sociale » en ce sens qu'ils sont non seulement conformes aux croyances et s'imposent comme telle à la société ; mais aussi qu'ils mettent en lumière et facilite l'admiration du chef.

La mise en spectacle dont ils font l'objet, est savamment orchestré par le protocole en tant que « mise en forme de l'ordre politique »³³. L'ordre hiérarchique étant strictement mis en mouvement dans une élégance parfaite. L'instrumentum de la garde républicaine accompagnant le rythme de classification par position institutionnelle.

Par leur organisation répétitive ou traditionnelle (les rituels politiques), C'est l'entreprise de célébration du magistère du chef de l'Etat qui est successivement et routinièrement renouvelée.

C'est ainsi qu'en un laps de temps qui ne dure que trois heures en moyenne selon les cas, toute la république est comme saisie, dans une contemplation du pouvoir qui se donne ainsi facilement à voir (Balandier et Schwarzenberg). L'attention du citoyen étant alors totalement captée, par l'articulation sans faute du politique, du symbolique et du médiatique et par un spectacle symphonique parfait.

Il en ressort que le rituel politique ainsi manipulé, loin d'être une simple « ponctuation de l'action », constitue un ensemble de pratiques qui façonnent et structurent les représentations sociale et individuelle du politique, dans un jeu de rapports de force. L'enjeu étant la manipulation et la fabrication de l'adhésion.

3- Le recours aux différents registres de la communication humaine : le registre physique, symbolique, et la rhétorique langagière.

Dans cette entreprise de célébration, la communication se veut aussi physique, symbolique à côté du verbe. C'est ainsi que la gestuelle du chef, sa présentation physique, sa tenue vestimentaire, sa posture, son regard etc. sont parfaitement travaillés aussi bien par les médias que

³³Deloye, Y., Haroche, C., etlhl, O., « Le protocole ou la mise en forme de l'ordre politique », Colloque de l'association française de science politique du 07-09 juin 1995.

par l'entourage chargé de veiller à la bonne mise du président de la république. La distance vis-à-vis de lui est de mise et acceptée comme argument.

Les lieux de cérémonies, les trajets qui les relie à la présidence sont parfaitement aménagés, surveillés de façon méticuleuse et pointue, le temps de la célébration ; par ailleurs programmé et scrupuleusement respecté sous le contrôle du protocole. L'ordre de lecture des différents discours est couronné par celui du chef, qui après avoir ouvert la célébration, se charge aussi de sa clôture et nulle autre personne.

Sont ainsi bien visibles et mis en spectacle, non seulement la distinction par identification du maître des cérémonies, mais aussi la valeur intrinsèque du chef de l'Etat lui-même ; étant entendu que « *le vestimentaire en tant que mode euphémisé d'autolégitimation, la diction, le regard, la gestuelle, toute forme de langage, constitue un argument d'autorité dans le débat politique* »³⁴.

Il en ressort en définitive que la construction et la célébration du président exceptionnel, commence avec la disposition de l'arme médiatique. L'ancrage sociologique de son image passe par l'incarnation par adoption des postures transcendantes et la mise en spectacle symbolique du mythe du président fait roi. La manipulation et la fabrique de l'adhésion restent du domaine de la communication politique, dont l'action, fini par disposer l'espace tout entier. Mais compte tenue de l'incertitude qui gouverne les masses, l'entreprise doit être permanente³⁵ tout en évaluant la déférence au chef de l'Etat par des techniques quelque peu jurisprudentielles.

II- DE LA CELEBRATION PERMANENTE A L'EXPLOITATION DES TECHNIQUES DEVALUATION DE LA DEFERENCE AU CHEF DE L'ETAT FAIT ROI : LA MISE EN FORME D'UN DISCOURS DE CELEBRATION ET L'INCONTESTABILISATION DE LA DEFERENCE AU CHEF.

Les procédés et outils de célébration du mystère du président exceptionnel, les manières de faire pour marquer l'image d'un chef hors du commun, sont divers et variés. La médiasphère intègre la presse (privée, publique, sites internet), le cinéma, la télévision, la radios et la politique

³⁴ Le Bart, C. *Le discours politique*, Paris, P. U. F, 1998.

³⁵RGS indique que le débat d'idées, le programme d'action politique se sont éclipsés devant l'affectif, et ne sont plus qu'un support à un show médiatique qu'il faut entretenir, car chacun des hommes politiques y trouve un compte. Dès lors les choses ne sont pas prêtes à changer.

de l'image pour produire l'image d'un « héros » (Staline, Poutine, Mugabe, Mandela etc.), d'un « monsieur tout le monde » (Pompidou, Balladur, Carter etc.), d'un « leader de charme » (Clinton, All Gore, Blair etc.), d'un « Père » de la nation (Houphouët Boigny, McCain, Mitterrand etc.) ou d'un « Doyen sage » (P. Biya, Omar Bongo, Tabo Mbeki etc.)³⁶. Combinés ou croisés de façon non exhaustive, ils participent ou facilitent une célébration permanente, successive et simultanée (A). A travers la mise en forme à la fois d'un discours de célébration (B) et l'exploitation des techniques de mesure de la popularité du chef, L'appareil de communication s'assure de l'adhésion et de la saisie totale des masses, par l'entreprise de construction et de célébration du mystère du président exceptionnel.

A- De la célébration permanente, successive et simultanée.

La célébration permanente, successive et simultanée des chefs d'Etats africains relève d'un apologétisme extraordinaire. Il va de la réalisation des hymnes à la gloire du chef (1), à l'exploitation des nouvelles technologies (3) en passant par le recours aux émissions télé (2). La machine bureaucratique tenue des mains du maître par le président, excelle dans la construction des stratégies de mise en forme successive et permanente de ces procédés, pour s'assurer à chaque fois la confiance et l'adhésion populaire. La corruption populaire par production des spectres est l'activité principale de cette administration, dont les agents communicants se vouent à la tâche, par abandon du service public normal. Ils se trouvent comme contraints à la célébration car, considérée ici comme une obligation, une règle informelle mais très contraignante, pouvant déterminer l'avenir de l'agent au sein de ladite administration. C'est ce que J. Di Maggio et W. W. Powell appellent « l'isomorphisme institutionnel »³⁷.

1- Le recours à la réalisation des « hymnes » à la gloire du chef.

L'apologie faite à un chef tout puissant donne lieu à des inspirations, à des intuitions hors du commun. Bien qu'il existe un répertoire riche, divers et varié des techniques de célébration

³⁶Schwartzberg, R. G, *L'Etat spectacle*, Paris, P. U. F, 1977.

³⁷Selon ces deux auteurs repris par Jean Joana in « L'invention du député. Réunions parlementaires et spécialisation de l'activité politique au XIX siècle », la notion d'isomorphisme renvoie à un processus contraignant qui force une unité dans une population à ressembler aux autres unités qui sont confrontés au même ensemble de conditions environnantes. Powell (W. W.), Di Maggio (P. J). *The Iron cage revisited: Institutional Isomorphism and collective rationality en Organizational Fields*, Ed. The new Institutionalism in organizational Analysis, Chicago University press, 1991, p66.

d'un chef puissant, la réalisation des hymnes à la gloire de celui-ci, fait partie d'un registre tout à fait particulier de célébration. C'est quand réalité, réaliser des cantiques et autres champs d'adoration, relevait encore du registre religieux de vénération du Dieu tout puissant. Il se trouve que celui-ci à opérer un glissement dans le champ politique africain, où le « Dieu tout puissant » célébré dans la religion, se trouve être le chef de l'Etat, le leader d'opinion en politique.

La campagne de Silvio Berlusconi en 1994, s'est révélée comme le champ idéal de célébration du leader politique Berlusconi, par le chant des cantiques. On pouvait alors capter entre autres paroles mises en musique par sa chorale, formée à cet effet, les expressions du genre : « heureusement que Silvio est là » ; « Président ceci est pour toi » etc.

Tout comme Berlusconi, le président Biya est autant célébré que vénéré par ses fervents supporters. L'hymne officiel de son parti³⁸ témoigne de la déification à lui faite par les militants de ce parti. L'on peut pour ainsi dire citer quelques expressions qui en sortent : « Paul Biya, notre président, père de la nation, toujours chaud gars... ». Feu Madame F. Foning³⁹ avait souvent l'habitude d'entonner celle-ci lors des meetings, tout en l'agrémentant de la suivante : « Papa ! Ton mandat n'est pas fini à Etoudi ».

Toutes ces hymnes à la gloire d'un homme en régime démocratique est un paradoxe. Lequel paradoxe est poussé aux extrêmes par les différentes modifications constitutionnelles, dont le but ultime est de s'éterniser au pouvoir. Le cas d'A. Bodel Bokassa qui décida de s'introniser empereur premier de la Centrafrique est encore plus poignant et participe du renforcement des logiques à la fois dictatoriales et perverses dans les Etats africains.

2- La réalisation et la diffusion des émissions télé (reportages, documentaires, analyses médiatiques ciblés) et leur passage en boucle dans les chaînes de télévision.

Pour mieux asseoir la perception de l'image du président fait exception au sein de l'opinion, les spécialistes de la communication de son « Shadow cabinet », en liaison avec les journalistes et autres animateurs télé et radios, montent et réalisent des émissions spéciales pour non seulement

³⁸Le Rassemblement Démocratique du peuple Camerounais (RDPC) crée le 24 septembre 1985 à Bamenda, est un parti majoritaire né des cendres des défunts Union Camerounaise (UC) et Union Nationale Camerounaise (UNC) du président A. Ahidjo (Ancien président du Cameroun entre 1960 et 1982).

³⁹Ancien maire de la commune urbaine de Douala 5^e entre 2002 et 2015.

véhiculer le message, mais également animer l'opinion publique. La participation de la population à ces émissions, permet d'atteindre des records d'audience importante. Le cas de l'émission « Bobi créa » en Italie sous Berlusconi en 1994, où celui-ci se donne en spectacle⁴⁰, accompagné des humoristes faisant son apologie, témoigne du succès de cette pratique.

La réalisation des reportages sur les voyages, missions etc., des documentaires sur sa vie publique et privée pour en montrer soit la beauté, soit l'harmonie et le succès, les émissions de débat sur sa personnalité, son caractère, son parcours mythique etc., sont autant de techniques d'enrichissement de la perception que la masse doit retenir de lui. Le cas de « Inside the presidency » de G. EWANE à la CRTV⁴¹, où celui-ci se préoccupe de montrer le prestige, le luxe de la sphère sacrée de la présidence de la république du Cameroun, « Le cœur du pouvoir de Yaoundé », les rendez-vous présidentiels et les services protocolaires, bref l'agenda présidentiel, est de nature à tenir en spectateur l'auditoire, dans une ambiance particulière, où celui-ci contemple le pouvoir qui ne se donne à lui que rarement.

Autant l'entourage du président est célébré à l'image des œuvres de charité et de coups de cœur des premières dames d'Afrique, ses enfants présenté au public comme étant des modèles d'enfants bien élevés, bien éduqués etc., autant les qualités du président le sont également ; Ceci donnant lieu à des campagnes publicitaires, des concours du président panafricain ou de la first lady⁴². Tout ceci est fait dans le but de favoriser non seulement l'adhésion de la masse à l'idéologie *célébrative*, mais également favoriser la notoriété de la famille présidentielle.

3- Le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

L'émergence des nouvelles technologies donne un large éventail de choix et d'options possibles pour communiquer efficacement. Dès lors, le passage à la télé est quelque peu mis en retrait, car il suffit d'enregistrer une vidéo, un discours, une activité quelconque, la poster sur un réseau social, et le tour est joué. Etant donné que des millions d'internautes sont connectés 24/24,

⁴⁰Le populisme de S. Berlusconi mis en spectacle par son parti entreprise "Média set", donna lieu au Berlusconiisme. Il fut élu à la présidentielle de mars 1994 avec 22% des voix. Sa campagne étant alors basée sur le principe du « riche qui n'a plus besoin de voler parce que déjà riche ». Rappelons en effet qu'il arrive en politique en 1994 quand toute la classe politique Italienne est bouleversée par des scandales de corruption et de la mafia, les mises en examens en cascade ; Un contexte où il n'y avait plus de véritable leader politique capable de redonner confiance aux Italiens.

⁴¹ Cameroon radio television, on peut aussi citer : "Présidence actu".

⁴²Elle a lieu sur la chaîne panafricaine "Afrique média", qui se veut être la chaîne du réveil de la conscience panafricaine par le dressage de celle-ci contre le blanc en général, et le Français en particulier. Celle-ci devant voir en celui-ci, l'origine de tous les malheurs africains.

soit pour s'informer, se former, informer, se divertir, etc., soit pour commenter les images, les vidéos etc. en circulation. Les chances de toucher un plus grand nombre sont importantes. Les records d'audience sur la toile sont aujourd'hui, deux fois voire trois fois supérieurs à ceux de la télé ou de la radio.

Le recours aux logiciels de montages vidéo pour présenter une photo, une image parfaite du président, sa gestuelle, sa présentation et sa stature exceptionnelle. Où l'on voit un président regardant sa montre pour indiquer qu'il serait préoccupé par le temps, un président assis sur son bureau stylo à la main pour montrer qu'il travaille, un président scrutant le ciel pour dire qu'il réfléchit, un président qui pédale son vélo pour montrer qu'il est en bonne santé physique, qu'il maintient l'équilibre, qu'il reste imperturbable etc. un président serein, travailleur, sportif, réfléchi, tempéré et disposant de son temps, est parfaitement exploité pour frapper les esprits. Le mariage forcé du « temps du politique » comme le « temps du chef de l'Etat » étant aussi subtilement assimilé dans cet élan de célébration et de promotion.

B- La mise en forme d'un discours de célébration : la propagande politique.

La stratégie du « Black propaganda »⁴³ utilisé par les marketistes politiques pour produire l'image d'un chef atemporel en Afrique, fait recours à la fois au griotisme en tant que discours de célébration du pontife constitutionnel (1) et aux formes expressives distinctives du chef de l'Etat à l'homme ordinaire (2).

1- Le recours au griotisme comme discours de célébration du pontife constitutionnel.

Le modus vivendi de certains régimes politiques africains ressemble à bien des égards à celui de Salazar. Le discours apologétique tourne autour de la mise en valeur du mytique dirigeant, qu'il faut à l'Etat pour exister. L'exemple de l'apologie de Ferro à Salazar qui voit en celui-ci « l'incarnation du chef idéal dont le Portugal endormi a besoin », celui capable de mettre en pratique « la politique de l'Esprit »⁴⁴. Seul capable d'élever la splendeur du peuple Portugais noyée

⁴³Jewett et O'Donnell repris par E. Dacheux in « Action et communication politique », Op. Cit, renvoie à la transmission d'un message politique qui tente de persuader les citoyens en utilisant le mensonge. Il s'agit en fait de la manipulation politique.

⁴⁴Ouvrage phare d'A. Ferro dans lequel il considère que le pouvoir devait être médiatisé et les effets immédiatement visibles. Que la répression nécessaire et un pouvoir autoritaire devaient être atténués par la beauté, la splendeur de cérémonies exhibant des signes de noblesse et d'apparat: «les parades, les fêtes, les emblèmes et les rites sont nécessaires, indispensables, pour que les idées ne tombent pas dans le vide, et dans l'ennui... La suppression forcée,

dans la crise, se rapproche bien de celle des communicateurs du président Biya qui voient en lui le « bon risque », « l'homme de la situation et du moment », « le sage » etc.

L'exploitation de la poésie dans le discours politique comme forme suprême de séduction, d'enchantement, de corruption de l'imaginaire et d'isolement du pouvoir suprême, témoigne de la dimension performative du langage. L'actuel ministre de la communication, interrogé sur la capacité du président à gouverner le pays avec son âge avancé, indiquera ceci : « C'est quand le fruit est bien mûr, qu'il exalte le meilleur de sa saveur ».

Le recours aux spécialistes du verbe et du langage : les sémiologues, les politologues, journalistes, juristes, qui côtoient les puissants, s'invitent au pouvoir, réalisent les interviews, signent des articles etc. est aussi de mise. Notons par exemple le cas du nouveau Etat de Salazar au Portugal⁴⁵ où ce dernier se dote non seulement d'une administration de propagande et de célébration de son personnage⁴⁶, mais aussi choisi un journaliste de luxe réputé « poète de l'action (...) le metteur en scène »⁴⁷ qui s'intéresse aux nouvelles formes d'art moderniste, charger de construire la figure de Salazar comme d'un chef vénéré. Il écrit dans le *Diário de Notícias* en 1932 ce qui suit : « Salazar n'est point disciple, il est Maître. Il nous intéresse, il s'impose à la conscience nationale, il est notre orgueil, parce que précisément il ne ressemble à aucun autre chef européen ». Il le définit comme étant mythique, ascète, rigoureux, paternaliste et volontaire. Il ne tarie pas d'éloges pour faire l'apologie de l'homme et de son action.

Les chefs d'Etat africains ont certainement compris que pour la durabilité de leur pouvoir, ils doivent revoir leur rapport à la foule, disposer des intellectuels et formuler l'image que celle-ci doit garder d'eux. L'exemple du journaliste A. Ferro qui donne corps à un « Salazar mythique »

nécessaire de certaines libertés, de certains droits humains, doit être couronnée par le truchement de la joie, de l'enthousiasme, de la foi [...]. Il faut ouvrir les fenêtres, de temps en temps, connaître les hommes, savoir où sont ceux qui servent, ceux qui ne servent pas, venir au peuple, savoir ce qu'il veut, lui enseigner ce qu'il veut. Et que « les arts et les lettres ont toujours été considérés comme les instruments indispensables à l'élévation d'un peuple, à la splendeur d'une époque (...) et comme des instruments de séduction collective ». Cf. Graça Dos Santos, Op. Cit, pp62-64.

⁴⁵Graça Dos Santos, « La mise en scène du pouvoir dans l'Etat Nouveau de Salazar (1933-1968) », *Latitudes*, n°26, 2006, pp61-72 In, Graça Dos Santos, *Le spectacle dénaturé. Le théâtre portugais sous le règne de Salazar (1933-1968)*, CNRS Editions, Paris, 2002.

⁴⁶ La législation de la censure, crée la Police de vigilance et de défense de l'Etat (PVDE) et fonde le Secrétariat de propagande nationale (SPN). A la tête de cette structure, essentielle pour la pérennité de son pouvoir, il va placer António Ferro.

⁴⁷ António Ferro, Poète du mouvement Orpheu, journaliste issu de l'épisode pré-fasciste de la Nouvelle République de Sidónio Pais, il participe à l'articulation vers la préparation d'une figure autoritaire au Portugal, celle de Salazar. p61.

en même temps qu'il propose un scénario dont il serait le principal réalisateur, renforce cet état de choses dans la mesure où, la « Politique de l'esprit » et la « Campagne du bon goût » (Campanha do bomgosto) seront les marques indélébiles de son action, mêlée de modernisme mondain et de nationalisme effréné, qui aura organisé la vaste matière de l'État Nouveau de Salazar, mais surtout, fabriqué son imaginaire. C'est ainsi que « le régime a eu en Ferro son plus digne peintre officiel : les traits et les couleurs avec lesquels il l'a valorisé en ont adouci les contours, lui ont donné un vernis cosmopolite et lui ont prêté une ouverture moderniste qu'il n'avait pas réellement ». Le sémiologue hors échelle et actuel ministre de l'Enseignement Supérieur du Cameroun, définira le président de la république comme un « créateur »⁴⁸ et le reste des ministres de la république comme des « créatures » de celui-ci.

2- Le recours aux formes expressives distinctives du chef de l'Etat à l'homme ordinaire : l'univers du nominalisme.

A côté du « créateur » dont parle le sémiologue, d'autres expressions sont forgées pour marquer la distinction du chef de l'Etat, du Camerounais ordinaire. C'est ainsi que sont utilisées tour à tour les concepts de : « La haute hiérarchie », « le haut commandement », « le chef de l'Etat, son excellence », « son immense », « A qui de droit » etc. pour marquer non seulement la distance du mythique chef, mais aussi sa suprématie incontestable.

L'univers du nominalisme s'étant jusqu'à l'emploi des expressions mystiques et sacrées, que l'on retrouve dans les rites et coutumes ancestraux aussi pour le chef de l'Etat que pour le personnel dirigeant. C'est ainsi que l'on passe du « Nnom nguii » chez les bétis du sud attribué au président, au « Tagneu », « Magneu », chez les Bamilékés de l'Ouest Cameroun, en passant par les « Fons » ou « Fuo » chez les Bamenda du Sud et du Nord-Ouest, attribués au reste des serviteurs du pontife.

De telles formules apologétiques font partie de « La société de cour »⁴⁹ de N. Elias, dans laquelle toutes les stratégies sont mises en œuvre pour séduire le principale détenteur du pouvoir.

⁴⁸Selon ce spécialiste de la sémiologie, le mot « créateur » renvoie au fait que c'est le président de la république qui fait et défait les carrières, au travers des nominations à des postes ministériels et autres, conformément à la Constitution. Il estimait alors apporter une pierre à l'édifice de compréhension de la genèse ou des origines de la nature humaine, en forgeant le concept de création/créatures politiques à côté de la création humaine. Son accueil fût mitigé.

⁴⁹Elias, N., La société de cour, Paris, Flammarion, 1979.

L'emploi de ces expressions à un double effet : célébrer le grand manitou et lui montrer sa fidélité et sa déférence.

C- La mise en place et l'exploitation des techniques d'évaluation et d'incontestabilisation de la popularité, de la déférence et de l'hégémonie suprême du chef.

Page | 684

Dans une telle entreprise de célébration, le recours aux logiques d'affirmation, d'instruction et d'encadrement comme opérations d'incontestabilisation, de dissipation du doute et de fabrication de l'adhésion, est de mise (M. Lalancette). C'est ainsi que pour mieux faire entendre et observer une instruction, l'initiateur proche ou non du chef de l'Etat, utilisera les communicants suivants : « Sous instruction du chef de l'Etat », « sous haute instruction du chef de l'Etat », « A qui de droit » etc. pour mieux asseoir l'instruction tout en s'assurant que celle-ci sera exécutée sans faille. Pendant que de l'autre côté, l'administration bureaucratique sous hégémonie, fait recours soit à la mort ou aux rumeurs politiques (1) soit aux procédés destinés à affermir l'autorité du chef (2).

1- Le recours à la mort, aux rumeurs et l'assimilation du temps politique au temps du chef de l'Etat.

En tant que « chaîne informelle et improvisée d'information que les individus activent lorsque les canaux officiels et publics ne donnent pas d'information (ou d'information satisfaisante) face à une situation événementielle qui l'exige »⁵⁰, en tant que « mode d'expression privilégiée de la pensée sociale », la rumeur reflète les angoisses, les doutes de la société et le désarroi du peuple face à un pouvoir ou à une classe politique sourd à ses problèmes.

Nouvelle de source incontrôlée qui se répand dans le public, la rumeur fait partie de la vie politique. Elle appartient autant à la mémoire de la scène politique et médiatique qu'à l'histoire sociale de l'opinion. Les acteurs politiques entretiennent donc avec elle, un rapport rationnel et instrumental. Dès lors, le politique se prête aux spéculations de l'imaginaire (quand il ne les crée pas) commun qui lui invente un univers inversé, amoral et officieux. Ce qui entraîne un commerce de révélations et d'indiscrétions entre les spécialistes de la politique.

⁵⁰ Aldrin, P., « L'impensé social des rumeurs politiques. Sur l'approche dominocentrique du phénomène et son dépassement », p24.

Comme l'indique Lescuyer, lancer un ballon d'essai dans l'espace public avant de prendre une décision, faire courir des bruits, diffamer anonymement etc. fait partie du travail du stratège des rumeurs dont l'intention se substitue à la crédulité du colporteur. De ce point de vue, la rumeur devient une technique historique de désinformation (Volkoff), un vecteur subtil qui permet la diffusion d'informations incorrectes dans le but de déclencher soit une angoisse populaire comme se fut le cas lors de l'annonce de la mort du chef de l'Etat en 2002, soit une riposte nuisible au groupe qui reçoit le message falsifié (Klein, 1996). Cette manipulation introduit une sorte de « clause d'exception sociologique » où le rapport d'usage calculé et incrédule des spécialistes politiques, se substitue au goût spécifiquement populaire du colportage des rumeurs.

Ici, au-delà de la dimension cohésive qu'assure l'échange des ragots mise au jour par N. Elias, la dimension instrumentale de cet échange crée sciemment frustrations, angoisses, doutes et instabilité psychologique certaine face à un Etat structurellement caractérisé par le brouillage, l'opacité quant aux processus de dévolution du pouvoir. La réapparition du grand manitou venant rassurer qu'il est belle et bien vivant et qu'il donnait rendez-vous à tous « dans vingt ans », a été perçue comme un ouf de soulagement et renforcer sa popularité et la sympathie de ses fervents supporteurs, tout en rassurant le peuple tout entier.

Il se trouve aussi que la gestion du suspense politique et de l'agenda communicationnel à travers la définition de la ligne éditoriale et la coproduction de l'information à révéler au grand public pour les médias gouvernementaux etc., font partie de la stratégie de maîtrise et de contrôle de l'opinion. Car cela permet au grand chef non seulement d'évaluer la réceptivité de ses messages au public, mais aussi d'assurer sa popularité.

2- Recours aux procédés d'incontestabilisation du chef.

Selon Lalancette, qui analyse par ailleurs les procédés d'incontestabilisation⁵¹, c'est-à-dire comment l'on parvient à rendre des idées et les discours incontestables, l'une des techniques consiste à utiliser les évidences dans les discours.

Plus concrètement, le recours à l'évidence consiste à présenter les choses comme allant de soi. Comme une évidence. Elle semble donc présenter une vérité intrinsèque et difficilement

⁵¹ Il s'agit des procédés langagiers à l'image du recours aux évidences, aux opinions, aux causes etc. que les orateurs transforment en arguments d'autorité ou en « vérités ».

contestable dans la mesure où : « l'évidence inscrit les discours dans un savoir absolu, accepté de tous, toujours vrai, qui ne peut être contredit sans remettre en cause, du même coup, le plus élémentaire du bon sens, le sens commun, le savoir ordinairement partagé. Cet effet est d'autant plus important qu'il donne le discours politique comme le discours de bon sens, comme s'il était simple et facile, spontané, de concevoir l'organisation sociale. (...). Contredire le bon sens est difficile parce que justement il s'agit de bon sens, comme dans les déclarations du type "tout le monde sait que..." »⁵².

Comme pour obéir à la maxime de « l'évidence vous aveugle quand elle ne vous crève pas les yeux » de Gustave Flaubert⁵³, les communicateurs proches ou non du chef, font recours à cette technique pour facilement convaincre l'auditoire et imposer la vision qu'ils ont du chef. L'opération devient facile tant il n'est pas évident de discuter quelque chose d'évident pour tous.

C'est ainsi qu'au Cameroun, les séducteurs du manitou ont tendance à marteler que le président Biya reste la personne idéale, « le bon choix » pour ce pays. Qu'il est jusqu'à preuve du contraire, le seul capable de conduire le Cameroun vers une émergence, une prospérité certaine. Qu'en face, l'opposition est inerte, désorganisée et qu'aucun véritable leader ne semble émerger. L'argumentaire devient ainsi facile à imposer car la tactique permet de discréditer et de diaboliser le reste des prétendants à la fonction présidentielle en présentant l'actuel chef comme l'unique alternative qui s'impose. Sauf que s'oppose à cette stratégie, ce que Boltanski appelle la « topique de la dénonciation » associable à la « logique d'objectivation » qui permet de dénoncer, de contester et de mettre en lumière une partie du dysfonctionnement de cette tactique. C'est ainsi que les discours sur la souffrance des camerounais, sur la pauvreté criarde, sur le difficile décollage économique et même sur l'incompétence du gouvernement trouvent un écho favorable auprès de l'opinion publique, dans la mesure où une « évidence personnalisée »⁵⁴ ne saurait permettre le développement.

C'est également le rôle des logiques d'affirmation, d'instruction et d'encadrement comme opérations d'incontestabilisation, de dissipation du doute et de fabrication de l'adhésion, dont nous

⁵² Culmina et al, 1977, 22 reprise par Lalancette, Op. Cit., p95.

⁵³ G. Flaubert, Dictionnaire des idées reçues. Cité par Lalancette Op. Cit., p93

⁵⁴ Nous entendons par là, le recours à une idée orientée vers une personne précise soit pour l'anoblir, soit pour la discréditer.

avons parlé plus haut. Ceux-ci visent soit dans un échange direct, soit dans l'enrôlement d'un service, à rendre l'instruction, l'idée ou le devoir, incontestable tout en assurant son effectivité.

Conclusion

Page | 687

Au total, il nous était donné d'analyser le rôle, l'impact, la puissance de la communication politique dans le travail de célébration, de séduction et de promotion du chef de l'Etat africain. A travers certains procédés, certaines opérations réalisées, il nous a été donné de montrer qu'il y a non seulement une volonté politique manifeste liée à la célébration du mystère du président exceptionnel en Afrique, mais aussi un travail bureaucratique-administratif chargé à cet effet. Dès lors, la pratique politique en Afrique semble se limiter strictement à ce jeu de célébration, reléguant au second rang, les réelles obligations de l'Etat et de son chef, vis-à-vis de son peuple. La trajectoire historique de nos Etats témoigne elle-même de cet état des choses. Le difficile décollage politique, économique et social de nos pays trouve explications dans cette personnalisation du pouvoir. Où la principale activité politique consiste à célébrer..., à vénérer un chef plutôt qu'à réaliser...ce qui le rend puissant d'une certaine manière.

La dynamique de politisation des clivages ethniques dans la compétition électorale au Cameroun

Par :

ABOUKAR BANGUI AGLA

Docteur/ Ph. D en Science Politique

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Page | 688

Résumé :

La démocratisation des années 1990 a favorisé une libéralisation de la vie sociopolitique camerounaise à travers la liberté d'expression, d'association, de création ou d'adhésion à un parti politique, etc. Avec le retour au multipartisme en Afrique en général et au Cameroun en particulier, l'on note une recrudescence et un foisonnement des associations culturelles. Elles sont fondées sur l'appartenance à un groupe ethnique indépendamment de la religion, de la région ou d'un parti politique dans lequel l'on milite. La construction de l'identité ethnique a très souvent des implications politiques en contexte de pluralisme politique en Afrique. La politisation de l'ethnicité est donc une réalité vivante, qui est parfois difficilement compatible avec la démocratie partisane. Depuis la libéralisation de la vie sociopolitique au Cameroun, les jeux et les enjeux autour de l'ethnicité sont donc des phénomènes intrinsèquement politiques. A la question de savoir comment les clivages ethniques sont politisés, il s'est avéré que le pluralisme politique est venu renforcer les identités ethniques au point de les convertir en de véritables forces et ressources autour desquelles se structurent les jeux et les enjeux politiques.

Mots clés : Cameroun, dynamique de politisation, clivage ethnique, compétition électorale.

Introduction

La construction identitaire a constitué un instrument majeur de la domination ou de l'influence coloniale. Pendant cette période en effet, le discours de légitimation de la colonisation s'articule pour l'essentiel, autour de l'idée d'une entreprise de civilisation. Il ne s'agit pas de dominer ni d'exploiter mais de tirer les peuples colonisés de la barbarie. Ce discours est porteur d'un projet élaboré de construction identitaire sur le dogme de la supériorité du modèle européen de civilisation illustré par les vecteurs principaux de l'identité : la race, la religion, et la culture. Les tensions identitaires traditionnelles ont dans ce contexte fait l'objet, notamment par les anthropologues et historiens, d'une relecture soulignant le facteur de diversité dans la société.

La politisation peut être saisie comme l'intérêt et « *attention accordée au fonctionnement du champ politique* »¹ c'est-à-dire l'intensité avec laquelle les agents sociaux suivent la compétition politique et le travail des acteurs politiques². Le concept politisation peut cependant prendre une connotation péjorative pour dénoncer l'attribution d'un caractère politique à ce qui n'en avait pas ou la « *récupération* » d'un événement à des fins politiques. La politisation d'une société ou d'un groupe ethnique est le mouvement sociohistorique par lequel préoccupations politiques façonnent et font un ancrage dans le quotient de leurs membres. La politisation des populations a été l'une des préoccupations des partis politiques en compétition pour représenter un groupe ethnique, dans le processus électoral au Cameroun depuis le retour du multipartisme. Ainsi, la constitution et la politisation de l'ethnicité est un phénomène politique propre aux groupes ethniques et partis politiques en Afrique subsaharienne.

La construction de la problématique aux fins de saisir le phénomène identitaire dans l'espace camerounais, d'en déchiffrer les enjeux, les schémas et les moyens de sa gestion, nécessite un passage avant tout, de l'objet social à l'objet sociologique³ ; car comme le pense Bachelard, « la science réalise ses objets sans jamais les trouver tout faits [...] elle ne correspond pas à un monde à écrire, elle correspond à un monde à construire [...] le fait est conquis, construit,

¹ GAXIE Daniel cité par DORMAGEN et MOUCHARD, *Introduction à la sociologie politique*, 3^eédi groupe de Boeck s a, 2011. p 97.

²Ibid.p.97.

³ L'objet social est le vécu historique. L'Objet sociologique est un modelé d'analyse, une construction rationnelle, élaborée à partir d'un processus de traits pertinents dans la complexité du vécu historique, par le choix de variable. En effet, il convient de se donner un certain nombre des règles, des critères caractérisant la pertinence du trait.

constaté⁴. » Le fait identitaire devient dès lors une réalité, lorsque ces faits de conscience, émergent une cohésion et une force sociale, puisque les membres affichent ouvertement, se disent appartenir à un groupe ethnique avec un caractère similaire totalisant. Ainsi, l'on se pose la question de savoir comment est-ce que le fait ethnique est mis en valeur dans le jeu électoral ? Autrement dit, comment est-ce que le fait ethnique est politisé ?

L'objectif de la présente recherche s'inscrit dans le vaste champ de la sociologie électorale. Pour plus d'efficacité, nous convoquons le constructivisme configurationnel en tant que méthode d'analyse qui permet ainsi de sortir de la vision unilinéaire et unidirectionnelle du processus électoral. Ce travail met évidence les logiques et les modalités variées selon les conjonctures et la configuration des rapports de force sur le terrain. En contexte de pluralisme politique, il y a une dynamique de construction et de consolidation des identités ethniques qui s'accompagne d'une dynamique de politisation des clivages ethniques comme étant des ressources politiques énormes (hypothèse). Après avoir montré comment est-ce que les clivages ethniques se construisent en contexte électoral (I), nous allons simultanément expliquer comment ces groupes, potentiellement politisables, constituent des forces politiques déterminantes dans le jeu de la compétition électorale (II)

I – LA CONSTRUCTION DES CLIVAGES ETHNIQUES EN CONTEXTE ELECTORAL

La montée de l'ethnicité, concomitante de son instrumentalisation par les partis politiques, a fait cristalliser la question de l'appartenance ethnique toute une série d'autres éléments, en faisant une ligne de démarcation politique primordiale, déterminant souvent le vote⁵.

L'analyse du phénomène ethnique prend en considération des éléments historiques, la situation contemporaine et les facteurs construits, ainsi que les différentes interactions qui résultent de leur déploiement spatio-temporel. Dans le contexte camerounais, cela amène nécessairement, à s'intéresser au déploiement des ethnies sur l'espace public dans le cadre de la vie politique. Il est

⁴ BACHELARD Gaston, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 10^e édition, 1968, p. 61.

⁵ TOUO Herman, « Les dynamiques d'ancrage du pluralisme partisan au Cameroun (1990-2006), L'économie des rapports entre pouvoir et opposition », Thèse de doctorat/Ph. D en Science politique, Université de Yaoundé II, 2007, p. 154.

question ici de plancher sur l'émergence du facteur ethnique (A) et la formation de l'identité ethnique (B)

A- L'émergence du facteur ethnique : le tribalisme politique

Page | 691

Les clivages sociopolitiques sont généralement définis comme des principes de division durable structurant les comportements politiques et la conception électorale, dont la nature dépend de la structure sociale et des règles du jeu politique d'un système politique à un moment donné. Cette notion repose par conséquent sur l'idée que tout est traversé par les lignes de fracture qui déterminent le positionnement des individus et des forces politiques par le biais d'un transfert plus ou moins fidèle des conflits sociaux dans l'arène politique⁶. Les clivages sont d'origine, de nature et d'ampleur extrêmement diverses. Ils peuvent être initialement économiques, culturels ou territoriaux, peuvent faire l'objet d'investigation plus ou moins importants des acteurs politiques. De même, ils peuvent avoir des effets importants sur le fonctionnement de la compétition politique et sur les comportements des individus⁷. Dans le même ordre d'idée, l'étude collective désormais classique menée sous la direction de SEYMOUR LIPSET et Stein ROKKAN dans les années 1960, s'était attachées à montrer combien de fois la structure des clivages sociopolitiques dans les principaux régimes occidentaux paraissait stable, c'est-à-dire que la structure des clivages sociopolitiques était « gelée » dans ces régimes. LIPSET et ROKKAN, montraient notamment que la plupart des lignes de polarisation sociopolitique pertinentes dans les principales démocraties occidentales étaient autant de conséquences plus ou moins directes de « révolutions » survenues au XIXe siècle. Selon eux, les lignes d'opposition politique ne pouvaient en effet qu'être le fruit de transformations profondes des sociétés concernées, suffisamment profondes en tout cas pour avoir nourri des conflits politiques violents et durables dont les sociétés contemporaines devaient garder la trace. Les clivages sont plus ou moins vivaces selon les pays existant déjà entre zones urbaines et rurales. Selon LIPSET et ROKKAN, ces lignes de fracture associées aux grandes transformations qui se cristallisèrent ensuite dans chaque espace politique avec plus ou moins d'intensité selon la nature exacte des conflits au sein d'une communauté donnée, mais également en fonction des dynamiques institutionnelles propres à chaque régime⁸. Par ailleurs, les règles

⁶ MENY Yves et SUREL Yves, op. cit.2004, p.31.

⁷Ibid. P.31

⁸Ibid. P.32

juridiques encadrant la compétition électorale et l'activité des partis politiques aux États-Unis sont parfois vues comme des facteurs ayant opéré dans le sens de réduction du nombre de formations politiques, limitant par la même la possibilité de voir certains acteurs sociopolitiques être transférés à l'arène électorale⁹.

En effet, une question importante concerne la capacité qu'ont les systèmes² politiques à surmonter les clivages par des agencements institutionnels. Par elles-mêmes, les démocraties libérales sont déjà une réponse à ce problème : la reconnaissance des groupes et du pluralisme, la légitimation de l'opposition et de la limitation du pouvoir majoritaire sont autant d'éléments de transmutation des conflits politiques résolus pacifiquement.

En clair, indépendamment de l'intensité et de la structure des clivages, c'est la capacité des systèmes politiques à les intégrer qui paraît déterminante¹⁰. Au Cameroun, l'intégration politique consiste à construire une communauté politique pacifique, une république indivisible à partir de l'interconnexion d'une multitude d'ethnies, des véritables microsociétés qui s'acceptent les unes les autres dans leurs diversités et différences sans en faire des sujets des conflits et dans laquelle un recours systématique au dialogue, à la discussion, à la négociation permettra aux partis politiques¹¹ de désamorcer les conflits, afin de parvenir à une coopération bénéfique à tous les acteurs. Reste que la coexistence pacifique de différence soit maintenue à travers la gestion ardue des besoins et d'intérêts conflictuels¹².

Le rapport entre compétition électorale et rigidité artificielle, mais efficace des identités n'est pas automatique. Les clivages partisans sont en interaction avec les clivages ethniques en partie suite au travail des entrepreneurs politiques¹³. Alors, si les clivages et la constitution des identités politiques en occident sont fondés sur des supports idéologiques dénués de toute considération communautaire, les clivages politiques en Afrique sont essentiellement communautaires, et sont fondés en majorité sur des identités ethniques. La politisation de

⁹Ibid. p32.

¹⁰Ibid. p 33

¹¹ BIWONI AYISSI Jean-Pierre, « État, partis politiques et territoire au Cameroun : analyse des dynamiques de construction et de déconstruction d'un référentiel d'appartenance politique », Thèse de doctorat en Science politique, Université de Douala, 2017.

¹² URY William, *Comment négocier la paix. Du conflit à la coopération chez soi, au travail et dans le monde*, Paris Nouveau horizons, Jouve, 2001.

¹³ SINDJOUN Luc, « Elections et politique au Cameroun : concurrence déloyale... » op, cit, p116.

l'ethnicité à des fins électorales complique la cohabitation dans une société plurielle, la conjoncture postélectorale dans les villes d'Ebolawa et de Sangmélina (situées dans la région natale du président Paul BIYA) a été marquée par des violences par certains (groupes autochtones) contre des Bamiléké et des anglophones (les allogènes) accusés d'avoir exprimé leurs suffrages en faveur du candidat John Fru NDI (ressortissants de la région du Nord-Ouest anglophone)¹⁴.

En fait, l'immatriculation ethnico-régionale de la société est dans une large mesure exacerbée par le travail des acteurs manipulant la fibre identitaire. C'est dire que la politisation de l'ethnicité acquiert dans le contexte de libéralisation politique, une dimension particulière. En réalité, le débat constitutionnel amorcé au Cameroun depuis 1991 et finalisé en 1996 a contribué à donner une résonance à la construction des spécificités locales et à ancrer officiellement l'enjeu identitaire dans le champ politique local. De fait, le retour au multipartisme s'est soldé par un jaillissement inattendu des flammes de l'ethnicité dans le jeu politique et institutionnel. Il s'est dès lors posé le problème du rapport de la démocratie aux différences ethno-régionales. La mobilisation des clivages ethno-identitaires entend insérer ceux-ci dans l'univers des rapports sociaux au Cameroun, à la fois dans le champ des acteurs et des enjeux qui donnent un sens spécifique dans une conjoncture précise. Le mode ethno-régional d'action politique, dans la perspective de la mobilisation *«fait référence au processus d'organisation des ressources "identitaires", de "l'ethnicité morale", de structuration primordiale d'une démarche de pouvoir»*¹⁵.

Ceci étant, le lancement en mai 1993 du "débat national" devant, dans le cadre de la reformulation du pacte social, adapter la Loi Fondamentale à la nouvelle donne sociopolitique, favorise l'émergence sur la scène politique nationale et/ou locale des groupes, symboles de la représentation des régions et/ou des ethnies, des entreprises de prise de parole en faveur des ethnies et des identités. C'est à la vérité, un moment de mise en veilleuse, voire de temporisation de l'unité nationale qui avait jusque-là donné le sentiment aux groupes ethniques juxtaposés qu'ils forment une seule et même entité. Les revendications des seigneurs identitaires portent à la fois sur la nécessaire prise en compte des spécificités locales et sur la problématique de l'anglophonie légitime.

¹⁵ Sur le concept de la mobilisation des ressources, CHAZEL F., « Les mouvements sociaux », *Traité de sociologie*, Paris, PUF, 1992, Pp.263-312.

D'après cette logique en 1991, le "Laakam" entendu comme le "Conseil Supérieur des Intérêts Bamiléké" passe à une tonalité plus offensive. En effet, dans le "Livre vert" se pose clairement le "problème Bamiléké" qui se résumerait en ces termes : «*la place, le rôle, la participation et la contribution de l'ethnie Bamiléké aux affaires du pays et à sa gestion politique et économique*»¹⁶. Cette structure présente le régime du Renouveau comme menant «*une guerre ouverte contre une partie de la communauté nationale*»¹⁷, d'où l'option pour des rapports antagoniques entre l'ordre dirigeant et cette ethnie caricaturée comme suit : «*S'il y a trente ans d'histoire d'État camerounais, c'est trente ans d'oppression systématique contre les Bamiléké*»¹⁸. Certes, ces constructions idéologico-politiques s'inscrivent dans le cadre de la revendication de l'ethnie Bamiléké envers l'État pour la matérialisation de l'intégration nationale, mais en réalité elles se posent en véritables démarcations identitaires qui ne vont pas laisser les autres ethnies indifférentes. La Conférence Tripartite tenue à Yaoundé du 30 octobre au 17 novembre 1991 et réunissant Gouvernement, partis politiques et société civile se pose en lieu de prise de la parole aux fins de la valorisation d'autres spécificités. Elle offre également une tribune à l'hypothèse de la défense des droits des autochtones, des minorités.

Deux acteurs émergent sur ce plan, à savoir M. EMAH OTTOU, président du parti dénommé Rassemblement des Forces Progressistes et le Chef Supérieur Sawa, sa majesté ESSAKA EKWALA ESSAKA. Le premier, parlant sans doute au nom des Beti demande de ne point confondre "intégration nationale et conquête nationale". Le second quant à lui propose qu'une disposition constitutionnelle protège les minorités¹⁹. C'est dire qu'au regard de la tonalité des revendications et même de leur ampleur qu'il plane sur le pays, au nom de l'ethnisme, un risque d'éclatement à perpétuité. Ce qui est perceptible à travers la montée au créneau de M. EMAH OTTOU, s'apparente à une mise en veilleuse de la différenciation partisane pour contribuer en tant qu'élite à la préservation du terroir « Beti » et, bouter hors de celui-ci les Bamiléké, qui du fait de l'émigration et de leur implantation massive sur cette portion du territoire national, sont considérés comme des envahisseurs. Cette prise de position du reste presque partagée par les élites Beti des autres partis politiques, dévoile que la différenciation entre parti

¹⁶ *Le livre vert. La question Bamiléké. Parlons-en*, par le Conseil Supérieur des Intérêts Bamiléké, 1991, p.5.

¹⁷ *Ibid*, p.6.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Cette volonté venant de nombreuses régions du pays notamment du Centre, du Sud et de l'Est, mais impulsée sans doute par le Chef Sawa ESSAKA servira de guide à l'élaboration du préambule de l'avant-projet de Constitution soumis au débat en 1993. En effet, ce préambule affirme "la constante détermination du peuple camerounais de protéger les minorités", *Cameroon Tribune* du 18 mai 1993, p.1.

au pouvoir et partis de l'opposition n'est pas étanche. Par le jeu de l'ethnicité, elle connaît des frontières et entraîne une interdépendance entre partis, indépendamment de leur obédience lorsqu'il s'agit d'une question touchant à la « supertribalisation » ou à la préservation des acquis locaux.

À l'investigation des « seigneurs » identitaires en quête de popularité, la constitution du 18 janvier 1996 dans sa phase d'adoption a laissé éclore une opposition farouche entre les députés du parti au pouvoir. Ainsi, les honorables députés Nicolas AMOUGOU NOMA et Albert DZONGANG confrontent leurs points de vue et se livrent à un chassé-croisé verbal et apparemment violent en rapport avec les notions d'allogènes et d'autochtones. En effet, en dépit de leur appartenance au même parti politique, les stratégies de ces deux opérateurs politiques épousent les contours de la défense des intérêts de leurs groupes ethniques respectifs³⁸⁷. Les prises de position de ces deux membres du parlement, appartenant tous au RDPC mais issus des groupes ethniques distincts, révèlent que l'homogénéité officiellement présumée des partis n'est pas absolue. Elle connaît des bémols à travers la prise de parole des élites en rapport avec la question de l'appartenance au terroir. Ces glissements sont d'ailleurs amplifiés au sein des diverses régions du pays, en particulier dans les régions du Littoral, de l'Adamaoua et de l'Extrême-Nord où, sous l'instigation des élites du parti au pouvoir, Bamiléké et Sawa, Baya et peuls puis, Arabes-Choas et Kotoko, connaissent de fortes empoignades liées à l'appropriation du terroir. Au constat, l'ethnie symbolise le cadre de la parole autorisée sur la réforme constitutionnelle. C'est un moment de cristallisation identitaire, de reconnaissance et d'affirmation des identités et des spécificités ethno-régionales. Bien plus, les usages de l'ethnicité à des fins politiques s'apparentent à une caractéristique fondamentale du champ politique local au Cameroun. C'est dire que l'instrumentalisation de l'ethnicité devient une technologie partisane qui surclasse le clivage parti au pouvoir/partis de l'opposition. L'observation de la scène politique confirme amplement cette perspective à travers l'instrumentalisation³⁸⁸ du conflit Arabes Choas-Kotoko par le parti au pouvoir et celles de l'ethnicité Kirdi par le MDR.

Les usages politiques du conflit entre Arabes Choas et Kotoko révèlent que la discontinuité politique, c'est-à-dire le passage du pouvoir des mains de M. AHIDJO à celles de M. BIYA a eu pour corollaire le changement d'allié politique à l'Extrême-Nord du pays. Il devient manifeste de relever qu'à chaque République correspond une logique instrumentale vis-à-vis de

l'ethnicité. Dans ce sens, le changement de direction politique au Cameroun a eu sur ce conflit un effet de basculement, de renversement de tendance entre les deux groupes ethniques par rapport à leur relation à l'ordre dirigeant. La source historico-politique²⁰ de la gestion différentielle du conflit a ouvert la voie à sa continuité manufacturée au Cameroun. Dès lors, en privilégiant les allogènes – (Arabes-Choas) aux Kotoko – (autochtones dans cette localité), le pouvoir en place non seulement s'inscrit en faux contre la Constitution qu'il a lui-même façonnée, mais surtout démontre son aptitude à recourir à la gestion différentielle des situations politiques au gré de ses intérêts. C'est la valorisation d'une autochtonie politiquement conditionnée ou d'une application constitutionnelle de protection des droits des populations autochtones à variabilité locale qui semble s'en dégager.

Il s'agit là d'un phénomène qui pourrait éclairer la sociologie de la politisation de l'ethnicité au Cameroun en ce sens que le département du Logone et Chari est révélateur au regard de l'instrumentalisation dont les ethnies y sont logées font l'objet - « *d'une crise de la notion d'appartenance* »³⁹¹ au contact du pluralisme idéologique et politique. En vérité, l'on assiste ainsi à une mutation des rapports de force entre Arabes-Choas et Kotoko. Le changement d'allié électoral orchestré par le parti au pouvoir emporte que les rétributions politiques bénéficient davantage aux Arabes-Choas qu'aux Kotoko. Au modèle d'accumulation des richesses des Kotoko reposant jadis sur l'occupation des postes officiels de représentation, s'oppose celui des Arabes-Choas basé sur les circuits économiques de commerce formel et informel, d'où l'émergence des hommes d'affaires puissants tels MM. MAHAMAT TOM, ABSAQUINE, etc. En plus, l'instrumentalisation de l'ethnicité Arabes-Choas entraîne à la fois le déclin du modèle d'accumulation des Kotoko basé sur l'exploitation des circuits de l'administration au profit d'un nouveau système d'accumulation binaire reposant sur l'accaparement des circuits de l'administration et de l'économie locale, voire régionale par l'élite intellectuelle et bourgeoise d'origine arabe.

²⁰ L'opposition entre Arabes-Choas et Kotoko ne date pas d'aujourd'hui. Elle a été savamment et historiquement construite par le colonisateur dans la logique « diviser les ethnies pour mieux régner ». Par la suite, elle a été entretenue par le régime de M. AHIDJO qui a en quelque sorte suivi les traces du colonisateur en instrumentalisant l'ethnicité Kotoko, autochtone. Depuis l'arrivée de M. BIYA, l'allié politique a changé et se trouve être aujourd'hui être les Arabes-Choas au demeurant allogènes dans ce département. Sur les tensions entre les groupes ethniques au Cameroun, SINDJOUN Luc, « Le champ social camerounais : désordre inventif, mythes simplificateurs et stabilité hégémonique de l'Etat », *Politique Africaine*, n°62, juin 1996, p.61 ; BAYART Jean François, GESCHIERE Peter, NYAMNJOH F., « Autochtonie, démocratie et citoyenneté en Afrique », *Critique internationale*, n°10, janvier 2001, p.178.

L'argent en tant que ressource politique étant prisé sur le marché politique local et adoubé par le soutien du parti au pouvoir et la bienveillance des chefs de circonscriptions administratives locales, le rayonnement des Arabes-Choas depuis le retour au pluralisme en 1990 ne s'en trouve que justifié. En dépit du phénomène des coupeurs de route qui hante leurs richesses²¹, les Arabes-Choas semblent bien tirer le meilleur dans leurs rapports clientélistes avec le parti au pouvoir, le RDPC.

Au Cameroun, les faits seuls suffiraient à discréditer en vue aussi étroite qui traite comme un postulat de portée générale une proposition qui doit plutôt être considérée comme un constat local ponctuel.

Le modèle des clivages s'interroge sur les fondements socioculturels et sur les origines idéologiques de l'opposition entre les différents partis en compétition pour l'accès au pouvoir²². Ainsi, il convient de présenter la formation de l'identité ethnique en politique.

B- La formation des identités ethniques et d'organisation à base ethnique

L'avènement du processus démocratique dans certains pays d'Afrique est porteur d'une ère nouvelle, celle du multipartisme. De ce point de vue, on assiste à l'émergence des nouvelles catégories d'acteurs (société civile et partis politiques notamment), à l'apparition d'une nouvelle classe d'intellectuels, et à la structuration des organisations syndicales. Le rôle des Églises dans le processus de démocratisation se renforce. On note également la volonté d'une population déterminée à s'engager dans le combat politique pour un changement démocratique. Tout ceci est largement fondé sur des bases ethniques, qui ont servi depuis longtemps de définition identitaire comme de lignes de fractures au sein des sociétés. Cette situation préexistante au multipartisme y trouve un terrain naturel pour se déployer dans de nombreux pays. Pour John Rex, « l'ethnicité est quelque fois envisagée comme un enjeu d'institutions locales, culturelles et politiques. C'est dès lors qu'elle peut faire l'objet d'ethnicité instrumentalisée »²³. Jean-François Bayart parle « d'instrumentalisation de la part des différents partis qui s'engagent dans la course au pouvoir ».²⁴

²¹ Cette version nous a été donnée au cours de nos entretiens.

²² DORMAGEN Jean Yves et MOUCHARD Daniel, *Introduction à la sociologie politique*, 3^e éd, de Boeck, 2012, p.113.

²³ REX John, *Ethnicité et citoyenne. La sociologie des sociétés multiculturelles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 23.

²⁴ BAYART Jean François, *L'État en Afrique : la politique du ventre*, Paris, Fayard, 1986, p. 66.

Il pense qu' « on ne peut pas nier l'existence, voire l'irréductibilité des consciences ethniques »²⁵. Cela veut dire que le jeu démocratique va rapidement se cristalliser sur ces consciences ethniques, ce qui dans une certaine mesure a été à l'origine de l'échec des transitions démocratiques dans certains pays noirs africains.

En Afrique subsaharienne en général et au Cameroun en particulier, les tensions entre les différents groupes ethniques prennent naissance à partir de la manipulation des identités ethniques par les politiques²⁶.

En effet, dans ces pays, le clivage ethnique a pris le dessus sur l'intérêt commun et a ébranlé le système démocratique. Les rivalités et la mise en compétition entre partis politiques se sont faites sur une base ethnique et non démocratique. Même les Eglises, qui pourtant prônent un message de paix, d'amour, de réconciliation n'ont pas échappé aux clivages ethniques qui ont affecté différents corps ecclésiastiques²⁷. Les populations elles-mêmes dans leur majorité adhèrent au parti de leur choix non parce qu'il porte un projet de société, mais par une motivation fondée sur la fibre ethnique. Tout se passe comme si chaque ethnie rêvait s'approprier du pouvoir, si nécessaire au détriment des autres.

Dans certains pays, le multipartisme construit sur ces clivages ethniques a agi comme un antidote à la culture démocratique et pluraliste. Selon Jean-François Bayart, « les idées et les sentiments tribalistes sont exploités par certains acteurs pour se créer une clientèle qui puisse les aider à satisfaire leurs intérêts et leurs ambitions égoïstes²⁸.

Pour J. Lonsdale, « lorsque l'ethnicité est exploitée par des politiciens pour des fins politiques, généralement elle dégénère en tribalisme politique entraînant une lutte d'un groupe avec un autre »²⁹. Cette logique de division a une origine lointaine ; elle va prendre une ampleur inimaginable dans certains États d'Afrique subsaharienne débouchant parfois sur des guerres civiles. Le cas de la Côte d'Ivoire en 2002 et 2011 est très illustratif à cet égard.

²⁵ Ibid.

²⁶ KASSAWA KOLEMAGAH, « Pluralité ethnique, source des conflits en Afrique », Tribune, n° 235.

²⁷ ANBOUNA Paul, *Le pouvoir de l'ethnie*. Introduction à l'ethnocratie, Yaoundé, L'Harmattan, 2011; KEMGUEU FEKOU Hugues Danie, « Le pouvoir politique à l'épreuve de groupes socioculturels. Analyse du ménage État-identités au Cameroun ». In *Revue géopolitique Africaine*, n° 58 de juin, septembre et décembre 2016.

²⁸ BAYART Jean François, *L'État en Afrique...op. cit.*, p. 67.

²⁹ LONSDALE John, « Ethnicité morale et tribalisme politique » *op. cit.*, pp. 100-101.

Par ailleurs, vue de loin, la politique subsaharienne en général et la politique camerounaise en particulier apparaît comme un effet étrange et exotique. Des factions qui s'affrontent au sud du Sahara semblent plus souvent porter des noms d'ethnie que des étiquettes des partis, des mouvements, ou de fronts ; des ethnies dont les traditions et les rivalités seraient figées depuis des temps immémoriaux. Pour s'imposer, toutes les nouvelles structures politiques postcoloniales se sont appuyées sur les pseudo-groupes ethniques (redéfinies suivant le cadre qui convient le mieux au maître), les anciennes ethnies sont mises en compétition, en opposition pour la grande gloire du groupe dominant. Le but recherché ce sont : les privilèges, le pouvoir, l'argent. Il s'agit d'une nouvelle « bourgeoisie de peau noire » qui s'est constituée en remplacement et en complicité avec l'ancienne « bourgeoisie blanche » d'essence occidentale. Cette nouvelle classe se construit sur l'exclusion ; elle instrumentalise les ethnies locales et utilise les dérives néo-ethnographiques.

En Afrique subsaharienne de manière générale, le constat est que rien n'est fait pour masquer ou occulter le discours ethniciste. Bien au contraire, les découpages coloniaux sont maintenus et servent de base aux structures administratives modernes³⁰. Il est ainsi assez fréquent de voir dans un hémicycle cohabiter, avec des niveaux de pouvoirs identiques, des députés représentant chacun son « groupe ethnique » sans tenir compte de la taille ou de la densité de la population qui constitue ce groupe. Il se crée lentement un nouvel espace soudé autour de la recherche exacerbée du pouvoir à la fois économique et politique.

Sous la colonisation, les puissances coloniales s'étaient appuyées sur des groupes ethniques pour diriger leurs colonies. Elles s'inscrivaient naturellement dans la logique politique de diviser pour mieux régner. Le manque de cohésion dans la formation des États et le fait de s'appuyer sur un groupe ethnique, pour mettre la main sur les nouveaux États afin de continuer à les gouverner à distance, ont fait développer la prééminence de l'ethnicité dans la compétition politique pour le contrôle des ressources dans la plupart des pays africains. Il a été démontré que « l'ethnicité en Afrique, loin d'être primordiale avait été créée ou, tout au moins, implantée par les stratégies coloniales de division (...) les chercheurs s'accordent en général pour dire que c'est davantage depuis le régime colonial qu'avant celui-ci que l'ethnicité a été un principe d'association politique

³⁰KARAMOKO OUATTARA Ladj., Les frontières en Afrique : héritage du passé colonial, enjeu actuel, Institut de Recherche et d'Enseignement sur la paix, NDR N° 11 Juillet 2014.

et de conflit »³¹. Les nouveaux dirigeants, imitant les pratiques coloniales, ont renforcé cette tendance en manipulant les traditions. Le Chef de l'Etat et les membres du gouvernement ont tendance à s'appuyer sur les membres de leur ethnie. Cette attitude peut se traduire comme une normalité mais, il y a une certaine exagération dans la manière dont ces ressources ethniques sont mobilisées, et surtout sous sa forme instrumentale.

La construction d'une société civile efficace pose comme préalable un véritable travail sur les mentalités amenant à considérer le pouvoir politique comme un instrument au service de toutes les couches de la population et non pas comme un instrument entre les mains d'une seule région ou ethnie. Conscient de cette réalité, Bertrand Badie estime que « *le tribalisme constitue un véritable frein à la construction d'une société juste et égalitaire dans certains pays d'Afrique ...* »³². En effet, partisan d'une vision de l'universalisation du modèle de la société civile, il souligne que « les bâtisseurs d'État se doivent de réduire les modes d'identification particulariste qui entravent la construction d'une allégeance citoyenne »³³. En fait, la notion de « tribalisme régionaliste » est une réalité au Cameroun depuis la libéralisation de la vie politique du début des années 1990 et elle se poursuit actuellement.

Si la création des associations n'est pas en soi une réalité nouvelle dans l'espace associatif national, il reste que le phénomène des assemblées tribales est une réalité qui s'est accrue avec la vague de démocratisation de la vie politique. En effet, depuis l'avènement de la démocratie et du multipartisme dès le début des années 1990, l'essentiel des textes constitutifs affirme la reconnaissance officielle par l'État des particularités ethniques, tribales ou régionales. Ainsi, l'essentiel des textes constitutifs de la nouvelle donne politique aborde la question dans ce sens. Pour promouvoir l'identité ethnique, tribale, régionale depuis longtemps piétinées, les ethnies, les tribus et les régions d'une manière générale, se sont constituées de plus en plus en associations que Xavier Bienvenu Kitsimbou appelle « assemblées tribales »³⁴.

³¹ « Afrique : 50 ans d'indépendance », *Revue internationale de politique de développement*, Poldev 2010, n° 1, publiée par The Graduate institute/Geneva, mars, p. 30.

³² BADIE Bertrand, *L'État importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 1992, p. 117.

³³ Ibid, p. 117.

³⁴ KITSIMBOU Xavier Bienvenu., « La démocratie et les réalités ethniques au Congo », Thèse de doctorat en science politique, Université de Nancy II, 1994, p. 91.

Depuis l'apparition des assemblées tribales dans le paysage politique et institutionnel en Afrique subsaharienne en général et au Cameroun en particulier, celles-ci se substituent de plus en plus aux partis politiques. Placées le plus souvent sous la direction des hommes politiques, ces associations apparaissent comme des mouvements politiques, des groupes de pression vis-à-vis des institutions publiques. La région, à travers ces composantes ethniques et tribales dans certains pays par exemple, forme un front unique et uni pour soutenir une candidature unique comme l'observe Alhassane Baldé³⁵. Ce qui exclut toute tentative du ressortissant d'une telle association de se positionner dans une éventuelle compétition électorale contre un candidat désigné par l'association. Cette situation est une réelle menace pour la construction nationale.

Tout comme ces assemblées se substituent de plus en plus aux groupes de pression pour exiger du pouvoir central, la nomination aux postes à pouvoir des ressortissants de leurs régions en résulte³⁶. Par ailleurs la décentralisation prônée en Afrique en général et au Cameroun en particulier peut avoir des fâcheuses conséquences dès l'instant où la concurrence interrégionale peut se muer en concurrence interethnique.

Au-delà des risques que ces assemblées peuvent faire courir à ces jeunes démocraties, si ceux-ci ne sont pas pris en compte par les pouvoirs publics, il convient de signaler l'importance de ces assemblées pour la prise de conscience des citoyens de leur identité. Ces derniers essaient d'exprimer à travers des débats et de la liberté d'expression dont ils jouissent au sein de leur groupement, liberté dont ils n'ont peut-être pas eu l'occasion d'en disposer sur l'échelon national. Les conséquences que la réalité ethnique³⁷ entraîne dans le cadre des relations interethniques s'observent avec beaucoup d'acuité sur le plan des consultations électorales. Celles-ci deviennent un enjeu de taille pour les communautés nationales dans la valorisation de leur identité.

Au sud du Sahara, la mobilisation à caractère identitaire s'est construite sur un discours de dénonciation du fameux tribalisme ou ethnicisme du parti au pouvoir. C'est comme qu'est saisie,

³⁵ BALDE Alhassane, *L'ethnie à l'épreuve des enjeux politiques. Réflexion sur le cas guinéen*, communication à la conférence internationale, « Statistiques sociales et diversité ethnique doit-on compter, comment et à quelles fins ? », organisée par le CIQSS et l'INED, Montréal du 6 au 8 décembre 2007.

³⁶ Cette situation est bien observée au Cameroun à travers la prolifération des memoranda depuis quelques années déjà.

³⁷ KEMGUEU FEKOU Hugues Danie « Identités, pouvoir politique et construction nationale : une analyse comparative à partir des scènes politiques subsahariennes », Thèse de doctorat en Science politique, Université de Douala, 2017, p.39.

par une partie des populations exclues la détention excessive à tous les postes de décision dans l'appareil administratif et militaire de l'État postcolonial, des originaires de la même région que le président.

Les personnes victimes d'exclusion dans le présent (futurs inclus) ne font jamais et à aucun moment fonctionner les réflexes de solidarités dites tribales ou ethniques, pour résoudre au niveau du groupe autochtone et politique les problèmes sociaux. Pour que cela marche comme un mythe, ils politisent tous les problèmes (sanitaires, sociaux, culturels, économiques, etc.) mais commettent tous l'erreur de promettre à ceux qui ne profitent pas du système un meilleur accès aux ressources de l'État et de l'administration sur le fondement d'apparence ethnique. En dépit de tout cela, le facteur ethnique est un facteur majeur dans le jeu électoral.

II- LA FORCE DE L'ORGANISATION ETHNIQUE : UN FACTEUR DETERMINANT DANS LE JEU ELECTORAL

Le champ de la compétition électorale, c'est un lieu où s'organisent les relations de concurrence, de coalition et de transaction entre acteurs politiques en quête du droit de représenter et d'agir au nom des gouvernés³⁸, soit sur le plan local ou soit sur le plan national, n'est pas donné. C'est un champ de forces historiquement situé qui résulte des luttes politiques devenues visibles à partir de 1990 au Cameroun³⁹. Cette partie présentera la construction de la compétition ethnique (A) et la mobilisation ethnique comme éléments déterminants du jeu électoral (B).

A- La construction de la compétition ethnique

Il est généralement admis que toute action sociale suppose une réalité sur laquelle il faut agir. Nous ne nous situons pas ici au simple niveau d'une réalité sur laquelle il faut agir, mais de monter à la construction de cette réalité avant de l'envisager comme déterminant de l'action. Le terroir comme variable politique s'imposant aux partis dans leur action, se veut donc essentiellement construit ; et c'est à l'aune de cette construction qu'ils définissent leurs stratégies. Il est vrai sur le plan textuel que l'idée qui est faite du terroir, selon la conception de l'État, est celle d'une unité et d'homogénéité. Ceci se justifie par l'adoption constitutionnelle du critère

³⁸ SINDJOUN Luc, « Élections et politique au Cameroun : concurrence déloyale, coalitions de stabilité hégémonique et politique d'affection », op. cit., p.91.

³⁹ SINDJOUN Luc « Cameroun : le système politique face de la transition démocratique (1990-1993) », *L'Afrique politique*, Paris, Karthala, 1994, pp. 143-167.

national comme élément de reconnaissance des partis politiques⁴⁰. Si pareille posture pouvait aisément se comprendre dans le sens d'une approche en termes d'étatisation de la société, dans la perspective d'une approche par socio-genèse ou par socialisation de l'État, elle serait inadaptée. À ce niveau d'analyse, nous ne privilégions plus la construction et la promotion des schèmes de perceptions de terroir par l'État, dans ses prérogatives de gouvernementalité ; nous nous attelons au contraire, à interroger la manière dont les partis politiques les déconstruisent, les reconstruisent ou alors les reproduisent *in extenso*. En toute hypothèse, il s'agit ici de replacer les partis politiques au centre de l'action de construction et de déconstruction d'un référentiel territorial. Nous réfutons l'idée selon laquelle « *les partis politiques déploient leurs activités dans le cadre étatique qui se pose en s'imposant comme un espace déjà organisé et structuré* »⁴¹. Le déterminant officiel de la reconnaissance des partis politiques fait donc l'objet d'un contournement, d'une déconstruction au gré des stratégies et des moyens d'action partisans. C'est également ce que reconnaît Célestin KAPTCHOUANG⁴² quand il relève qu'une lecture croisée des dispositions textuelles et l'activisme partisan révèle les imbrications entre l'implantation locale des partis politiques et leurs potentialités réelles en termes des ressources mobilisables. L'inégalité perceptible entre l'organisation locale de divers partis politiques au Cameroun rend compte de la construction différentielle de la variable territoriale, qui expose au grand jour les écueils relatifs à une trop grande prise en compte de l'organisation formelle ainsi que remarque OFFERLE⁴³. Il est donc question ici de faire le chassé-croisé entre la conception différentielle du terroir par le parti dominant et l'opposition d'une part, ses imbrications dans l'organisation partisane d'autre part.

Les partis politiques camerounais, en tant qu'aires de socialisation et d'encadrement des militants, sympathisants et adhérents, dans l'optique de la promotion d'une certaine culture politique, se révèlent d'une place primordiale pour ce qui est de la définition périphérique de leur rapport au territoire. Pour s'en convaincre, il est nécessaire de questionner leur organisation et leur fonctionnement à l'aune de l'impératif de gestion du territoire dans sa diversité. L'action des partis politiques dans le système politique camerounais comme ailleurs, se veut éminemment territoriale.

⁴⁰ KAPTCHOUANG TCHEJIP Célestin, « Partis politiques et démocratie locale au Cameroun : analyse de la compétition locale », op. Cit., p. 392.

⁴¹ Idem.

⁴² SINDJOUN Luc, « Comment peut-on être opposant au Cameroun ? Politique parlementaire et politique autoritaire, op. cit., pp.102-166.

⁴³ OFFERLE Michel, *Les partis politiques*, op. cit., p. 57.

Toutefois, par territoire il faut l'entendre non pas seulement au sens physique ou topographique, qui constitue le rapport des processus de mobilisation, mais aussi et surtout sa dimension sociologique qui incarne l'objet des manœuvres de mobilisation. Une fois rappelée l'importance de la prise en compte de l'ambiance du territoire, il devient urgent pour nous de voir comment les partis politiques, outre les considérations tenant au cadre formel et normatif, se construisent une certaine idée, une perception voire une représentation du territoire qui conditionne le fonctionnement et leur logique organisationnelle. En réalité, le territoire est une variable dont la conquête nécessite des moyens financiers.

En effet, la détention des capitaux est un élément déterminant dans le processus de construction et de diffusion d'une imagerie territoriale par les partis politiques. Vu sous ce prisme, la mobilisation différentielle de ces ressources entre le parti dominant et l'opposition induit nécessairement une certaine variabilité du référentiel territorial, tel que défini par les partis. Dans un premier temps, l'imagerie territoriale se caractérisera par sa conception intensive ou restrictive et, dans un second temps, il s'agira de mettre en évidence la pertinence d'une construction extensive.

En ce qui concerne les partis d'opposition ou les partis de néophytes, leur rôle dans le jeu politique national est matière à débat. Les partis politiques de la génération 1990, dans leur volonté de construire de véritables contre poids à l'emprise du RDPC, se doivent de se doter d'une représentation du territoire qui structurerait leur action. À l'analyse des structures des quelques partis cibles de la présente étude, il ressort consécutivement à la modicité de leurs moyens matériels, que ceux-ci se donnent une représentation réduite du territoire leur permettant d'allier besoin de contrôle de l'espace et ressources limitées. C'est en effet, cette représentation restrictive du territoire qui fait que l'extension du territoire ne se perçoit plus sous le prisme centre-périphérie, mais se limite au niveau de la semi périphérie à des fins de coordination et de supervision du militantisme.

Conformément au statut de ces nouveaux partis politiques du néo pluralisme de la libéralisation post guerre-froide il ressort qu'il y a une organisation territoriale reposant sur une structure régionale ou départementale servant d'intermédiaire entre la base et la direction nationale. Cette structuration territoriale des partis, avec un organe régional ou départemental comme clé de voûte, permet de constater que ces organisations tendent à s'organiser en structures

globales ayant en leur sein, un ensemble de petits comités liés les uns aux autres par des mécanismes coordinateurs⁴⁴. Ces unités intermédiaires jouent le rôle de relais entre l'échelon local et celui national.

Le dimensionnement territorial des partis néophytes donne donc à voir une trop grande importance accordée à la fonction de coordination des échelons départementaux et régionaux. Ainsi, la limitation de la forme de solidarité territoriale à ces deux niveaux relève d'un pragmatisme justifié par leur force de pénétration relativement marginale de l'espace national dans son ensemble. La volonté avérée ici est d'« *analyser les ressources dont ils disposent et les énergies emmagasinées dans des circonférences politiques qui ne dépasseraient pas leurs potentialités tangibles* »⁴⁵.

Contrairement aux partis d'opposition, qui d'une manière ou d'une autre, sont contraints à une conception intensive d'une imagerie territoriale, le RDPC est pour sa part, porté par une volonté manifeste de quadrillage de l'ensemble du territoire national. Il est vrai que l'antériorité positionnelle sur le champ politique y est pour beaucoup, mais c'est davantage la capitalisation des dividendes relatifs à la monopolisation du champ politique qui constituera un avantage décisif pour le parti dominant. Autant dans les partis d'opposition il aura été question de la consécration du département et de la région comme niveau supérieur d'encadrement des populations locales, autant dans le RDPC il s'agit de la disqualification de ces deux échelons dans la volonté d'encadrement des populations locales. Là où les autres partis semblent consacrer les zones urbaines, le parti dominant, lui, met sur orbite les zones rurales. On remarque donc aisément l'écart qu'il y a entre un contrôle territorial de proximité et un contrôle territorial distancié tel que pratiqué par les partis néophytes. S'il se trouve là consacré la construction intensive du territoire sur le plan quantitatif du fait de la multiplication des structures locales, il est à noter que celle-ci procède également d'un embonpoint, du fait de la diversification de ces structures locales⁴⁶. Si la compétition ethnique est une variable déterminante dans le jeu politique, il s'avère également nécessaire de s'intéresser à la mobilisation ethnique comme démonstration de force.

⁴⁴ DUVERGER Maurice, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1976, p. 47.

⁴⁵ KAPTCHOUANG TCHEJIP Celestin, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ Ceci se lit à l'aune de la création des structures parallèles supposées représenter certaines catégories sociales à l'instar des jeunes et des femmes. C'est ce qui explique la création tant au niveau national qu'au niveau local de l'organisation des femmes du rassemblement démocratique du peuple camerounais (OFRDPC) et l'organisation des jeunes du rassemblement démocratique du peuple camerounais.

B- La mobilisation ethnique comme une démonstration de force

La mobilisation électorale désigne un ensemble d'actions mises en œuvre par les acteurs politiques en campagne électorale pour un mandat électif, afin d'informer, de propager, de diffuser une offre politique et de persuader les électeurs de s'y rallier et d'apporter au candidat leur préférence, leur soutien et leur vote. Ainsi, la mobilisation électorale est perçue comme un cas particulier de la mobilisation politique, qui intègre à la fois, un répertoire d'actions qui vise à capter l'attention du public, des acteurs ou candidats engagés dans une compétition pour désigner le titulaire d'un mandat électif. Les candidats proposent un ensemble de choix politiques programmatiques possibles afin d'intéresser les électeurs. Ceux-ci manifestent leur intérêt pour l'offre proposée en apportant leur soutien au candidat de leur choix ou en votant pour lui. Cette dernière composante qui concerne le vote, souligne la relation que la mobilisation entretient avec la participation. La mobilisation électorale comporte un répertoire de modalités d'actions, d'acteurs et une offre politique qui peut susciter au terme d'une campagne électorale, la participation des électeurs.

Ernest-Marie Mbonda fait remarquer que les moments de compétitions politiques ont toujours été des moments de grandes mobilisations ethniques et les compétitions électorales se transforment en guerres de tranchée interethnique. L'ambition exprimée par un parti politique de prendre le pouvoir est perçue comme la volonté pour l'ethnie composant majoritairement ce parti d'arracher le pouvoir à l'ethnie qui le détient⁴⁷. Il indique que cela permet alors de comprendre pourquoi les plus violentes manifestations de « xénophonie » jamais enregistrées au Cameroun eurent lieu en 1992, lors de la première élection présidentielle pluraliste⁴⁸. Les groupes d'intérêts tribaux s'employèrent à faire croire aux populations que leur intérêt (en termes de positions sociales les plus enviées, de facilités de crédits et d'obtention des marchés parapubliques, des bourses d'études, etc.) résidait dans l'accession (ou le maintien) au pouvoir d'un « fils du pays » et que toute autre alternative ferait courir à la tribu le risque de la souffrance, de l'exclusion, de la marginalisation économique et politique⁴⁹.

⁴⁷ MBONDA Ernest-Marie, « La justice ethnique comme fondement de la paix dans les sociétés pluriethniques. Le cas de l'Afrique ». In BOULAD-AYOUB Josiane. et BONNEVILLE Luc., *Souverainetés en crise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, pp. 451-500.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

Le phénomène est plus profond qu'on peut le supposer, car en Afrique subsaharienne en général et au Cameroun en particulier l'immaturation des électeurs d'une part, et l'analphabétisme d'autre part se posent avec acuité. Aussi longtemps que l'analphabétisme sévira dans ces sociétés, le phénomène semble avoir des beaux jours devant lui. Le phénomène peut subsister, mais on ne peut plus comparer dans la mesure où la population dispose d'un niveau d'éducation acceptable, avec un taux d'alphabétisation avoisinant les 90%. Ce qui n'influe pas pour autant sur le caractère ethnique du vote des électeurs.

Ici, l'immaturation politique des citoyens peut en partie justifier cet état de fait. Il y a lieu de le souligner avec force que la population subsaharienne de manière générale et celle du Cameroun en particulier est fortement ethnicisée, et l'identification ethnique est très marquée. Par ailleurs, si ce phénomène peut avoir un impact à court terme sur la vie politique en raison de l'usage ethnocentrique que certains leaders politiques peuvent faire des résultats. Il est avéré que les ethnies soient une composante intégrante et intégrée de ces populations et qu'à ce titre l'ethnicisation du vote sera à coup sûr perceptible quels que soient les cas de figure qui peuvent être engagés dans un avenir proche. Ceci dit, il n'est pas préjudiciable que le vote soit ethnique ou que l'on vote sur des bases affinitaires, car ici, le vote doit être interprété comme le procédé par lequel l'on donne confiance à une personne proche en qui l'on a la certitude de défendre fidèlement ses aspirations. Ce qui n'est plus du reste le cas lorsque le candidat est élu. Et cela explique aussi le fait que les partis politiques tiennent de plus en plus compte des origines ethniques dans la désignation de leur candidat aux différentes consultations politiques. Analysant ce phénomène, Pierre François Gonidec estime que « dans tous les cas, le problème ethnique revêt une importance capitale dans les Etats où le polyethnisme continue de caractériser les structures sociales, car même dans les grands centres urbains, les solidarités ethniques demeurent solides et informent la participation à la vie sociale »⁵⁰. Ce phénomène qui est à la fois complexe en ce qu'il compromet les données d'une saine démocratie, et est justifié en ce qu'il trouve ses lettres de noblesse dans un contexte socio-environnemental des sociétés subsahariennes. Il s'exprime particulièrement et se vérifie lors des différentes consultations électorales.

A l'analyse des élections tenues dans les années 1990 jusqu'en 2011, la carte électorale de certains pays montre que les candidats réalisent toujours leurs meilleurs scores dans leurs

⁵⁰ GONIDEC Pierre François, *L'État africain. Évolution –fédéralisme centralisation et décentralisation*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1985, p. 173

départements d'origine et, plus largement, dans les zones d'implantation de leurs communautés ethnolinguistiques⁵¹. Quant aux partis, en dehors de l'élection des fils du terroir, leurs meilleurs résultats sont réalisés dans les communautés d'origine de leurs leaders. Les résultats issus de ces différentes consultations attestent le caractère ethnique de la vie politique subsaharienne et ceci à titre indicatif.

L'importance du vote ethnique tel qu'il est décrit ci-dessus, constitue une grande menace pour le processus démocratique. Menace parce qu'il permet d'affermir les identités ethniques au détriment de l'intérêt supérieur de la nation d'une part, les institutions élues constituent par ce biais un véritable miroir de la réalité ethnique, donc ne favorise pas un élan démocratique d'autre part. Aussi, pour faire face à cette réalité, les partis politiques font insérer dans la classe des élus et dans des circonscriptions des personnalités qui ne sont pas originaires, pour tenter d'atténuer par-là le favoritisme ethnique qui anime les électeurs dans le choix de leur représentant.

L'enjeu de survie plus que la stratégie de mobilisation, la socialisation d'un rapport au territoire au Cameroun dans sa dimension horizontale, relève d'une ingénierie partisane de mobilisation de la proximité et de la ressemblance. Ceci tient particulièrement au fait que l'acceptation de l'ordre républicain, tenant à une socialisation politique verticale, est considérée comme un acquis du processus d'étatisation. Autrement dit, la mobilisation de la ressemblance comme enjeu politique par les partis d'opposition se fait dans les limites du respect de l'ordre républicain et la macro identification à la nation camerounaise. La socialisation politique de différenciation spatiale par l'opposition n'est pas nécessairement contrairement à l'auto identification à l'ensemble national qui se fait sous les auspices de la légitimité légale-rationnelle. Contrairement aux résultats de nos enquêtes, il ressort un attachement des élèves aux logiques d'appartenance primaire, mais également à l'appartenance nationale. Le problème étant de considérer les deux ordres d'appartenance territoriale comme étant nécessairement contradictoires. L'hypothèse d'une « socialisation politique de démarcation »⁵² est justifiée par la mobilisation des solidarités primaires par certains partis politiques à des fins de survie. Il se crée ainsi une certaine dissonance entre les consécration formelles de leur statonationalité et de la réalité fonctionnelle de leur survie et leur visibilité sur la scène politique locale et nationale. C'est dans ce sens qu'il

⁵¹ Voir par exemple, les résultats de l'élection présidentielle de 2010 en Côte d'Ivoire, de 2011 au Cameroun ou encore de 2016 au Gabon.

⁵² BIWONO AYISSI Jean Pierre, *Partis politiques et crise de la représentativité au Cameroun*, op. cit., p. 43.

faut comprendre les propos de DAKOLE DAISSALA lors des législatives de mars 1992 quand il reconnaît que :

Le MDR est un parti politique qui a des visées nationales, mais cet état de chose ne devrait pas nous faire perdre de vue l'importance de notre fief qui est le grand Nord et précisément l'Extrême-nord. Il nous incombe donc de nous assurer une réelle mainmise dans cette région du pays avant d'envisager avec sérieux une éventuelle projection vers l'inconnu. En l'état actuel des choses, le MDR ne peut être pensé outre son fief⁵³.

Page | 709

D'une manière générale, l'ouverture du champ de la compétition politique dans les années 1990 aura laissé croire en une mobilisation tous azimuts des communautarismes ethno-régionaux et même sociolinguistiques. C'est progressivement que la problématique du vote ici va mettre en question l'axiome consacré entre vote et communautarisme validant l'hypothèse d'une individualisation de l'électeur⁵⁴. Malgré la lourdeur de ces pérégrinations théoriques, elles se veulent accommodantes dans la mesure où elles nous permettent de questionner la psychologie de l'électeur dans le continuum communautarisme-individualisme, qui dans le contexte camerounais pour être précis se décline suivant le double processus de territorialisation et de déterritorialisation de l'appartenance politique et du vote. Au regard des différents résultats d'élections présidentielles camerounaises, ce qui est saillant c'est l'incapacité des partis politiques d'opposition à se défaire de leur étiquetage territorial, tandis que le parti dominant aura réussi cette mue et cette désincarnation spatiale de l'appartenance politique ou du soutien électoral.

Dans les démocraties dites non libérales⁵⁵ ou relevant spécialement de la troisième vague de la démocratisation⁵⁶, la problématique du vote communautaire a été posée, non pas comme une tendance forte, mais comme un axiome rendant compte de la mobilisation politique et du soutien électoral. Loin de vouloir à naviguer à contre-courant de cette hypothèse hâtivement théorisée du vote paroissial, nous comptons ressortir deux moments, qui semblent nous permettre de rendre compte de la dynamique du comportement politique au Cameroun dans la longue durée. Si la

⁵³ Propos du Président du MDR DAKOLE DAISSALA pendant les législatives et les municipales de 1996. Propos recueillis pour le compte du quotidien à capitaux publics, *Cameroon tribune*, 22 avril 1996.

⁵⁴ Lire utilement LAVAU Georges, « L'électeur devient-il individualiste ? », in BIRNBAUM Pierre et LEGA Leca (dir), sur *l'individualisme*, Paris, PFNSP, p. 319.

⁵⁵ Concernant le concept de démocratie non libérale, lire ZAKARIA F., « The Rise of Liberal Democracies », *op. cit.*

⁵⁶ HUNTINGTON Samuel, *Troisième vague, les démocratisations de la fin du XXe siècle*, *op. cit.*

mobilisation politique dans les années de libéralisation post-guerre froide donne à voir un investissement partisan réel sur le champ de l'affectivité validant quelque peu l'hypothèse du vote communautaire, à mesure que les pratiques démocratiques se routiniseront, elle sera davantage le fait des partis d'opposition. Quoiqu'on dise les données sont claires. Nonobstant le registre d'énonciation partisane retenu, il ressort que la mobilisation politique et le soutien électoral sont optimaux dans des aires géographiques ayant un lien d'affectivité sédimenté d'avec la personne du leader charismatique ou le parti politique proprement dit.

D'après le paradigme anglo-saxon d'explication du vote et des attitudes électorales développé par les chercheurs de l'Université de Columbia, Paul LAZARFELF, Robert BERELSON et Hazel GAUDET⁵⁷, le déterminisme social est au centre de l'analyse des comportements électoraux. Selon ce modèle, " *As a person is socially, so does he/she think politically. Social habits determine preferences* " ⁵⁸. Dans une telle perspective, le vote n'est plus tant un acte individuel, mais la résultante de la multitude des groupes sociaux auxquels un individu appartiendrait. Il s'agit là de la consécration du communautarisme comme variable pertinente d'explication du vote. Celui-ci revêt plusieurs formes dont le lieu de travail ou de résidence, la tranche d'âge, l'obédience religieuse ou, plus près de nous l'appartenance ethno-territoriale. Ce modèle repose sur un postulat selon lequel les expériences et aspirations communes aux individus participent à exacerber en eux un sentiment d'appartenance qui s'apparenterait à un esprit de corps. C'est le substrat même de la formation des solidarités paroissiales dans certaines sociétés africaines.

Un autre modèle apparu plus tard sous la plume CAMPBELL et KAHN est allé plus loin dans la systématisation du vote comme étant l'expression des schèmes de perception collectifs liés à l'environnement immédiat des individus. Pour ces auteurs, tout ce qui est important dans l'analyse du comportement électoral des individus est leur background familial. La conclusion principale de ce modèle est que le choix des électeurs est la résultante de de l'affirmation d'un sentiment d'appartenance reçu et se manifestant par une loyauté transmise dans le cadre familial essentiellement. Il s'agit là d'une sorte toute particulière de solidarité primaire, dans la mesure où elle est le fait d'une socialisation politique de l'enfant par la famille et plus précisément de ses

⁵⁷ LAZARFELF Paul, BERELSON Robert et GAUDET Hazel, *The people's choice* (New York: Columbia University Press), 1944.

⁵⁸ Ibid, p. 27.

parents. Le modèle de l'identification partisane s'inscrit donc dans un processus de construction et de sédimentation d'un habitus qui dépasse le simple cadre de l'élection. Sans toutefois vouloir faire l'économie des théories explicatives du vote et des comportements électoraux au Cameroun, nous nous limiterons à ces paradigmes structurants de la variable communautaire de l'allégeance politique. Ce n'est pourtant pas notre objectif de postuler de la forte corrélation entre les solidarités fussent-elles primaires ou secondaires, et le militantisme politique ou le soutien électoral ; la question ayant abondamment été traitée dans la doctrine⁵⁹. Page | 711

La mobilisation partisane peut être entendue comme un ensemble de moyens et de stratégies que chaque parti politique mobilise afin de rallier davantage des militants pour la cause du parti. Cette mobilisation est indispensable pour un parti qui veut conquérir le pouvoir. Un parti politique a besoin des militants et même des sympathisants pour peser de tout son poids⁶⁰. Dans cette logique, le parti cherchera à se forger une identité et se positionnera comme défenseur d'une cause. C'est ainsi que Michel OFFERLE affirme que « la première ressource que peut offrir une organisation, c'est sa remarque, son sigle qui peut avoir une portée ou une valeur internationale...elle permet de recueillir sur le marché politique et dans les interactions quotidiennes, les profits de distinction qui y sont attachés »⁶¹. Pendant la période de campagne électorale, pour se faire entendre, il ne suffit pas pour les partis représentés dans la région d'avoir les idées mêmes justes, « il faut acquérir des soutiens, il faut savoir se doter des moyens de pression ou d'influence grâce auquel se conquiert le droit d'être écouté, voire suivi ». C'est dans ce contexte que les partis politiques se servent des leviers ou des ressources dont ils disposent pour influencer dans le champ politique local ouvert à la concurrence politique. Les meetings dans les départements en tant que circonscriptions électorales, constituent une stratégie généralement utilisée par la plupart des partis politiques avant d'étendre le champ pour conquérir des régions puis l'ensemble du territoire national. Un meeting est une réunion publique organisée pour informer et discuter d'une option politique et sociale. La campagne est une opération de communication vaste et organisée, effectuée auprès de l'opinion sur un thème particulier. Cette notion est utilisée dans le champ lexical militaire, journalistique et politique. Dans le champ

⁵⁹ MENTHONG Helène-Laure, *Vote et communautarisme au Cameroun : un vote de cœur, de sang et de raison* », *op. cit.*, 29.

⁶⁰ Entretien avec MAMIGUE Jean, Ex-député du Mayo-Danay Nord.

⁶¹ GAXIE Daniel, *La démocratie représentative*, Paris, Montchrestien, 1993, p.36 ; OFFERLE Michel, *Les partis politiques*, Paris, PUF, 1987, p.36.

politique, l'idée de lutte en constitue la substance. Les campagnes électorales jouent un rôle central dans la mobilisation électorale. Elles peuvent être analysées comme l'aboutissement du processus de la rationalisation du travail de sollicitation des électeurs, ce qui suppose l'émergence de savoir-faire spécifique à l'élection. Les campagnes électorales sont aussi un temps important dans le processus de politisation des électeurs.

S'agissant des élections législatives et municipales, les partis en matière de moyens utilisés pour la propagande, entretiennent des points communs avec des procédés nationaux. Cependant, il y a des pratiques propagandistes qui confèrent une toile particulière à une localité, compte tenu de son statut et des enjeux qui gouvernent l'arène politique locale. Lors de la campagne électorale, plusieurs acteurs entrent en scène jusqu'à l'issue des élections. Il s'agit aussi bien des candidats, des militants de leur parti, des sympathisants voire des électeurs, ainsi que les acteurs subsidiaires à savoir les dirigeants religieux et les chefs traditionnels. Ces derniers, considérés comme des invités d'honneur, sont parfois très influents lors des meetings des différents partis en compétition électorale, et interviennent pour donner un cachet spécial (officiel) aux manifestations, surtout lorsqu'il s'agit d'un meeting organisé par le parti au pouvoir (RDPC). Ce constat a été fait pendant plusieurs campagnes électorales selon un informateur anonyme.⁶²

En plus des différents cadeaux répandus, l'argent est quelquefois distribué au cours des bains de foule, lors des meetings ou pour récompenser les groupes de danses traditionnelles invitées pour animer la cérémonie. À la fin du meeting, les participants sont conviés à boire et à manger. Ces petits gestes sont dans la plupart appréciés jusqu'aux détails près par les électeurs dits « consommateurs » des milieux tant urbains que ruraux. Face à un tel état de choses, les partis politiques de l'opposition appréhendent ces gestes des militants du parti au pouvoir en ces termes : « ils veulent acheter les consciences. N'acceptez pas les dons ». Ce type de propos prévalait dans le discours de l'opposition pendant les premières consultations électorales pluralistes. Mais, depuis l'avènement du renouveau démocratique, les différents protagonistes parfois sans projet original de société pour le village, excellent dans les rivalités des personnes cherchant constamment à dénigrer l'autre candidat par de discours injurieux et dégradants. Mis à part les promesses du genre « nous allons construire des écoles, aider les femmes et les jeunes, améliorer les conditions de vie des paysans », les candidats ont pour thème de campagne,

⁶² Entretien avec AMADOU CHRISTOPHE.

l'incompétence des autres à l'exercice du pouvoir. Plutôt qu'une campagne parlementaire, on assiste à une propagande présidentielle par le RDPC soutenant les réalisations du président de la république. Eu égard de la place importante qu'occupent les travaux champêtres sur lesquels repose l'économie locale, les discours des acteurs accordent une place de choix au développement agricole. C'est le cas du MDR qui en 1990 ne manquait pas dans les discours de mettre en exergue l'exploitation des paysans par la classe dirigeante⁶³. À travers la campagne électorale, certains partis politiques parviennent à s'implanter dans une localité, à conquérir les ressources humaines mobilisées sur la scène politique.

Conclusion

En définitive, il était question de mener une analyse sur la dynamique de la politisation des clivages ethniques dans le contexte de compétition électorale au Cameroun. Ainsi, il ressort de cette analyse que divers paramètres sous-tendent la dynamique de la politisation des clivages ethniques. Les paramètres qui semblent mieux expliquer ce phénomène politique se déclinent en deux axes essentiels : la construction des clivages ethniques et la mobilisation des identités ethniques comme une force politique voire un facteur déterminant dans le jeu de la compétition électorale. Ces paramètres sont très déterminants dans le jeu politique, et se définissent comme des principes structurants les comportements politiques et les différentes conceptions du champ électoral, et dont la nature dépend de la structure sociale, des règles d'organisation et de fonctionnement de chaque système politique, à un moment donné. Au-delà des jeux d'instrumentalisation que les élites politiques peuvent en faire des clivages ethniques, l'on note aussi la volonté d'une population déterminée à s'engager dans le combat politique pour un changement démocratique. Ceci dit, la construction de la compétition ethnique, en tant que facteur déterminant des actions et des stratégies politiques, est aussi perçue comme une démonstration de force dans le jeu politique. Ces différents paramètres influencent le jeu politique en entraînant de nouveaux changements à travers l'adhésion à tel ou tel parti politique, par conviction, en brandissant le paradigme ethnique comme instrument du jeu politique. Cependant, cette recomposition du jeu électoral n'est pas systématique puisque les autres variables explicatives du comportement électoral demeurent toujours présentes. Il s'agit des variables qui tendent à rationaliser le champ électoral, pour un véritable développement sociopolitique. Aujourd'hui, quel

⁶³ SCHWARTZENBERG Roger-Gerard, Op. cit., 1998, p.50.

qu'en soit le champ d'expression, l'ethnicité se présente comme une ressource idéologique que les acteurs politiques, comme d'autres, s'efforcent à exploiter dans le cadre de leurs stratégies de conquête et/ou de conservation du pouvoir politique.





"Who Owns the Oceans"? Questioning the Jurisdiction of the State over Territorial Waters in Respecting the Principle of Universality of States in International Law

Page | 715

By:

Nana Charles Nguindip,

Senior Lecturer in Law

University of Dschang (Cameroon)

Ama-Ambo Chefor

Senior Lecturer in Law

University of Dschang (Cameroon)

Abstract:

No one owns the seas, as there will always be that need in preserving and conserving irrespective of the nationality occupied by States. The territorial sea as defined by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea is a belt of coastal waters extending at most 12 nautical miles from the baseline usually the mean low-water mark of a coastal state. The concept here is that, the sovereignty of each State extends beyond the territorial waters, and no State can be deprived by the other from having access into the territorial waters. It therefore becomes the responsibility of every State in ensuring that the territorial waters be preserved and conserved for future sustainability, and under no circumstance should such water be deprived of its original utility, being the interest of all mankind. This paper demonstrates that, it is the responsibility of every State in managing the activities of the territorial water in a manner that will not affect the interest of other States. The tendency always remain that, some States claim ownership over the territorial waters frustrating the initial objective of such water being that of universality of the sea to every State. The question one need to pose here is in questioning the jurisdiction of a given State over the territorial waters? From the said question, one can presume that claiming ownership over the territorial waters by a given State is violating the principle under international law that talks of universal competence of every state on the territorial waters. From the above hypothesis, one can say that there are lots of violations from the activities of the territorial waters by some states through their vessels, ships, persons; constituting a threat to the coastal State and its territory. It is therefore against this backdrop that one would say that, there is the need and responsibility of every state in ensuring the security and safety of the seas at every event of its activities.

Keywords: Territorial waters, Universality, States Jurisdiction, Violations, International Law.

Introduction

The general rule has always been a threat in matters dealing with the ownership of the seas as of thousands of years people have taken on the sea to fish and trade, wars have been fought and rival rulers claimed the rights to the sea and its exploitation, and this conflict have continued to this day. The issue remained clear here that this conflict over the seas and waters is no longer a matter of access of the shipping lane.¹ The main reason for the current International conflicts actually lies beneath the waves. The disputes revolve around the expansion of territorial seas and even the economic zones in order for states to claim and secure exclusive rights to the so called non-living marine resources, like the valuable minerals and fossil fuels buried beneath the sea floor. They are about “territory” in the sea. Truly, can we not call this absurdity when a State claims exclusive rights over the territorial waters because of the advantages that it stands to accrue from such right claimed? The United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 has made it clear when talking about the notion and aspect of the territorial waters. It clearly states and continues to lay emphasis that a country may claim an area extending 12 nautical miles from its coast as its own territorial sea². It continues by extending its definition of the territorial water that the States can additionally exploit 200 nautical miles of the water column beyond its coast as its exclusive economic zone. The same principle applies to the first 200 nautical miles of the sea floor, the continental shelf, and when this happens, the resources there can be exploited by that country alone, and the said country can scientifically prove that its continental shelf extends even further. When this is done, the country in question can have sole rights to the resources there. The Convention of the Sea³ which is considered to be the constitution of the ocean and is intended to peacefully adjudicate the interest of all States is still relatively young. Its approach from the areas of the ocean floor that lie totally outside national sovereignty and national exploitation rights referred to the sea as the shared heritage of humanity where it is intended to guarantee that the environment is protected and that developing nations also have their own share of the riches. The tendency always remains that this aspect of universality of the ocean and the waters is just a mere fallacy and pretentious atmosphere where the strong words used “universality” sometimes achieve

¹ Ocean Governance: Who owns the Ocean?, Heinrich Boll Stiftung, the Green Political Foundation, Germany.

² United Nations Convention on the Law of the Seas otherwise known as UNCLOS in its article 1 clearly stating the definition of what will constitute the territorial waters, and every state must be able in respecting the provision of Convention by not violating the rationale behind such a law.

³ Hereafter referred to as UNCLOS

only weak results. We always experienced countries legally expanding its exclusive economic zone by reducing the shared inheritance of other countries. The tendency has always remained that in matters concerning law of the sea, the coastal State possesses civil jurisdiction over foreign merchant vessels, and merchant vessels are subject to the coastal State's regulations on navigation and its sanitary, fiscal, technical and customs controls, which must be implemented without any discrimination between the vessels. Nonetheless, when a dispute arises between crew members, the coastal State will usually not assert jurisdiction, as each State submits themselves to the various laws and jurisdiction of their respective states as they represents their State whenever flying the flag of their countries. When a dispute arises between a crew member and a non-crew member, the State will assert jurisdiction. As for matters concerning penal jurisdiction, the coastal State has exclusive competence over illicit acts committed on board foreign merchant vessels located within its internal waters. It can also intervene at the request of the captain of the ship or consul of the flag State. The coastal State can also enforce its legislation when its interests are engaged, when the offense affects its peace and good order or when its security is at stake." However, foreign ships will not usually be subject to coastal State jurisdiction if they entered its internal waters because of *force majeure* or distress.

I- Understanding the Concept of Jurisdiction in International Law of the Seas

In this paper of presentation, the author is establishing a favorable and consensual methods of evaluation of showing that issues concerning ownership of the territorial waters are questionable as the rule will always remain that, no State should claim ownership over the territorial waters since it is the right of every State to sail the high seas without restriction from another States. The fact always remain that, even though it is the right of every state to sail through the territorial waters, their various activities on the territorial seas should not deprived the rights of other States, none of the States has the exclusive right to dominate or claim ownership over the territorial waters, or carried out any activity on the seas that can jeopardize the very essence of the territorial waters. There has been the putting into place of credible laws and instruments in ensuring the credibility and sustainability of the seas like the Hague Convention law of 1930, and the most important the United Nations Convention on the Law of the Sea known as the UNCLOS which entered into force in 1994. This law put in place provides certain rights and obligations to coastal states and allows

them to establish various maritime zones, such as a territorial sea and an exclusive economic zone (EEZ). This section of the paper highlights certain rights of coastal states over their maritime zones. Truly one need to always understand, that the freedom to use the world's territorial waters has always been one of the oldest accustomed principles of international law. However, the freedom of the seas has been under attack since the time of Grotius. Specifically, the shrinking of the areas where such a principle applies started with the First Conference of the United Nations on the Law of the Sea in the 1950s. The main actor in this diminution of freedom is the coastal State seeking to assert control over maritime areas and resources. The end result is an encroachment on the freedom of the movement of goods, services, and persons, which ultimately interferes with the freedom of navigation. Frequently, the coastal State claims to assert jurisdiction over foreign vessels in particular zones of the sea. The coastal State attempts to regulate certain activities in these zones by imposing duties on foreign vessels, and thereby flirting with the concept of extraterritoriality. Over the years, the coastal State has been given more power over a wider and wider surface of the sea. Since 1982, the sea has had a constitution regulating not only the rights and duties of the coastal State, but also of vessels navigating in the different sea zones. The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)' gives to the coastal State sovereign rights in varying degrees over the different zones of the sea. So, with all the nomenclature that surrounds the coastal States acquiring jurisdiction over the territorial seas, foreign warships, including government vessels used for non-commercial purposes, are exempt from the coastal State's civil jurisdiction due to the principle of sovereign immunity. The issue here is not just that of claiming jurisdiction over the territorial waters by any States, but in ensuring that according to UNCLOS Article 32 the behavior of every vessel must be able in abstaining from any hostile attitude or act of violence that can affect the safety of the seas. Should a vessel engage in such acts, the coastal State will have that exclusive right to intervene in matters exclusively regarding crewmembers of a warship, or when the offence is committed on board the vessel? But, it will be fully competent if neither the offender nor the victim is a crewmember. Similarly, the coastal State is incompetent regarding acts by officers or crewmembers accomplished as agents of the State. When an act is committed within the conduct of public affairs, the coastal State may proceed and make an arrest, but it must deliver the offender to the captain of the ship, if he so requests.' On the other hand, if the acts have no relationship to the conduct of public affairs, the injured parties can sue before the tribunals of the coastal State.' Immunities will also protect warships in regard to seizure, arrest or

detention of the vessel and persons on board (police or customs authorities have no right to board), in cases of collision. Nonetheless, fiscal, navigational, sanitary and port regulations, as well as the competence of the local authorities in charge of policing and maintaining good order, have to be respected by foreign warships. Each coastal State also has specific regulations regarding the duration of stay, the number of warships simultaneously allowed, and the interdiction of research and military exercises.

A- Establishing the Various Aspects of determining Jurisdiction over the Territorial Waters in International Law

1- The Right of All Vessels to Free Access to Port

Foreign vessels have a right of free access to the ports of any coastal State. The coastal State, however, can close its ports when it feels it is necessary for the security of navigation, for reasons of maintaining public internal good order, or for the preservation of the coastal or terrestrial maritime environment, that is its vital interests. In such cases, the closure can be made discriminatorily and need only apply to a particular vessel, certain types of vessels, or to vessels flying a specific flag. Concerning commercial vessels, the closure of a port can be authorized for sanitary reasons, for reasons of presence of military installations in the port, or following grave events regarding the security of the port State. There can be more important limitations on warships, such as restrictions on the number of warships admitted to a port at the same time. Except in cases of distress, the access can be discretionally prohibited to a warship or a merchant vessel serving as a warship.

2- Establishing the notion of Innocent Passage in the Territorial Sea

UNCLOS Article 18 defines "passage" as navigation through the territorial sea without entering the internal waters of the coastal State or for the purpose of entering or leaving the internal waters, with the condition that the passage be continuous and expeditious, save in cases incidental to navigation, of *force majeure*, distress, or for rendering assistance to other vessels.⁴ UNCLOS defines innocent passage in Article 19(1) as innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Even though this is a basic principle in the recognition of the universality of the territorial waters that States have the right to use such passage as they

⁴ Where the vessels only cruise around in the territorial sea, they would be engaged in activities not having a direct bearing on passage, and thus not protected by Articles 17 through 32 of UNCLOS. See CHURCHILL & LOWE, *supra* note 3, at 69-73; see also *Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14 (June 27).

want as long as it does not affect the integrity of the waters, but we need to understand that this is a further explanation as we continue to experience threat on such territorial waters. In pursuant of this provision of the UNCLOS, Article 19 is of great essence as it has gone far in providing some of the circumstances that such principle, or State claiming innocent passage can be limited which include activities that constitute a threat to the peace and security of the coastal State, and are therefore prohibited in the territorial sea. At this juncture, we are looking at activities such as military activities; activities contrary to the coastal State's customs, fiscal, immigration or sanitary regulations; pollution; Fishing activities; research or survey activities; Interference with systems of communication or any other facilities or installations; and any other activity not having a direct bearing on passage.⁵ Article 20 also imposes on foreign submarines and other underwater vehicles the obligation to navigate on the surface and show their flags while in the territorial sea of another State. A good example of establishing this exception is found in the *Corfu Channel* case,⁶ the International Court of Justice (ICJ) recognized that all vessels have a right of passage through international straits, even warships, as long as they do not engage in activities that are currently listed in UNCLOS Article 19. On May 15, 1946, two British cruisers, while passing through the Corfu Channel, were fired upon by an Albanian coastal battery. The British protested, claiming their right of passage through international straits, while the Albanians replied that foreign warships and merchant vessels had no right to pass through Albanian territory without prior authorization. On October 22, 1946, two British destroyers were struck by mines while passing through the Channel and suffered serious damage, including loss of life. Subsequently, on November 12 and 13, 1947, the United Kingdom mine-swept the Channel without the authorization of Albania. The ICJ upheld the United Kingdom's right of passage through international straits and found that the British vessels were effectuating innocent passage in the Corfu Channel. Indeed, as for the first two passages, the Court held that a somewhat robust transit by the United Kingdom of four warships was still innocent passage and the purpose of the transit was intended to be a demonstration of force seeking to test Albanian attitudes. The court, however, condemned the United Kingdom for having swept the mines without Albania's consent.

3- Placing Legislative Competence on the Territorial Waters by Coastal State

⁵ J. ASHLEY ROACH & ROBERT W. SMITH, *EXCESSIVE MARITIME CLAIMS*, 164-66 n.5 (1994). This list refers to activities conducted in the territorial sea only. Thus, the determination of the innocence of the passage must be made on the basis of activities which occurred in the territorial sea only.

⁶ *Corfu Channel* case (U.K. v. Albania), 1949 I.C.J. 1 (April 9).

The rule and principle remains that the coastal State can impose its legislative competence in its territorial sea in eight areas, but such legislation should not impair the right of innocent passage of foreign vessels,⁷ nor should it apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards. Thus, according to UNCLOS Article 21(1), the coastal State can: (a) adopt laws regarding the safety of navigation: it can organize maritime traffic and passage of ships by drawing sea-lanes and traffic separation schemes in its territorial sea;⁸ (b) adopt laws regarding the protection of navigational aids and facilities or installations, which would comprise artificial islands and oil rigs; (c) regulate the protection of pipelines and cables; (d) adopt legislation regarding the conservation of living resources of its territorial sea; (e) regulate the fishery activities; (f) ensure the preservation of the environment by adopting regulations on the prevention, reduction and control of pollution; (g) regulate the activities of marine scientific research and hydrographic surveys; (h) apply its customs, fiscal, immigration and sanitary laws.⁹ This list is exhaustive and inclusive.¹⁰ These regulations must be made public,¹¹ and foreign vessels in the territorial sea must conform to the coastal State's legislation regarding security of navigation. In applying these regulations in place, the coastal State cannot impose requirements on foreign vessels that have as a consequence the denial or impairment of the right of innocent passage, nor can it discriminate against vessels of any State or vessels transporting cargoes to, from, or on behalf of any State. Furthermore, the coastal State has the duty to appropriately warn others of any danger to navigation in its territorial sea of which it has knowledge. The coastal State may also not levy charges on foreign vessels for the sole reason of their passage in its territorial sea, but it may do so as payment for services rendered to the vessel. Notwithstanding the provisions of UNCLOS Article 24, according to Article 25, the coastal State may take steps necessary to prevent passage in its territorial sea that is not innocent. The coastal State can, without discrimination among foreign vessels, temporarily suspend the innocent passage of foreign ships in specific areas of its territorial sea, if it is essential to the protection of its security. Iran did so when from August 4 to August 6, 1987, it suspended

⁷ UNCLOS, *supra* note 1, art. 21(1).

⁸ UNCLOS, *supra* note 1, arts. 22 & 23. Article 22 pertains to "tankers, nuclear-powered ships and ships carrying nuclear or other inherently dangerous or noxious substances or materials." *Id.* Article 23 states that such vessels have an obligation to be in possession of documents and to take special precautionary measures as established by international agreements.

⁹ PANcRAcIo, *supra* note 23, at 89.

¹⁰ ROACH & SMITH, *supra* note 32, at 144.

¹¹ UNCLOS, *supra* note 1, arts. 21(3) & 22(4).

the passage of all foreign vessels in its territorial sea on the pretext of naval exercises, following the arrival of the American fleet in the Persian Gulf. However, this interdiction was illicit in regard to international law because it fulfilled only four out of the five conditions set forth by UNCLOS Article 25(3), i.e. 1. a temporary suspension; 2. in specific zones of the territorial sea; 3. without discrimination between the vessels; 4. for a national security necessity; and 5. with prior notification. The Iranian suspension did not concern a specific zone of its territorial sea, but rather included the entire zone. Moreover, it had as a consequence the effect of blocking access to the strait of Ormuz, the only way to get to and from the Persian Gulf.

3.1- The notion of Criminal Jurisdiction of the Coastal State

Criminal jurisdiction that is arresting a person or conducting an investigation should normally be exercised only if the consequences of the crime extend to the coastal State. Circumstances where criminal jurisdiction should be exercised include: 1. if the crime was committed on board the ship during its passage in the territorial waters and if it is of a nature to disturb the peace and good order of the coastal State; 2. if the assistance of the local authorities has been requested by the master of the vessel or a diplomatic agent of the flag State; or 3. if the crime is the illicit trafficking of narcotic drugs or psychotropic substances.¹² However, the coastal State is not permitted to take actions if the vessel is only passing through the territorial sea without entering internal waters and the crime was committed before the vessel entered its territorial sea. The coastal State has the same criminal jurisdiction over government vessels operated for commercial purposes, pursuant to the provision of Section 27 of the UNCLOS. Under UNCLOS Article 28, the coastal State can arrest a foreign vessel that has infringed upon its local laws. While under the same Article, the coastal State cannot take conservatory or executionary measures against a foreign vessel in passage in its territorial sea, it could do so "in respect of obligations or liabilities assumed or incurred by the ship itself in the course of or for the purpose of its voyage through the waters of the coastal State," or against a foreign ship lying in the territorial sea or passing through it after leaving the internal waters of the coastal State. The right to arrest a vessel in its territorial sea also gives the coastal State the right of hot pursuit of a vessel that flees toward the high seas if the pursuit started in the territorial sea.

¹²See *id.* at 89; UNCLOS, *supra* note 1, art. 27(1).

A good example of the coastal State asserting criminal jurisdiction can be found in the *McRuby* case. In that case, nine stowaways who boarded the *McRuby* vessel registered in the Bahamas during a stop in Ghana were discovered while on the high seas by the crewmembers of the *McRuby*. Not wanting to bring the stowaways back to Ghana, the Ukrainian crew decided to make them disappear by savagely killing them and throwing their bodies overboard. However, one of the stowaways succeeded in hiding and was able to go to the police upon arrival in Le Havre, France. The French court based its finding of jurisdiction on two grounds. First, part of the crime had been committed in the territorial waters of France. Indeed, when the *McRuby* entered the French territorial sea, the crewmembers were still searching for the last survivor. The court found that these searches were subsequent to the sequestrations and executions, and all the facts constituted an indivisible whole. It is common practice in France for the courts to hear matters concerning acts committed outside the country by foreigners, if the acts are indivisible and part of them are undertaken on French territory. The second ground used by the French court was UNCLOS Article 101 regarding the universal competence in cases of piracy, which seems to be an erroneous qualification.

II- Questioning the Jurisdiction of the High Seas

Freedom is the fundamental principle underlying the legal concept of the high seas. According to UNCLOS Article 87, the general freedom of the high seas include, *inter alia*, the freedom of navigation¹³ and over flight, as well as the freedom to lay submarine cables and pipelines,¹⁴ to construct artificial islands and other installations permitted under international law,¹⁵ to fish,¹⁶ and to engage in marine scientific research.¹⁷ After stating that all States should exercise these freedoms with due regard to the rights of others,¹⁸ UNCLOS reminds us that the high seas shall be reserved for peaceful purposes¹⁹ and under no circumstances should a state subject the high seas to its sovereignty and ownership²⁰. This is a clear indication that when it comes to ownership over the high seas, no States have the exclusive right to claim sovereignty over the activities of the high

¹⁴See UNCLOS, *supra* note 1, arts. 112-15; PANcRacio, *supra* note 23, at 188; D. Momtaz, *La Haute Mer*, in TRALT] DU NOUVEAU DROIT DE LA MER, *supra* note 6, at 337, 368.

¹⁵ LUCCHINI & VOECKEL, *supra* note 7, at 280.

¹⁶ UNCLOS, *supra* note 1, arts. 116-20.

¹⁷ UNCLOS, *supra* note 1, arts. 238-63; PANcRacio, *supra* note 23, at 189; Momtaz, *supra* note 95, at 344.

¹⁸ UNCLOS, *supra* note 1, art. 87(2); Momtaz, *supra* note 95, at 350.

¹⁹ UNCLOS, *supra* note 1, art. 88 (Articles 88-115 also apply to the EEZ)

²⁰ UNCLOS, article 89.

seas as the high seas will never be owned by any States, so in this regards, no State has that right in restricting another States in carrying out activities on the high seas. Exercising exclusive jurisdiction by a State on the activities of the High Seas will constitutes a gross violation of the law of the seas which frowns on such activities. But the question one need to be posing here is in questioning the situation of navigation of State flag on the territorial waters, whether this principle of universal jurisdiction is still of relevant application.

A- Freedom of Navigation and Exclusivity of the Flag State

The freedom of navigation in all its nomenclature is and will always be considered as the oldest of the freedoms of the high seas and cannot be compromised under no circumstances when issues of the territorial waters is of necessity. Truly as stated under the UNCLOS and international law that, every State, whether coastal or land-locked, has the right to sail ships flying its flag on the high seas (UNCLOS, article 90). The fundamental magnitude in this principle remains that a flag State has exclusive jurisdiction over the vessels flying its flag.²¹ This is really a great and wonderful principle of the waters, but the situation remains cumbersome and frustrating as we can still question the nationality of the States carrying the flag. This rule will always remain as provided in the provision of Section 90 to 92 that a State can only claim jurisdiction over the territorial waters, when each vessel is having just one nationality, and each State has to determine how it will determine its nationality to a vessel.²² For example, a State must effectively exercise jurisdiction and control over vessels flying its flag; it must maintain a register of ships containing all particulars; it shall assume jurisdiction under its internal law over each vessel and its Master, officers and crewmembers; it must take measures to ensure safety at sea with regard to the construction, equipment and seaworthiness of the ship, the manning of the vessel and labour conditions, the use of signals, the maintenance of communication and the prevention of collision. In doing so, the State must conform to generally accept international regulations, procedures and practices.²³ Additionally, on the high seas, as in other sea zones, warships and government vessels used for non-commercial service have complete immunity. Furthermore, according to Article 97, in the event of a collision or any other accident of navigation involving the penal responsibility of

²¹ UNCLOS, *supra* note 1, art. 92; PANcRAcIo, *supra* note 23, at 190; Robert C. F. Reuland, *Interference with Non-National Ships on the High Seas: Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of the Flag-State Jurisdiction*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1161, 1165-69 (1989) (treating the exclusive jurisdiction of the flag state).

²² See UNCLOS, *supra* note 1, art. 91; Momtaz, *supra* note 95, at 354.

²³ See *id.* art. 94; see also JAMES C. F. WANG, HANDBOOK ON OCEAN POLITICS & LAW 398-404

a crewmember, only the flag State or the State of which the responsible person is a national can institute proceedings. Specifically, Article 97 provides that "no arrest or detention of the ship, even as a measure of investigation, shall be ordered by any authorities other than those of the flag State." This was not always the case, as illustrated in the *Lotus* case.²⁴ In that case, the question was whether a State, other than the flag State, could assert penal jurisdiction on the high seas. Indeed, in 1926, after a collision between a French vessel (the *Lotus*) and a Turkish vessel, Turkey filed a lawsuit against the French Master. France opposed these proceedings, and the case was submitted before the CPJI. According to the Court, the principle of exclusivity of the flag State, in applying only to acts of authority, is not an obstacle to the jurisdictional competence of foreign tribunals. However, today, Turkey should recognize the exclusive competence of France, as set forth in the Brussels Convention on penal jurisdiction in matters of collision, and UNCLOS Article 97.

B- Understanding the Phenomenon of the High Seas

The area beyond the 200 nautical mile exclusive economic zone is considered high seas, which remain subject to the traditional "freedom of the seas" regime. Under article 86 of UNCLOS, the high seas provisions apply to all parts of the sea that are not included in the EEZ, in the territorial sea or in the archipelagic waters of an archipelagic state. The spatial limits of the high seas are variable in time and, according to Treves, they depend on state action concerning the limits of the territorial sea and the institution of archipelagic waters and of exclusive economic zones (Treves, 1992).

1- The Question of Jurisdiction in the Contiguous Zone

Jurisdiction is the 'lawful power of a State to define and enforce the rights and duties and control the conduct of natural and juridical persons'.²⁵ In the context of the international law of the sea, it was traditionally limited to the seas directly adjoining a state's territory, contemporarily referred to as the territorial sea, and subject to the restraints of innocent passage.²⁶ The concept of states exercising jurisdiction outside their territory arose as early as the 18th century in relation to the

²⁴ *Lotus* case (France v. Turkey), 1927 C.P.J.I. (Sept. 7).

²⁵ Bernard H Oxman, 'Jurisdiction of States' in R Wolfrum (ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford University Press, (2012) vol 6, 546, 547. Cf Ian Brownlie, Principles of Public International Law (Oxford University Press, 6th ed, (2003) 297.

²⁶ Churchill and Lowe, above n 7, 71.

smuggling of goods into Great Britain,²⁷ paving the way for the United States liquor laws and the Fordney–McCumber Tariff of 1922.²⁸ Since then the question of a maritime belt contiguous to a state's territory has been one of controversy in international conferences and law-making bodies. States' main intentions regarding such a zone were invariably tied to customs control and security purposes;²⁹ apparently littoral states felt the need for protection starting beyond their territory. Naturally, this need collided with the concept of the freedom of navigation and the freedom of the high seas. The harmonisation of these interests has been controversial since the 1930 Hague Conference, which, unsurprisingly, failed to codify the question.³⁰ With adoption of the TSC Convention, states reached a compromise on the contiguous zone, codified in TSC Convention art 24, which is now UNCLOS art 33(1). A conclusive understanding of UNCLOS art 33 and the rights it grants presupposes a distinction between the different types of jurisdiction.

2- The Scope of State Rights in the Contiguous Zone

Accordingly, UNCLOS art 33 only permits exercise of limited authority so as to determine the scope of authority as articulated by the provision, recourse may once again be held to the means of interpretation under VCLT art 31.

Scope of Control

Specific rights in the contiguous zone cannot be deduced from the ordinary meaning of the term 'control', it merely indicates an extent of powers short of those which full jurisdiction awards. Similarly, the wider context of art 33 UNCLOS initially sheds little light on the specific powers awarded by the term 'control'. Although UNCLOS refers to the term 'control' in several of its articles, none enumerate specific rights the term entails. UNCLOS art 303, for example, refers to the control of traffic related to archaeological and historical objects found within the limits of the

²⁷ Great Britain tried to suppress smuggling by enacting the British 'Hovering Acts' of 1736, which enabled Great Britain to extend its criminal jurisdiction to foreign ships outside the territorial sea: see *ibid* 132; Lowe, above n 11, 110; Philip C Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (G A Jennings, 1927) 10; Bill Gilmore, 'Hovering Acts' in Rüdiger Wolfrum et al (eds), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012) vol 4, 1010.

²⁸ Under these laws, foreign ships within twelve miles of the United States coast were subject to US prohibition laws. Other states rejected the US claim since it extended US jurisdiction beyond territorial waters at the time. See Churchill and Lowe, above n 7, 134.

²⁹ For an extensive analysis of the history of the contiguous zone, see Lowe, above n 11, 139–40.

³⁰ *Ibid* 145–6. Cf the preparatory report to the 1930 Conference by Rapporteur Schücking: *Bases of Discussion Drawn up by the Preparatory Committee*, League of Nations Doc C/74/M/39/1929/V (1929).

contiguous zone. The modes of control to manage traffic around those objects are, however, not defined. Moreover, the coastal state's rights of control under UNCLOS art 33 exist independently of its rights under art 303 and there is no interrelationship between the two articles.³¹ UNCLOS art 94 also provides little clarity, as the therein enumerated 'control', although outlined in paras (2), (3) and (4), is limited to administrative, technical and social matters onboard ships flying a state's flag. The content of the provision cannot be transferred to art 33.

3- Coastal State Jurisdiction and International Navigation Rights

When UNCLOS entered into force on 16 November 1994 it was clear that the Convention did not necessarily cover the length and breadth of every aspect of the law of the sea, all the more so because developments have continued to take place since it was signed and eventually entered into force. However, the convention does take into account the fact that the development of the law of the sea is a progressive one. As far as vessel-source marine pollution is concerned, work undertaken by scientists (such as the Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection - GESAMP), non-governmental organizations, among others, have continued to contribute immensely towards environmental awareness. Needless to mention the alarming and highly publicized maritime accidents registered here and there on the globe that resulted in pollution. Consequently, coastal states have had to grapple with related issues such as political pressure from environmental groups. All these developments do influence the way coastal states would like to interfere with international navigation. Hence, coastal state jurisdiction is based not only on what UNCLOS provides; it is also determined by events on the ground, hence the relevance of state practice.

This section explores aspects of UNCLOS coastal state practice in a bid to appraise the extent to which that practice has tilted the delicate balance provided under the UNCLOS 82 regime in favour of the coastal state and at the expense of the flag state, if at all. Only aspects of apparently deviant state practice will be considered, which is not to rebut the presumption that coastal states, for the most part, act more or less correctly.

³¹ Nordquist, Nandan and Rosenne, above n 33, 275.

According to O'Connell, state practice refers to general and consistent practice adopted by directly concerned states; the practice need not be universally adopted, and it may or may not be in tune with international law (O'Connell, 1982).³² Molenaar adds that state practice may be said to originate in both the collective and the individual spheres (Molenaar, 1998). Collective state practice exists in the form of bilateral or multilateral conventions or other international instruments such as IMO resolutions (*ibid*). This could relate, for example, to situations of regional action with regard to specific issues such as special areas and particularly sensitive sea areas (PSSAs). Individual state practice, for its part, may consist of unilateral declarations, legislation, and actual exercises of enforcement (*ibid*).

The discussion will now proceed with sub-sections considered under 'cases of unilateral state action'. The European Union move to ban single hull tankers will also be discussed as an example of unilateral regional action.

III- Showing the Essence and Existence of State Domination of the Territorial Waters

Historically, unilateral state action has been frequently decisive in changing the law of the sea. The evolution of the law relating to adjacent fishing zones, and eventually the EEZ, seems to be the most striking illustration of the cumulative effect of unilateral acts (O'Connell, 1982). As concerns UNCLOS, and with regard to international navigation rights, it is proposed to discuss unilateralism in the following cases: the United States and their Oil Pollution Act (OPA) 1990, the *Prestige* and Spain's decision to ban single hull tankers from its EEZ, the use of national legislation by some coastal states to claim greater rights within maritime zones than permitted under UNCLOS, the attitude of coastal states with regard to ships in distress, and 'regional unilateralism' as seen in the European Union's accelerated phase-out of single hull tankers.

A. Aspect or Circumstances of establishing Dominion over the Territorial Waters

³² State practice should be distinguished from 'usages' and 'customary international law'. 'Usages' simply refers to practice that may or may not be widespread or that may or may not be accepted or recognized by other states. Customary international law requires state practice coupled with *opinion juris sive necessitates*.

1. The United States and the Oil Pollution Act (OPA) 90³³

In the wake of the Exxon Valdez disaster in 1989 off the coast of Alaska, the US enacted the Oil Pollution Act into law in August 1990.³⁴ OPA 90 constituted a much stricter liability regime than anything international under the IMO auspices at the time. The Act, *inter alia*, requires foreign tankers calling at US ports to have double hulls. It improved America's capability to prevent and respond to oil spills by establishing provisions that expanded the federal government's ability, and provided the money and resources necessary to respond to spills (*ibid*). The act also created the nation's Oil Spill Liability Trust Fund, which is available to provide up to one billion dollars per spill incident (*ibid*).

As concerns this article, the most far-reaching aspect of OPA 90 was the banning of single hull tankers within US ports. Although the double hull requirement was considered at the time to be far-fetched, it could be argued that the US was merely exercising its full sovereignty within its internal waters. However, while the US measure may be in accordance with the jurisdiction of port states under both customary law and UNCLOS, it may be questioned how far it is in accordance with the spirit of the convention, which aims to discourage unilateral design and construction standards for ships (emphasis added) (Churchill and Lowe, 1999). UNCLOS 82 itself clearly implies in articles 25(2), 211(3) and 225 that coastal states may set conditions for entry to their ports. However, as far as design and construction standards for ships are concerned, article 94(3) of UNCLOS 82 provides that:

Every state shall take such measures for ships flying its flag as are necessary to ensure safety at sea with regard, inter alia, to: (a) the construction, equipment and seaworthiness of ships[...].

Furthermore, article 94(5) provides that in taking the measures called for in paragraphs 3 and 4 each state is required to conform to generally accepted international regulations, procedures and practices and to take any steps which may be necessary to ensure their observance.

³³ It is important to note that the US is not yet a party to UNCLOS 82. However, many authors and several states have maintained that much of UNCLOS 82 has passed into customary international law (although this may not be the case with all the provisions of the Convention). Indeed, in the drafting stage of IMO Resolution A.847 (20), for example, the US itself proposed to incorporate an obligation for all states to comply with IMO Conventions, on the ground that UNCLOS 82 and the obligation coupled to rules of reference represent customary law. For details, see Molenaar, 1998.

³⁴ See Oil Pollution Act, 1990, Online: <http://www.epa.gov/oilspill/oyaover> (accessed on 10/08/ 2021).

Clearly, therefore, UNCLOS encourages multilateral design and construction standards for ships. This will ensure that the delicate balance between coastal state jurisdiction and flag state responsibilities as relates to rights of navigation is maintained.

One may wonder why OPA 90 was established outside the framework of the IMO. Was it a problem of political pressure? Was it simply a matter of sheer urgency? It would be safe to say, rather laconically, that the US seemed to have made the change simply on the hypothesis that change was necessary. It is said that the Truman Proclamation on the Continental Shelf, another US unilateral act, was not enunciated ‘out of the blue,’ but was preceded by extensive diplomatic overtures to ensure that it would gain substantial support (O’Connell, 1982). If the Truman Proclamation is anything to go by, it is possible that the US was aware that the strict nature of OPA 90 with regard, *inter alia*, to navigation rights was unlikely to draw support from other states, especially flag states, either within the IMO or any other diplomatic milieu. Thus, OPA 90 was in certain respects the epitome of coastal state unilateralism. Yet it is important to add that the EU and the IMO soon followed the US in enforcing the double hull requirement, even if the US regime remained stricter in some respects than the others (Churchill and Lowe, 1999).

2. The Prestige and Spain’s ban on single hull tankers from its EEZ

On 19 November 2002 the oil tanker, *Prestige*, carrying 77, 000 metric tons of fuel oil broke in two and sank off the coast of Spain. Oil leaking from the tanker had earlier begun polluting the shores of Galicia, and sinking now meant that the potential for major pollution was real. Eager to minimize the risk of vessel-source marine pollution in the future, and anxious perhaps to placate the pollution victims such as fishermen in a bid to mitigate any political fallout, the Spanish government decided to ban all single hull tankers from its EEZ. The ban came to the limelight when Spain instructed Norwegian-flagged single hull tankers en route from Europe to Asia to get out of the Spanish EEZ, in blatant violation of UNCLOS 82.³⁵ Needless to add that the Norwegian government responded by delivering a formal protest with the Spanish *chargé d’affaires* in Oslo for what it considered to be a violation of international law. It is interesting to note that the instrument of the Spanish decision, Royal decree-law of 13 December 2002, actually bans “[...]”

³⁵ See NorgesRederiforbund, online: <http://www.rederi.no/Article.asp?> (accessed on 10 August 2021). Note also that Portugal and France made moves similar to that of Spain. All three countries have since continued with efforts to protect the Area.

all single hull tankers, regardless of the flag, carrying heavy fuel, tar, asphaltic bitumen and heavy crude, entering Spanish ports, terminals or anchorages (emphasis added)”.³⁶

The obvious question one may ask at this point is how exactly did the Spanish ban violate UNCLOS? Article 211(5) of UNCLOS provides the only circumstances in which the banning of single hull tankers, such as in the case of Spain, could be recognized in international law. It provides as follows:

Page | 731

Coastal States, for the purpose of enforcement as provided for in section 6, may in respect of their exclusive economic zones adopt laws and regulations for the prevention, reduction and control of pollution from vessels conforming to and giving effect to generally accepted international rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference.

It is thus clear that cases like the banning of single hull tankers would only be “justified” when they become a “generally accepted international rule and standard established through the competent international organization or general diplomatic conference.” Such is the ideal. However, it is important to note in this regard that the accelerated phase-out of single hull tankers (with a deadline in 2010) was decided through a compromise agreement between the IMO and the EU, as opposed to having a “generally accepted international rule and standard” on the subject.

Finally, it will be recalled that, for purposes of international navigation, the EEZ may be assimilated to the high seas regime, which implies that coastal states in their EEZ accord to foreign shipping the right of freedom of navigation as clearly spelt out in article 58 of UNCLOS 82 (notably article 58(1)) in the following terms:

In the exclusive economic zone all states, whether coastal or landlocked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedom referred to in article 87 of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these

³⁶ See 24343 Royal Decree-Law 9/2002; Online: INTERTANKO newsdesk, online: <http://www.intertanko.com/comrnunications/issues> (accessed on 13 August 2020). Note that the decree does not mention the EEZ. Hence, in the absence of any other instrument, the Spanish ban was not expressly provided for. For details, see: The Maritime Advocate.com, online: <http://www.maritimeadvocate.com> (accessed on 20 August, 2020).

freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention.

Article 58(3), for its part, highlights the notion of ‘due regard’ in the following terms:

Page | 732

In exercising their right and performing their duties under this Convention in the EEZ, states shall have due regard to the rights and duties of the coastal state and shall comply with the laws and regulations adopted by the coastal state in accordance with provisions of this Convention and other rules of international law in so far as they are not incompatible with this part.

From the foregoing, it follows that Spain’s ban amounted to a wanton interference with the freedom of navigation. The flag states, such as Norway, for their part, were right in contesting or protesting the ban, since it was based on national law rather than international law as provided for under articles 211(5) and 58(1) and (3) of UNCLOS 82.

3. National laws claiming greater rights within maritime zones

It will be recalled that UNCLOS spells out the coastal state’s rights and duties within each maritime zone with regard to international navigation. However, while a few states are not parties to UNCLOS, those that have implemented the Convention have not always done so to the letter. This subsection gives examples of states that have, through their national legislation contrary to UNCLOS claimed greater rights within certain maritime zones. The example of India is discussed. Such somewhat unilateral attitude is considered here in terms of how it could potentially impact on international navigation rights.

It is well known that ships enjoy the right of freedom of navigation in the EEZ based on article 58 of UNCLOS, subject only to the relevant provisions of the Convention. However, the Maldives and Guinea accord to foreign shipping the right, not of freedom of navigation, but of innocent passage, in their EEZs (Molenaar, 1998). Similarly, possible unjustifiable interference with navigation may result from the legislation of Guyana, Mauritius, Pakistan, India and Seychelles, each of which claims the competence to designate certain areas of its EEZ for resource exploitation.

A somewhat detailed examination of the legislation of India, one of the states mentioned above, will give some insight into what this kind of unilateralism is all about. The instrument to refer to is the Indian Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and other Maritime Zone Act, 1976 (hereinafter referred to as the India Act), article 7(6) of which is quite revealing. It reads: Page | 733

The Central Government may, by notification in the Official Gazette —

- (a) declare any area of the EEZ to be a designated area; and
- (b) make such provisions as it may deem necessary with respect to —
 - i. the exploration, exploitation and protection of the resources of such designated area; or
 - ii. other activities for the economic exploitation and exploration of such designated area such as the production of energy from tides, winds and currents; or
 - iii. the safety and protection of artificial islands, offshore terminals, installations and other structures and devices in such designated area; or
 - iv. the protection of the marine environment of such designated area; or
 - v. customs and other fiscal matter in relation to such designated area.³⁷

Clearly, by being potentially limited to the ‘designated areas’ concept, the above national legislation seemingly giving effect to article 211 of UNCLOS 82 does not contain all the elements of compromise on which the article was based. By so doing, India is likely to give priority to her own interests with secondary regard for international navigation rights (Molenaar, 1998).

4. The attitude of coastal states with regard to ships in distress

Ships in distress is a concept that refers to a situation where a ship may wish to head to the port or internal waters of the coastal state, not voluntarily, but exceptionally, in case of emergency. The question then arises whether the coastal state will be willing to accept such a ship in its waters. The point is to understand whether the practice today is for coastal states to consistently allow vessels in such circumstances to enjoy customary navigation and refuge rights.³⁸ All ports lie

³⁷ See The India Act, online: <http://dshipping.nic.th/notices> (accessed on 25/07/2021)

³⁸ Ships in distress enjoy a clear customary right of entry into ports in special cases. Note that although UNCLOS 82 does not clearly provide for rights and duties with regard to places of refuge, IMO has taken up the matter very seriously in recent years.

usually wholly within a state territory and fall on that account under its territorial sovereignty. Customary international law acknowledges in principle full coastal state sovereignty within ports. Based on the principle of territoriality, this authority allows a port state not only to deny in principle access but also to prescribe non-discriminatory laws and regulations that determine conditions for the entry into its ports (1998).

Erika and the *Castor* are two examples of a situation where the need for coastal states to provide places of refuge for ships in distress came to the limelight. The tankers in both cases were denied refuge, and it is believed that the circumstances were such that assistance was genuinely needed, which, if granted, could possibly have minimized the danger (Chircop, 2002). An additional dimension to this problem is that some coastal states can be so apprehensive as to go beyond merely refusing refuge in their ports to ships in distress. Indeed, details about the *Castor* and the *Prestige* show that some countries like Spain and Portugal actually turned away the tankers in distress from their EEZs or coastal waters.

The issue has always been to balance the interest of the coastal state against the danger facing the ship in distress. The IMO has in recent years been active in this domain. In November 2003, the IMO Assembly adopted two resolutions addressing the issue of places of refuge for ships in distress. The first is Resolution A.949 (23) - Guidelines on Places of Refuge.³⁹ The guidelines recognize that when a ship has suffered an incident the best way of preventing damage or pollution from its progressive deterioration is to mend the situation, and that such an operation is best carried out in a safe area (*ibid*). However, coastal states are expected to balance the interest of the affected ship with those of the environment and their own socio-economic considerations.

The second is Resolution A. 950 (23) - Maritime Assistance Services (MAS). It recommends that all coastal states should establish an MAS. The principal purposes would be, among other things, to receive the various reports, consultations and notifications required in a number of IMO instruments, as well as monitoring a ship's situation if such a report indicates that an incident may give rise to a situation whereby the ship may be in need of assistance (*ibid*).

³⁹ For further details of IMO information on places of refuge, see: <http://www.imo.org/safetv/majframe.asp?> (accessed on 28/08/2021).

It is obvious that the above-mentioned IMO resolutions are fairly recent. These are soft law instruments and it seems that the strong desire by coastal states to avoid the risk of pollution does not favour the rather weak customary navigation rights of ships in distress, at least as far as internal waters are concerned. One may even wonder whether coastal states would not act pursuant to article 221 of UNCLOS 82 and the relevant provisions of the Intervention Convention well before any ship in distress got anywhere close to their waters, depending on how serious the pollution threat is. This is usually a decision for the coastal state to make in such difficult circumstances.

IV- Available Remedies under Protective Jurisdiction

If a foreign vessel halts on the grounds of a state's exercise of protective jurisdiction in the contiguous zone or has been successfully pursued for violating protective rights in the contiguous zone, the littoral state will want to implement some kind of penalty against the ship and its crew, especially if actions contrary to customs, fiscal, immigration or sanitary laws applicable in the territorial sea are discovered. In the past, states have implemented a variety of measures against vessels halted in the contiguous zone or after hot pursuit from the contiguous zone: arrest and seizure of the vessel,⁴⁰ criminal penalties against the captain and crew,⁴¹ seizure of contraband⁴² and redirection of vessels. The question of admissible remedies is only significant for incoming vessels in regards to UNCLOS art 33(1)(a) and protective jurisdiction. Since punitive jurisdiction under art 33(1)(b) presupposes a prior violation of territorial laws, a coastal state may eventually exercise criminal jurisdiction over the outgoing vessel based on the territoriality principle when it has returned the vessel to its territory pursuant to art 33(1)(b). The legality of measures to be considered in cases of incoming vessels must revolve around the protective nature of its rights in the contiguous zone.

A- Criminal Penalties against the Captain and Crew

In Kircaoglu and Sanaga, the Italian Court of Appeal convicted the defendants for attempted crimes and of aiding and abetting illegal immigration, a ruling the Court of Cassation then

⁴⁰ Re Martinez (1959) 28 ILR 170, 174; Saiga No 2 [1999] ITLOS Reports 10, [33] (Judge Laing).

⁴¹ Re Martinez (1959) 28 ILR 170, 171; Kircaoglu and Sanaga, above n 1, [F2], M/V Saiga No 2 [1999] ITLOS Reports 10, [34].

⁴² Re Martinez (1959) 28 ILR 170, 174; Saiga No 2 [1999] ITLOS Reports 10, [33] (Judge Laing).

overturned. The Court based its decision to overturn on the assumption that states may not exercise any form of criminal jurisdiction in the contiguous zone. Criminal jurisdiction may follow from the territoriality principle, the active (or according to some, also the passive) personality (or nationality) principle, the universality principle or the flag state principle. The captain and crew of a vessel involved in illegal activities may consequently be arrested and adjudicated by the coastal state if they are its nationals under the active personality principle, or, in cases of human trafficking, potentially under the universality principle.⁴³ If the ship flies the coastal state's flag,⁴⁴ it may instigate criminal penalties itself or consent to measures by the arresting state.⁴⁵ However, if such a foundation of criminal jurisdiction is not applicable, the arrest and adjudication cannot be based on the territoriality principle if the activities have not taken place in the territorial sea of the coastal state but solely in its contiguous zone. The principle of territorial criminal jurisdiction is restricted to the territorial sea (subject to certain limitations, such as the right of innocent passage) and does not apply to the contiguous zone.⁴⁶ In his separate opinion in *Saiga No 2*, Judge Laing alludes to the doctrine of objective or effects jurisdiction.⁴⁷ He holds it tenable that conduct occurring in the contiguous zone which is part of the jurisdictional facts or actus reus of conduct intended or due to occur or actually occurring in the territorial sea or other territorial areas can be punished as long as the vessel is apprehended in the course of the exercise of some legitimate means of control.⁴⁸

UNCLOS art 97 seems to contradict the doctrine of effects jurisdiction by supporting the notion that UNCLOS as a whole solely refers to the flag state principle to award criminal jurisdiction.[119] Furthermore, Judge Laing himself provides an argument, which offers serious doubt as to whether UNCLOS art 33(1)(a) was meant to include the doctrine of effects jurisdiction

⁴³ Some consider human trafficking, in particular of women and children, as a crime similar to enslavement, which falls under the purview of universal jurisdiction: see, eg, Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford University Press, 3rd ed, 2014) 356.

⁴⁴ UNCLOS art 97.

⁴⁵ Smuggling Protocol art 8(2)(c).

⁴⁶ UNCLOS art 27(1): 'The criminal jurisdiction of the coastal State should not be exercised on board a foreign ship passing through the territorial sea to arrest any person ... in connection with any crime committed on board the ship during its passage, save only in the following cases'. In principle, therefore, criminal jurisdiction of the coastal state exists in the territorial sea, even if UNCLOS art 27 limits its exercise. Cf Tanaka, above n 44, 125; Cataldi and Iovane, above n 1, 420; Shearer, above n 31, 326.

⁴⁷ *Saiga No 2* [1999] ITLOS Reports 10, 163 [16]. Cf Cameron, above n 67, 714: assuming that protective jurisdiction in the contiguous zone includes the 'protective principle' of criminal jurisdiction.

⁴⁸ *Saiga No 2* [1999] ITLOS Reports 10, 163 [16].

by establishing protective jurisdiction in the contiguous zone. According to UNCLOS art 27(5), criminal jurisdiction may not be exercised during innocent passage of a vessel in the territorial sea for offences committed before the ship entered the territorial sea. As Judge Laing puts it: ‘it could not have been intended that article 33 provides more authority relating to the identical conduct in respect of which article 27 requires restraint’.⁴⁹ In fact, a vessel would find greater protection by navigating towards the territorial sea than by fleeing to the high seas.⁵⁰ Therefore, if the flag state principle, the personality (nationality) principle or the universality principle do not apply, the coastal state may not arrest and adjudicate the vessel’s crew and captain. Penalties enacted by the littoral state based on violations against laws prescribed in accordance with UNCLOS arts 56 and 73 remain untouched.⁵¹

B- Arrest and Seizure of the Vessel

States have in the past resorted to arresting and seizing vessels inside the contiguous zone or after hot pursuit from that zone. For example, in *Saiga No 2* Guinea seized the oil bunker flying the flag of St Vincent and the Grenadines upon hot pursuit from the contiguous zone onto the high seas.⁵² Especially in cases of potential fiscal violations coastal states will regularly want to seize the vessel, if only as collateral. Given the protective nature of the rights enshrined in UNCLOS art 33(1)(a), the arrest and seizure of vessels would have to be necessary for an effective protection of the territorial sea of the coastal state. Consideration must at the same time be given to the freedom of the high seas and the flag state principle, which in principle prevail in the contiguous zone.

It is submitted that the arrest and seizure of vessels in the contiguous zone for activities having taken place entirely therein are not generally covered by the administrative jurisdiction

⁴⁹ *Saiga No 2* [1999] ITLOS Reports 10, 162 [15].

⁵⁰ Churchill and Lowe, above n 7, 137.

⁵¹ In particular, littoral states may in their EEZ prescribe and enforce sanctions against maritime pollution, in so far as the laws do not impair the rights and duties of the flag state: Alan E Boyle, ‘Marine Pollution under the Law of the Sea Convention’ (1985) 79 *American Journal of International Law* 347, 360.

⁵² Republic of Guinea, ‘Counter-Memorial: Submitted by the Republic of Guinea’, *M/V ‘Saiga’ (No 2) (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea)*, [32]–[33].

stipulated in art 33(1)(a).⁵³ Such powers would cripple the underlying principles that prevail in the contiguous zone and ultimately lead to their erosion and the implementation of hardly repressible, wide-ranging state powers in the contiguous zone.⁵⁴ Since an actual violation of coastal state laws cannot occur while a vessel navigates the contiguous zone, the arrest and seizure of a vessel on the grounds of an anticipated violation in the territorial sea would take the administrative and protective nature of the contiguous zone too far.⁵⁵ However, the right to seize the vessel on the grounds of exercising legitimate criminal jurisdiction remains untouched.

C- Seizure of Contraband and Illicit Trafficking of Narcotic Drugs

The seizure of contraband, especially narcotic drugs, discovered in the contiguous zone upon a lawful inspection seems a well-established practice amongst coastal states.⁵⁶ Although the international law of the sea offers little guidance on the illicit traffic of narcotic drugs, recurrence should be had to the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances ('1988 Convention'),⁵⁷ which 190 state parties have ratified.⁵⁸ Articles 17(3)–(4) of the Convention permit the boarding and search of vessels and approve of 'appropriate action with respect to the vessel, persons and cargo on board' under the preconditions that there exist reasonable grounds to suspect the vessel is engaged in illicit traffic and that the respective flag state has authorised the requesting state to take appropriate measures. At the same time, any action taken in accordance with art 17 shall take due account of the international law of the sea and the rights and obligations it confers.⁵⁹ The 1988 Convention therefore leaves little ambiguity for measures allowed under the purview of protective jurisdiction in the contiguous zone. Since

⁵³ See Shearer, above n 31, 330; Fitzmaurice, 'Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea', above n 39, 114–15; O'Connell, above n 39, 1059. See also UNCLOS art 97(3): which refers to the flag state principle regarding the seizure of a vessel concerning matters of collision or navigation.

⁵⁴ Fitzmaurice observes 'that only by insistence on ... limitations is it possible to prevent coastal States from treating the contiguous zone as virtually equivalent to territorial sea': Fitzmaurice, 'Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea', above n 39, 115. Contra Shigeru Oda, 'The Concept of the Contiguous Zone' (1962) 11 *International & Comparative Law Quarterly* 131, 132, 153.

⁵⁵ Accordingly, neither in the M/V 'Saiga' case, nor in the Arctic Sunrise (2015) has it been held that the vessel was lawfully seized, even if for different reasons: Saiga No 2 [1999] ITLOS Reports 10.

⁵⁶ Office on Drugs and Crime, 'Practical Guide for Competent National Authorities under Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988' (Report, January 2004) 111

⁵⁷ United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, opened for signature 20 December 1988, 1582 UNTS 95 (entered into force 11 November 1990) ('1988 Convention').

⁵⁸ As of March 2018: United Nations, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances United Nations Treaty Collection.

⁵⁹ 1988 Convention art 17(11).

UNCLOS arts 33(1)(a) and 111 acknowledge the right to halt, search, and inspect vessels and verify its relevant data, such control in the contiguous zone regarding vessels suspected of illicit drug trafficking is always permissible. Further measures must then adhere to the restrictions of the 1988 Convention: ‘appropriate action’ such as the seizure of illicit drugs or penalising the crew can only be undertaken upon authorisation of the respective flag state. Article 4⁶⁰ of the 1988 Convention sets the limits of exercising jurisdiction over persons involved in illicit drug trafficking by recognising territorial jurisdiction, the personality (nationality) principle and the principle of *aut dedere aut iudicare*.⁶¹ The 1988 Convention only concerns the illicit trafficking of narcotic drugs. Its provisions cannot be applied analogously to cases outside the scope of drug trade. The restrictive and distinct provisions of the Convention show, however, that the contiguous zone, as part of the high seas, is subject to the flag state principle and any exercise of control over vessels beyond orders to stop, searches, inspections and verifications require restraint.

D- Permissible Remedies under Protective Jurisdiction

Assuming that criminal penalties against the captain and crew of a vessel in the contiguous zone as well as the seizure and arrest of the vessel are generally not covered by UNCLOS arts 33(1)(a) and 111 outside cases of illicit drug trafficking, states require some kind of rights to institute remedies against vessels attempting illegal activities so as to not render the right of hot pursuit meaningless. If there were no measure available, a coastal state would have absolutely no interest in pursuing a fleeing ship to the high seas. Such remedies must remain within the administrative nature of the contiguous zone. Coastal states may therefore register the names of the crew, inform the respective flag state of the identified offences as well as impose warnings and prohibit the vessel to enter the territorial sea.⁶² Furthermore, a coastal state may also want to redirect the vessel to the high seas, another state’s port or the vessel’s homeport. This measure may, in fact, prove to be very effective when combatting, *inter alia*, illegal immigration, illegal bunkering of oil or untenable sanitary conditions. A redirection of the vessel to its home port or its

⁶⁰ As of March 2018: United Nations, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances United Nations Treaty Collection.

⁶¹ When no state requests extradition: *ibid* art 4(2).

⁶² Khan, *above n* 58, 265.

flag state enables the port or flag state to exercise its jurisdiction and to take the necessary measures to remove the relevant disturbance.

States have succumbed to different approaches and strategies regarding the interception and redirection of vessels involved in illegal immigration. The EU, for instance, has tolerated the repatriation of immigrants to Libya by the Italian Navy, a practice the European Court of Human Rights condemned.⁶³ Nevertheless, the recent surge in immigration across the Mediterranean Sea has led the EU to reconsider the practice of repatriation, at least in so far as migrants rescued off the Libyan coast would be temporarily returned to camps in Libya, from where their claims to asylum would be processed.⁶⁴ Australia on the other hand, regularly redirects vessels to third states such as Cambodia, Nauru or Papua New Guinea as well as to the asylum seekers' home states.⁶⁵ Australia's practice has, however, received harsh criticism from international lawyers, primarily because of the untenable circumstances under which asylum seekers suffer in the respective places to which they are redirected.⁶⁶ As Seline Trevisanut suggests, 'interception and redirection is not clearly provided for by the wording of [UNCLOS art 33(1)(a)], but it is not forbidden either'.⁶⁷ Administrative jurisdiction must, to be effectively protective, include the interception or redirection of vessels to territories, which may legally exercise jurisdiction over captain, crew and vessel. However, states must also comply with the principle of proportionality stipulated by UNCLOS art 33(1): the measure taken must be 'necessary'.⁶⁸ Interpretation in accordance with VCLT art 31(3)(c) requires a state to take into account different legal regimes of public international law when assessing the question of necessity. In the case of illicit drug trafficking states will have to consider the 1988 Convention. In the case of migration across the high seas coastal states will have to respect the duty to render assistance at sea⁶⁹ and the principle of non-refoulement as well as other principles of refugee law.⁷⁰

⁶³ *Hirsi Jamaa and others v Italy* (Judgment) (2012) European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application No 27765/09, 23 February 2012) ('Hirsi Jamaa').

⁶⁴ Migrant Crisis: Macron Unveils Plans After Meeting (28 August 2017)

⁶⁵ Australia Asylum: Why is it Controversial? (3 August 2016) BBC News

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Seline Trevisanut, 'The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection' (2008) 12 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 205, 232–3.

⁶⁸ *Ibid.* 233.

⁶⁹ UNCLOS art 98.

⁷⁰ *Hirsi Jamaa* (European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application No 27765/09, 23 February 2012) [123]; Trevisanut, above n 138, 233.

By virtue of protective jurisdiction under UNCLOS arts 33(1)(a) and 111, the law of the sea in principle allows for the redirection of a vessel upon interception inside the contiguous zone or upon hot pursuit from that zone.

Conclusion

Page | 741

The rule of universality of the territorial waters is as old as the existence of the sea itself which many considered as a prestige for the protection and recognition of humanity and confidence. It becomes the duty of every States irrespective of the nationality occupies in ensuring that activities on the territorial waters should be done in such a manner that will maintain the security and safety of the Seas. Its remains an acceptable rule and tradition that the United Nations Convention of the Law of the Sea has been appreciated and applauded by many as the bedrock and fundamental when issues of protecting the seas is concerned by regulating the activities of the States in compliance with established recognised laws of the sea, but these laws remain and continue to be questionable as we still experience violations of the territorial waters. The issue of violations of the territorial waters by many states as the claimed ownership and dominion over the seas poses or establishes the weaknesses of the UNCLOS in matters relating to the safeguard and protection of the high seas. The rule will always remain that, even though no State should claim jurisdiction over the territorial waters and the high seas, there will always be violation of this principle and rule by some States making universality of the high seas a common nightmare and difficult in arriving a common consensus in questioning the notion of jurisdiction of the territorial waters. Anyways, with all these complications and controversies surrounding the territorial waters, the sea will always remain a good place for human existence which need to be sustained and conserved, as what we obtained must be maintained so as to sustained.

R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

