



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, Vol. 3, N°1 – Janvier 2023



COMITE SCIENTIFIQUE

Pr Victor – Emmanuel BOKALLI

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Najet BRAHMI

Professeur, Université de Tunis El Manar ;

Pr Athanase FOKO

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Loth Pierre DIWOUTA AYISSI

Maître de Conférences, Université de Yaoundé II;

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. MOKTAR ADAMOU

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;

Pr Maturin NNA

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

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. Victorine KAMGOUI KUITCHE

Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Nadège JULLIAN

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

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr Emmanuel D. KAM YOGO
Professeur, Université de Douala ;

Pr Emilia ONYEMA
Professor, SOAS University of London;

Pr Aron LOGMO MBELECK
Professeur, Université de Douala ;

Pr Maurice KOM KAMSU
Maître de Conférences, Université de Maroua

Pr VOUDWE BAKREO
Agrégé des Facultés de droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Ramses AKONO ADAM
Agrégé des Facultés de Droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Michel Aristide MENGUELE MENYENGUE
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. Sandie LACROIX-DE SOUSA
Maître de Conférences HDR, Université d'Orléans ;

Pr Nicolas Junior YEBEGA NDJANA
Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr Fred Géremi MEDOU NGOA
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse MBATONGA
Maître de Conférences, 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.

Directeurs :
Dr. BAMANGA DAGA Guidakré
Dr. ETABA ABANA Rémi

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

Rédactrice en Chef Adjointe

Dr. Calice Cléopâtre MAINIBE TCHIOMBE
Université de Ngaoundéré.

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

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waraï Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Josué DIGUERA
Dr. Alice TOUAIBA TIRMOU
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 Ange MESSI MBALLA
Dr. Linda DJARSOUMNA
Dr Djidjioua GARBA ISSA
Dr Norbert DOURGA

Dr. Franklin Kennedy ASSONJI FONGUE
Dr. WILLARBANG ZUINSSA
Dr. YAOUBA HAMADOU A.
Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA
Dr. Ibrahima HALILOU
Dr. Raissa PAYDI
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. Bienvenu DOMBA
Mme Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA
M. ARI HAMADOU GUY
Mme MOUANGA MOUSSEVOULA G.
Dr. Adama SALME
Dr. Elie SAPITODEN
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

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 :

- Toute proposition d'article doit être rédigée en format Microsoft Word, en police *Times New Roman*, caractère 12, et en interligne 1,5. Elle comportera un résumé en français et en anglais, des mots clés en français et en anglais, une introduction, un développement contenant un plan à deux parties (I- II- pour les parties ; A- B- pour les sous-parties, et éventuellement des petits 1 et 2), une conclusion. L'ensemble de la contribution doit tenir sur quinze (15) pages au minimum et trente-cinq (35) pages au maximum.
- Chaque proposition d'article doit débiter, juste après l'intitulé de la contribution qui doit être en français et en anglais, par une brève notice biographique précisant l'identité du (des) auteur(s) : Noms et prénoms, titre ou grade universitaire ou profession pour les praticiens non universitaires, l'affiliation institutionnelle.

Références (sources) :

Les références (sources) sont obligatoires dans une proposition d'article. Elles doivent être présentées sur la base du modèle infrapaginale.

Dès lors les références (sources) doivent être présentées en bas de page (notes) selon le style suivant :

- **Pour un ouvrage :** Nom en Majuscule, Initiale du(es) prénom(s) du(es) auteur(s) entre parenthèses, intitulé de l'ouvrage en italique, Ville d'édition, Maison d'Édition, Année, page(s).

Exemples :

Page | v

Un auteur : ONANA (J.), *Gouverner le désordre urbain. Sortir de la tragique impuissance de la puissance publique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p.6 ;

Deux auteurs : OST (F.) et VAN DE KERSHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du Droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 2010, p. 103

Trois auteurs : BOUSSAGUET (L.) & al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p.6

- **Pour un article publié dans une revue :** Nom(s) en majuscule, Initiales du(es) Prénom(s), intitulé de l'article entre guillemets, nom de la revue ou de l'ouvrage collectif dans lequel il est publié en italique, numéro de la revue, Année de parution, pages ;

Exemple : BOKALLI (V.E.), « la protection du suspect dans le code de procédure pénale », *R.A.S.J.*, vol. 4, n° 1, 2007, p.6

- **Pour un chapitre d'ouvrage :**

LEVÊQUE (A.), « Chapitre 2 : La sociologie de l'action publique », in JACQUEMAIN (M.) & FRERE (B.), *Epistémologie de la Sociologie. Paradigmes pour le XXIe siècle*, De Boeck Supérieur, Collection « Ouvertures sociologiques », 2008, p.6

- **Pour un document internet :**

Exemple :

Organisation Mondiale de la Santé, Global status report on violence prévention, 2014, disponible en ligne sur http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/

- **Pour tout document non publié (mémoire, thèse...) :**

Exemple : MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie de Strasbourg, 1987, p.6

Langue et style de rédaction :

Page | vi

- Chaque proposition d'article doit être rédigée en français ou en anglais
- L'usage des transitions et chapeaux est impérative

Soumission, examen des propositions et responsabilités :

- Les propositions d'articles doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse électronique suivante : redactionridsp@gmail.com Tout texte soumis à la Revue Internationale de Droit et Science Politique fait l'objet d'une double évaluation aveugle (sous anonymat).
- Les contributions soumises à la Revue Internationale de Droit et Science Politique doivent l'être en toute exclusivité.
- Les opinions exprimées dans les contributions sont propres à leurs auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de la Revue Internationale de Droit et Science Politique. Les auteurs s'engagent, toutefois, à céder leurs droits à la Revue Internationale de Droit et Science Politique.

Le Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

SOMMAIRE

❖ **Droit Privé**

Intégration juridique et pratiques judiciaires dans l'espace OHADA : vers la transformation du droit OHADA en un droit non communautaire.....	1
<i>Eric DEWEDI</i>	
La sécurité de l'emploi face aux innovations sociales au Benin	31
<i>Baï Irène Aimée KOOVI</i>	
Le licenciement des salariés protégés au Mali.....	60
<i>Souleymane DIARRA</i>	
La délégation de l'autorité parentale en droit positif béninois.....	90
<i>KPENGLA-SOUNOU Zowatchy Oswald</i>	
Quelles réponses face à la violence terroriste au Cameroun : regard croisé sur une politique criminelle en quête de repères.....	123
<i>ABA'A ELLA Pierre</i>	
Les règlements des litiges par voie transactionnelle en matière douanière.....	139
<i>LEKANE Micheline</i>	
La problématique de la protection contre les atteintes à la vie privée dans le cyber espace camerounais : cas des délits de <i>Revenge Porn</i> et de <i>Sextape</i>	173
<i>MMAN RAYMOND</i>	
La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée.....	199
<i>NKEA NDZIGUE Francis</i>	
Libres propos sur la généralisation de la fiducie en droit OHADA à la lumière des droits anglo-saxon, écossais et français.....	239
<i>MBOKE Anne</i>	
L'action en justice du salarié contre son employeur.....	285

Ruben AKONO MINLO

La compétence pénale de la cour constitutionnelle à l'égard d'un ancien premier ministre à la lumière de la législation et de la jurisprudence congolaise.....301

Jean-Pitié MUTOMBU KAYAKEZ

La contrebande en droit répressif douanier de la zone CEMAC.....330

MAMDOM TAGNE Sara Milca

La sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées dans l'espace OHADA.....353

KWANKIRIYO NOTONG Isaac

Ineffectivité de la législation sur l'interception des communications au Mali.....370

Samba SISSOKO et Dr Boubacar BADJAGA

La continuation de l'activité de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire OHADA.....389

MEVA'A Gérard Müller

La responsabilité pénale du banquier dans le financement des entreprises en difficultés en droit OHADA.....415

NYOBE John Fabrice

La sécurisation des informations secrètes d'une entreprise soumise à une procédure collective d'apurement du passif.....448

NKOUAMO NGNEGUE Luc Norbert

La médiation pénale juvénile en République Démocratique du Congo.....475

KAMBALE VISO Élisée

L'impact des facteurs socioculturels et la liquidation de la protection des droits du conjoint au Mali.....493

Alou Coulibaly Et Alpha Yaya Dembele

Le jugement des infractions de terrorisme : un jugement défiant le droit commun.....519

KAPJIP TCHATCHOUA Françoise

La tierce opposition en droit de l'arbitrage OHADA.....540

NYANDA MKAMWA Williams

❖ **Droit Public**

Le principe de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles : quelle réception en droit camerounais?.....558

MPALLA NGABETOLO Armel Zacharie

Coopération décentralisée et aménagement urbain dans le droit de la décentralisation au Cameroun.....577

MANGA Jérôme Manfred

❖ **Science Politique**

De la prévention de la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun : Entre acteurs, éducations et programmes.....601

Olivier Magloire MANGA

Une analyse micro-sociologique d'un parti politique : le MDR ou l'autopsie de l'opposition camerounaise.....628

FENDJONGUE HOULI

❖ **English Law**

Consumer privacy and the banker's duty of secrecy in Cameroon: a critical appraisal of the recent reforms.....652

Kwati Evelyn Baninjoyoh

A critical appraisal of the concept of immunity from prosecution under the cameronian criminal law.....675

OJONG Lionel ATOM

Assessing and Evaluating the Legal Normative Climate on Violence Against Women in Cameroon: A Re-Examination of the various National Legislations Combating Female Violence in Cameroon.....695

Adna Ebude Enang



DROIT PRIVE

Intégration juridique et pratiques judiciaires dans l'espace OHADA : vers la transformation du droit OHADA en un droit non communautaire

Legal integration and judicial practices in the OHADA space : towards the transformation of OHADA law into non-community law

Page | 1

Par :

Eric DEWEDI

Agrégé de droit privé

Université de Parakou, Bénin

Doyen honoraire

Résumé :

Les pratiques judiciaires dans l'espace OHADA ne favorisent pas assez l'intégration juridique mais conduisent plutôt à la transformation du communautaire en un droit non communautaire. En effet, il y a une incertitude sur l'harmonie des décisions des juridictions de l'espace OHADA. L'une des sources de cette incertitude réside dans le développement des pratiques judiciaires entravant la saisine de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Cette incertitude résulte également de la résurgence des pratiques judiciaires de résistance, aussi bien active que passive à la bonne exécution des décisions de la CCJA.

Un autre facteur qui empêche les pratiques judiciaire de réaliser l'intégration juridique judiciaire concerne les risques d'imprévisibilité des solutions aux contentieux d'affaires. L'OHADA a fait l'option d'un abandon total des questions de procédures des juridictions de font des Etats parties aux lois nationales des Etats parties. Il en résulte une diversité inévitable des sources des règles et des pratiques de procédures et une disparité non maîtrisée de l'organisation judiciaires des Etats. Les risques d'imprévisibilité que cela occasionne et encore accru par m'absence regrettables des principes directeur uniforme du procès dans l'espace OHADA.

Pour atteindre ces objectifs et assurer la sécurité juridique en droit des affaires, l'OHADA devra engager des réformes qui feront des pratiques judiciaires dans l'espace OHADA, des pratiques véritablement au service de l'intégration juridique dans le domaine du droit des affaires en Afrique.

Mots clés : contentieux d'affaire ; juridiction de fond ; juridiction de cassation ; harmonie des solutions ; imprévisibilité ; sécurité juridique ; principes directeurs uniformes du procès ; pratique judiciaires ; intégration juridique ; droit communautaire.

Summary:

Judicial practices in the OHADA space do not sufficiently promote legal integration but rather lead to the transformation of community into non-community law. Indeed, there is uncertainty about the harmony of the decisions of the courts of the OHADA space. One of the sources of this uncertainty lies in the development of judicial practices that hinder referral to the Common Court of Justice and Arbitration (CCJA). This uncertainty also results from the resurgence of judicial practices of resistance, both active and passive, to the proper execution of CCJA decisions.

Another factor that prevents judicial practices from achieving judicial legal integration concerns the risks of unpredictability of solutions to business disputes. OHADA has opted for a total abandonment of the procedural questions of the courts of fact of the States parties to the national laws of the States parties. The result is an inevitable diversity of sources of procedural rules and practices and an uncontrolled disparity in the judicial organization of States. The risks of unpredictability that this causes are further increased by a regrettable absence of the uniform guiding principles of the trial in the OHADA space.

To achieve these objectives and ensure legal certainty in business law, OHADA will have to initiate reforms that will make judicial practices in the OHADA area practices truly at the service of legal integration in the field of business law in Africa.

Keywords: business litigation; substantive jurisdiction; Court of Cassation; harmony of solutions; unpredictability; legal security; uniform trial guidelines; judicial practice; legal integration; Community law.

Introduction

L'influence des pratiques judiciaires sur l'intégration juridique dans l'espace OHADA est une question pas ou peu abordée chez les auteurs. Généralement, l'on accorde une plus grande importance aux Actes uniformes en soit sans s'interroger sur l'impact que les pratiques judiciaires ont sur l'effectivité de ces Actes uniformes et par voie de conséquence sur l'intégration juridique dans l'espace OHADA. On verra bien qu'il s'agit d'une question centrale dans l'espace OHADA dans la mesure où l'intégration juridique en Afrique en droit des affaires passe par l'implantation du droit OHADA dans les Etats membres et sa bonne application par les instances judiciaires qui en ont la charge.

En effet, comme le souligne Carbonnier, « *est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage que l'on appelle arbitre ou juge*¹ ». L'intégration juridique qui est une donnée essentielle dans la réalisation du développement économique de ces Etats est tributaire de la pratique judiciaire découlant de ce droit. Bergel souligne à cet effet que « *l'appréciation d'un litige par le juge suppose à la fois la constatation des faits et l'application de la règle de droit*² ». Le juge doit ici, s'entendre de tous les organes qui exercent la fonction judiciaire³. En vertu du traité constitutif de l'OHADA, la fonction de juge est ainsi dévolue aux juridictions des Etats parties statuant en première instance et en appel⁴ et à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA⁵. Ils sont investis par l'OHADA de connaître du contentieux relatif à l'application des Actes uniformes. Ils sont alors les acteurs de premier plan de l'intégration juridique de l'OHADA dans mesure où la non application ou la mauvaise application des Actes uniformes dans la pratique judiciaire aboutirait à une transformation du droit communautaire en un droit non communautaire et serait l'échec de l'intégration juridique dans l'espace OHADA.

Si l'on part de l'analyse de Durkheim selon lequel le droit est un fait social⁶, la réflexion sur la transformation du droit communautaire en un droit non communautaire constitue analyse de l'impact social de la volonté de l'OHADA de réaliser l'intégration juridique et judiciaire en

¹ CARBONNIER J., *Flexible droit*, 5^e édition, Paris, p. 22.

² BERGEL J.L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e édition, Paris, 1999, p. 306

³ BERGEL J.L., *op. cit.*, p. 312.

⁴ Voir article 13 du traité.

⁵ Voir article 14 du traité.

⁶ Voir GURKEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, 7^e édition, Paris, 1919.

Afrique. Elle est d'une actualité permanente et s'inscrit dans les études plus globales sur l'attractivité du droit OHADA⁷. Elle est d'une utilité pratique car elle permet d'analyser si les pratiques judiciaires dans cet espace sont de nature à favoriser ou à entraver l'intégration.

La notion de pratiques judiciaires n'a pas fait l'objet d'une définition spécifique du législateur OHADA. Selon le dictionnaire français des synonymes, la pratique judiciaire signifie aussi procédure d'audience⁸. Ainsi perçue, la pratique judiciaire est propre à chaque juridiction⁹. Elle peut varier d'une juridiction à une autre. Ainsi, dans l'espace judiciaire de l'OHADA, il y a la pratique judiciaire de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui est, conformément à l'article 14 du traité de l'OHADA, la juridiction suprême de l'OHADA dans le domaine du droit des affaires¹⁰. Il y a aussi dans cet espace la pratique judiciaire de chaque juridiction nationale statuant selon son champ de compétence sur le droit OHADA¹¹. Cela conduit alors à admettre qu'il y a une diversité de pratiques judiciaires en droit OHADA, une diversité de pratiques qui est parfois source de conflit¹².

Or, le droit OHADA est constitué principalement des règles uniformes applicables dans chaque Etat partie. Le traité constitutif de l'OHADA prévoit dans ce sens en son article premier que le droit OHADA sera constitué de « ... règles communes, simples, modernes et adaptées¹³ ... ». Dans le même sens également, le traité précise que : « les actes pris pour l'adoption des

⁷ MBAYE K., « L'unification du droit en Afrique », Revue sénégalaise droit, 1971, n°10, p. 71 ; MBAYE K., « L'Histoire et les objectifs de l'OHADA », Les petites affiches, 2004, n°20 ; DIOUF A. et BA Y., « vers une harmonisation-réconciliation économique et juridique », in *marchés tropicaux* 1993, p. 1193 ; FEVILIYE DAWAY C.I., « l'OHADA ou le droit au service de l'économie », in *Revue congolaise du droit des affaires* 2010, éd. Spéciale n°2 ; KOM KAMSU M., « les Etats parties à l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales », *Revue droit uniforme* 2010, n°1, vol. XV, p. 73 ; YOUNSI J., « l'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire », *Juris-périodique* 1997, n°30, p. 98.

⁸ <https://dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/pratique+judiciaire>, consulté de 20 mars 2019 à 9h16 TU.

⁹ Voir EUDES M., *La pratique judiciaire interne à la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Pedone Paris, 2005.

¹⁰ AQUAREBURU A.C., « La procédure contentieuse applicable devant la CCJA », *Revue de droit uniforme africain* n°3, 2010, p.18 ; ASSI E.A., « La cour commune de justice et d'arbitrage : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC* 4-2005, p. 943 ;

¹¹ ZINZINDOHOUE A., « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », *Revue de droit des affaires internationales*, 2000, n°2, p. 227.

¹² ADJITA A.S., « Les problèmes de cohabitation entre la CCJA et les Cours nationales de cassation », *Revue de droit uniforme africain*, n°3, 2010, p.86, ohadata D-11-73 ; DECKON F.K., « Les conflits de compétence », *Revue de droit uniforme africain*, n°3, 2010, p 65, ohadata, D-11-69 ;

¹³ Article 1^{er}.

règles communes prévues (...) sont qualifiés d'Actes uniformes¹⁴ ». Ils « (...) sont préparés par le secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats parties. Ils sont délibérés par le Conseil des Ministres après avis de Cour commune de justice et d'arbitrage¹⁵ ».

La dénomination que l'OHADA a choisie pour qualifier les règles uniformes en question est celle de « *Actes uniformes* » et constitue une première dans le vocabulaire des actes adoptés dans le cadre d'une organisation internationale. Les commentateurs du traité ont souligné à cet effet que cette nouvelle dénomination enrichit le vocabulaire de la nomenclature des actes adoptés par les organisations internationales¹⁶. Avec ses 17 Etats membres, l'OHADA a ainsi adopté dix (10) actes uniformes qui couvrent les domaines suivants : le droit commercial général, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêts économiques, les sociétés coopératives, le droit comptable, les sûretés, le recouvrement des créances, les procédures collectives, le transport, l'arbitrage et la médiation¹⁷.

Tel que le prévoit l'article 7, complétant l'article 6 du traité, leur adoption a suivi trois étapes qui témoignent de la volonté des Etats de réaliser une intégration qui inclut toutes les parties prenantes. Ces étapes sont dans un premier temps, la communication des projets d'Actes uniformes aux gouvernements des Etats parties qui disposent d'un délai de trois mois, plus précisément de quatre-vingt-dix jours pour examiner le projet et proposer des amendements. Cette phase est celle où les Etats membres apportent leurs touches à l'élaboration des Actes uniformes. Il est bien précisé que les projets sont transmis aux gouvernements des Etats parties¹⁸. Le traité constitutif laisse ainsi aux Etats membres la liberté d'organiser les procédés suivant lesquels ils vont étudier et amender les projets d'Actes uniformes qui leur sont envoyés par le secrétariat permanent.

Ainsi, les Actes uniformes ne sont pas des textes pris en dehors des Etats. Ce sont des textes qui sont adoptés en collaboration avec eux. Ceci constitue un important facteur d'implantation du droit OHADA dans les Etats membres. De sorte que l'on note que chaque fois qu'un Acte uniforme est adopté, il ne fait pas l'objet d'une contestation de la part des Etats membres. Cela se comprend

¹⁴ Voir article 5.

¹⁵ Voir article 6.

¹⁶ GUEYE B., NOUROU TALL S., KAMTO M., « commentaire Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, entré en vigueur le 18 septembre 1995 tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008 et entré en vigueur le 21 mars 2010 », in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, p.32.

¹⁷ <http://www.ohada.com/actes-uniformes.html>, consulté le 28 aout 2018 à 8h04mn.

¹⁸ Voir articles 6 et 7.

d'autant plus que les projets d'Actes uniformes, une fois étudiés et amendés par les Etats parties, sont soumis à l'adoption du Conseil des ministres après avis de la CCJA.

Le Conseil des ministres est, après la conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement, un organe décisionnel de l'OHADA¹⁹. Il est composé du ministre de la justice et du ministre en charge des finances de chaque Etat partie²⁰. Etant donné que l'OHADA comprend 17 membres à ce jour, le conseil des ministres est composé de 34 membres. Mais, dans le cadre de l'adoption des Actes uniformes et de tout autre acte de l'organisation, chaque Etat dispose d'une voix au sein du conseil des ministres.

Selon traité, l'adoption des Actes uniformes se fait à l'unanimité des représentants des Etats présents et votants²¹ alors que, s'agissant des actes entrant dans ses compétences administratives et réglementaires, le conseil des ministres délibère à la majorité absolue. La règle de l'unanimité ainsi instaurée pour l'adoption des actes uniformes est un facteur positif pour l'implantation du droit OHADA dans les Etats membres car chaque ministre votant pour le compte de son Etat, manifeste l'acceptation de cet Etat à appliquer les actes uniformes sur le territoire de l'Etat. Cet engagement lie ainsi toutes les institutions des Etats, y compris en premier lieu les institutions judiciaires qui ont responsabilité de premier plan dans l'application des actes uniformes.

Cependant, la réalité pourrait bien révéler une dichotomie entre l'engagement des Etats à travers le Conseil de ministres de l'OHADA et les organes judiciaires des Etats parties qui pourraient avoir des raisons de ne appliquer spontanément le droit OHADA aux litiges relevant du droit des affaires. Or, la vitalité de l'OHADA est fonction de la bonne collaboration des Etats membres à ses différents organes et institutions. Les pratiques judiciaires dans l'espace OHADA, qui sont alors des pratiques relatives à l'application des Actes uniformes dans les contentieux d'affaire²², constituent l'un des éléments de cette vitalité. La question qu'il convient alors de se

¹⁹ FEVILIYE-DAWEY C.I., « la révision du traité de l'OHADA », in *Revue camerounaise droit des affaires*, n°1, p. 35, Ohadata D-10-09 ; ONANA ETOUNDI F., « la révision du traité OHADA de Port-Louis », in *Penant* 2000, n°865, p. 397.

²⁰ Voir article 26.

²¹ Article 8.

²² FEVILIYE-DAWEY C.I., « la problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique francophone », in *Penant*, 2004, p.136 ; ANOUKAHA F., « La délimitation des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage et les cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créances », *Juris périodique* 2004, n°59, p. 118.

poser est de savoir si les pratiques judiciaires au service de la mise en œuvre des Actes uniformes favorisent l'intégration juridique en Afrique ou si au contraire elles aboutissent à la transformation du droit communautaire OHADA en un droit non communautaire ?

L'objectif de cette problématique est d'évaluer la contribution des pratiques judiciaires à l'intégration juridique dans l'espace. Dans cette perspective, on peut avancer comme hypothèse qu'il y a un accroissement de règles et de pratiques de procédure en droit OHADA qui handicapent l'intégration juridique et judiciaire dans ledit espace et qui pourrait conduire à terme, à une transformation du droit communautaire OHADA en un droit non communautaire.

Mais avant d'aller plus loin, il convient de souligner que des réflexions ont déjà été menées sur l'influence des pratiques judiciaires sur l'intégration juridique de l'espace OHADA. C'est le cas notamment de celle menée par M. Noël Gbaguidi²³ sur l'intégration juridique et la circulation des décisions de justice dans l'espace OHADA. Dans une autre étude, M. Eugène Assepo Assi s'est efforcé de rechercher si la CCJA ne serait pas, en raison du pouvoir d'évocation qui lui est reconnu, un troisième degré de juridiction²⁴. M. Félix Fanou a, quant à lui, analysé la place de recours en cassation en Droit OHADA²⁵. Sous l'angle des droits de l'homme, MM. Stefaan Smis et Evariste Lelo Phuati ont recherché si l'institution de la CCJA est un péril pour l'effectivité du droit d'accès à un juge dans l'espace OHADA²⁶. A la différence de toutes ces études qui ont été déjà réalisées, la présente vise à démontrer que les pratiques judiciaires dans l'espace OHADA comportent un risque de transformation du droit communautaire OHADA en un droit non communautaire.

La méthode utilisée dans ce sens combine l'analyse documentaire avec la Recherche empirique. Au regard de cette démarche méthodologique, les résultats obtenus révèlent qu'il y a d'une part une incertitude sur l'harmonie des décisions des juridictions de l'espace OHADA (I) et

²³ GBAGUIDI A. Noël, « Intégration juridique et circulation des décisions de justice dans l'espace OHADA », in *Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et science politique*, Vol. 3, n°1 (2020), pp. 1-20.

²⁴ ASSEPO ASSI E., « La cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », In *Revue internationale de droit comparée*, Vol. 57, N°4, pp. 943-955.

²⁵ FANOU F., « La place du recours en cassation en droit communautaire OHADA », in *Revue de l'Ecole supérieure de magistrature*, N°4, Septembre 2014, pp.181-203.

²⁶ MM. SIMIS S. et LELO PHUATI E, « L'institution de la Cour commune de justice et d'arbitrage : Un péril pour l'effectivité du droit d'accès à un juge de cassation dans l'espace OHADA ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Cossi Dorothé SOSSA*, Tome 2, éditions du CREDIJ 2021, pp. 551-594.

d'autre part une exacerbation des risques d'imprévisibilité des solutions aux contentieux d'affaire dans l'espace OHADA (II).

I- L'INCERTITUDE SUR L'HARMONIE DES DECISIONS DES JURIDICTIONS DE L'ESPACE OHADA

Page | 8

Dans sa lettre et dans son esprit²⁷, le traité constitutif de l'OHADA inscrit le règlement des contentieux d'affaire dans la quête de l'harmonie des solutions. En effet, pour la sécurité juridique des justiciables du Droit OHADA, le respect de la signification des différents Actes uniformes s'impose au juge. L'harmonie des solutions est alors le corolaire de la fidélité du juge interprète du droit OHADA²⁸. Le juge dans ce sens dispose de plusieurs méthodes d'interprétation allant de l'exégèse²⁹, la libre recherche scientifique³⁰, à l'analyse téléologique³¹. Contrairement à cela, l'analyse révèle que l'harmonie des solutions est compromise par des entraves à la saisine de la CCJA (A) et la résurgence des résistances à la bonne exécution des décisions de la CCJA (B).

A- Le développement des pratiques judiciaires des juridictions de fond des Etats parties entravant la saisine de la CCJA

L'application des Actes uniformes par les juridictions de fond des Etats parties est la règle qui découle de la symphonie que l'OHADA a voulue entre les Etats parties et la CCJA. Cependant, lorsque l'on parcourt le répertoire quinquennal OHADA de 2000 à 2010, certains Etats affichent sur dix (10) années, zéro (0) décision rendue sur la base des actes uniformes³² alors que d'autres Etats affichent plus de sept cent (700) décisions rendues par leurs juridictions de fond³³. Il y a ainsi de graves travers des pratiques judiciaires parties (1) qui perdurent face à une absence drastique de contrôle de l'OHADA (2).

²⁷ VONGLIS B., *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique classique*, 1968 ; « l'interprétation dans le droit », in *Archive de philosophie du droit*, T.17, 1972 ; « L'interprétation par le juge des règles des règles écrites », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T 29, 1978.

²⁸ RIGAUX F., « le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation (Essai à la mémoire de Ch. Perelman)*, édition de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 92.

²⁹ BONNECASE J., *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., 1924 ; CARRE de MALBERG R., *La loi expression de la volonté générale*, éd Sirey, 1931, réédité Economica Paris 1984, Paris.

³⁰ GENY F., *Méthode d'interprétation et source du droit privé positif*, 1899.

³¹ BERGEL J.L., « La découverte du sens en droit par la finalité », in *La découverte du sens en droit*, p.67.

³² Il s'agit des Comores, de la Guinée Bissau, de la Guinée Equatoriale.

³³ Voir ISSA-SAYEGH J., Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005 et 2006-2010, tome 1 et tome 2, UNIDA.

1- Les travers de la non application des Actes Uniformes aux contentieux d'affaire par des juridictions de fond des Etats parties

La plupart des auteurs ne se sont pas rendus très vite compte des graves travers que l'on peut observer dans les pratiques judiciaires au sujet de l'applicabilité directe des Actes uniformes dans les Etats parties. En principe l'action en justice donne aux justiciables le pouvoir de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits, la protection de leurs intérêts. Tel que le prévoit le principe du dispositif, « *c'est, sauf de rares exceptions, aux parties qu'il incombe de déclencher le procès et d'en déterminer l'objet*³⁴ ». Corrélativement, le juge est tenu d'appliquer le droit³⁵. Or, l'effectivité statistique³⁶ du droit OHADA ne permet pas de conclure que ce droit est appliqué comme il convient par les juges de tous les Etats parties. En effet, entre la période allant de l'année 2000 à l'année 2005, le répertoire de jurisprudence de l'OHADA affichait les indications suivantes par pays : « *Bénin 66 ; Burkina Faso 300 ; Cameroun 433 ; Centrafrique 33 ; Comores 0 ; Congo 6 ; Côte d'Ivoire 524 ; Gabon 28 ; Guinée 2 ; Guinée Bissau 0 ; Guinée équatoriale 0 ; Mali 6 ; Niger 52 ; Sénégal 372 ; Tchad 6 ; Togo 6*³⁷; »

Selon les statistiques que l'on peut dégager de ces informations, en cinq années, « *les juridictions de fond de deux pays sur 16 n'ont rendu aucune décision relative à l'application des Actes uniformes OHADA ; cinq pays sur 16 ont rendu entre 2 et 6 décisions ; deux pays ont rendu entre 28 et 33 décisions ; deux pays ont rendu entre 52 et 66 décisions ; deux pays ont rendu entre 300 et 372 décisions et enfin deux pays ont rendu entre 433 et 524 décisions* ».

Pour la période allant de l'année 2006 à l'année 2010 on trouve les indications suivantes : « *Bénin 18 ; Burkina Faso 105 ; Cameroun 137 ; Centrafrique 2 ; Comores 0 ; Congo Brazzaville 0 ; Congo Kinshasa 0 ; Côte d'Ivoire 186 ; Gabon 11 ; Guinée Bissau 0 ; Guinée Conakry 0 ; Guinée équatoriale 0 ; Mali 32 ; Sénégal 28 ; Tchad 4 ; Togo 32*³⁸ ».

Pour cette période, la liste des pays où on ne compte aucune décision rendue sur la base du droit uniforme passe de deux à sept. Pour le reste les tendances sont sensiblement les mêmes. Pour la période de 2000 à 2010, la Côte d'Ivoire, le Cameroun, le Sénégal et le Burkina Faso ont un

³⁴ BERGEL J.L., *Méthodologie juridique*, col. Thémis, éd. PUF, Paris, 2001, p.341.

³⁵ *Op.cit.*, p. 355 et suivantes.

³⁶ Voir CARBONNIER J., *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd. LGDJ, Paris, 2001, p.142.

³⁷ Voir ISSA -SAYEG J., *Répertoire quinquennal OHADA 200-2005*, UNIDA OHADA, Tome 1 page 257.

³⁸ *Idem*, *Répertoire quinquennal 2006-2010*, UNIDA OHADA, Tome 2, page 5.

grand nombre de décisions avec plus de 400 décisions pour chacun d'eux. Les autres pays restent au même niveau avec un nombre très faible de décisions.

Comment cela peut-il s'expliquer ? On peut déjà observer une tendance persistante à savoir que pour la période de 2000 à 2010, la Côte d'Ivoire vient en tête avec 710 décisions rendues par les juridictions de fond sur la base du droit uniforme et la Guinée équatoriale vient en dernière position avec zéros décision.

On note la même tendance par rapport aux décisions des juridictions de fond des Etats parties portées devant la CCJA dans le cadre du pourvoi en cassation. Ainsi, jusqu'en 2013, pour un total de 1400 décisions portées devant la CCJA, 706 décisions se rapportent aux décisions provenant des juridictions de fond de la Côte d'Ivoire ; trois décisions proviennent de la République démocratique du Congo, deux décisions proviennent de la Guinée Conakry, une décision de la Guinée équatoriale, une seule décision provenant du Comores³⁹.

De même pour les arrêts rendus par la CCJA jusqu'en 2016, sur un total de 1180 arrêts, on dénombre plus de 568 arrêts relatifs aux décisions rendues en Côte d'Ivoire, 3 décisions relatives aux décisions en provenance de la Guinée Bissau, 2 décisions relatives aux arrêts en provenance des Comores. Aucune affaire ne concerne la Guinée Equatoriale⁴⁰.

En 2019, sur 500 affaires pendantes devant la CCJA, 173 proviennent de la Côte d'Ivoire. Aucune affaire ne provient du Comores, de Guinée Bissau et de la Guinée Equatoriale⁴¹.

Deux conclusions se dégagent de ces statistiques : premièrement, les juridictions de fond de la Côte d'Ivoire, du Cameroun, du Sénégal et du Burkina Faso rendent plus de décisions impliquant l'application des Actes uniformes ; deuxièmement, certains pays ne rendent pas ou presque pas de décisions impliquant l'application des Actes uniformes. On peut dire, en d'autres termes, que sur 17 Etats membres de l'OHADA, seulement quatre Etats sont de grands pourvoyeurs de décisions relatives à l'application des Actes uniformes.

³⁹ Voir SMIS S.et LELO PHUATI E., L'institution de la CCJA : un péril pour l'effectivité du droit d'accès à un juge de cassation dans l'espace OHADA ?, In *Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA, Tome 2 Droit processuel*, édition du CREDIJ, 2021, page 579.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Idem*.

Ces statistiques révèlent une ineffectivité partielle du droit OHADA. L'ineffectivité partielle du droit désigne un pourcentage appréciable, voire considérable d'ineffectivité⁴². Les juridictions de fond des Etats parties réalisent une contre-performance de l'OHADA à travers leurs utilisations du recours autorisé par l'OHADA aux règles et pratiques nationales de procédure. C'est une contre-performance qui est contraire à la volonté de l'OHADA de réaliser l'intégration juridique et judiciaire en adoptant des Actes uniformes directement applicables dans tous les Etats membres. Les Actes uniformes sont directement applicables dans les Etats parties nonobstant tout texte interne antérieur ou postérieur⁴³. Bien que ce principe soit clairement affirmé dans le traité constitutif de l'OHADA, il est surprenant de constater que les juridictions de fond des Etats parties ont développé des pratiques judiciaires qui en font une application discrétionnaire.

Une question mérite d'être posée à ce stade : pourquoi la majorité des juridictions de fond des Etats parties de l'OHADA ne rendent pas ou presque pas de décision impliquant l'application des Actes uniformes ?

Si l'on part de l'hypothèse que tous les Etats ont la volonté d'appliquer le droit OHADA, l'on pourrait penser que des difficultés d'accès au juge sont à la base de constat. Certains auteurs sont allés dans ce sens surtout en ce qui concerne l'accès au juge de la CCJA. Ils font observer à cet effet que la Côte d'Ivoire est la plus grande pourvoyeuse de décisions de l'OHADA en raison du fait que la CCJA a son siège à Abidjan en Côte d'Ivoire⁴⁴. Ils considèrent en revanche que les pays comme les Comores, ne portent presque pas d'affaire devant la CCJA en raison de la distance qui séparent les justiciables de la CCJA⁴⁵.

Mais à l'analyse, une telle conclusion n'est pas tout à fait conforme à la réalité. La distance ne peut pas être le facteur déterminant qui explique le faible nombre de décisions dans la majorité des Etats car des pays géographiquement proches, voire même frontaliers de la Côte d'Ivoire, tel que la Guinée Conakry, affichent aussi zéro décision pendant la période étudiée.

Par ailleurs, la CCJA peut tenir aussi des audiences foraines dans d'autres Etats en dehors de son siège à Abidjan lorsque cela s'avère indispensable.

⁴² Voir CARBONNIER J., *Flexible droit*, op. cit., p. 142.

⁴³ Voir article 10 du traité.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

Les statistiques des décisions rendues entre 2000 et 2010 par les juridictions d'Etats parties démontrent que si certains Etats comme le Comores n'ont pas envoyé d'Affaires à la CCJA, c'est parce que leurs juridictions de fond ne rendent pas de décisions impliquant l'application des Actes Uniformes.

Et pourquoi alors ces juridictions de fond ne rendent pas de décisions impliquant l'application des Actes uniformes ? Est-ce parce qu'elles ne connaissent pas de litiges impliquant l'application des Actes uniformes ou parce que ces juridictions n'appliquent pas les Actes uniformes quand bien elles le devraient ?

S'agissant de la Guinée Bissau par exemple, entre 2006 et 2010, elle affichait toujours un PIB positif qui a varié entre 2,1% et 5,9%⁴⁶. De même pour les Comores, entre 2005 et 2020, la croissance annuelle du PIB varie entre 2,84% et 4,91 %⁴⁷. Dans ces pays les affaires fleurissent et il est inconcevable de soutenir que dans cette période, il n'y pas eu, devant leurs juridictions du fond, de litiges impliquant l'application des Actes uniformes.

La conclusion qui s'impose alors est que ces pays n'ont pas un engouement à appliquer les Actes uniformes quand bien ils le devraient. Ce faisant, ils rendent le droit uniforme OHADA comme un droit non uniforme. En effet, comme le souligne bien Carbonnier, « *les causes des ineffectivités partielles de la règle de droit sont dans certaines hypothèses fortuites*⁴⁸ ». Parmi ces hypothèses fortuites d'ineffectivité partielle de la règle de droit, on peut citer « *le jugement qui, par erreur de droit, refuse d'appliquer une disposition légale, et qui devient inattaquable parce que les voies de recours ne sont pas exercés*⁴⁹ ».

Mais dans d'autres hypothèses, l'ineffectivité partielle de la règle de droit trouve sa cause dans « *la volonté des gouvernants ou de leurs agents, parce qu'ils estiment que l'application de la règle de droit, eu égard aux circonstances, ferait plus de mal que du bien*⁵⁰ ».

⁴⁶

Voir https://www.bceao.int/sites/default/files/201711/perspectives_economiques_des_etats_de_l_uemoa_en_2014.pdf, visité le 13 janvier à 12h.

⁴⁷

Voir <https://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMTendanceStatPays?langue=fr&codePays=COM&codeTheme=2&codeStat=NY.GDP.MKTP.KD.ZG>, visité le 13 janvier 2022 à 12h44.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

Il apparait ainsi que l'ineffectivité partielle du droit OHADA dans certains Etats parties peut être due à une erreur ou à une volonté délibérée des juridictions de fond des Etats parties. Les résultats auxquels on aboutit est que les pratiques judiciaires de certains Etats aboutissent plutôt à rendre inefficace le droit OHADA par la non application des Actes uniformes aux contentieux soit par erreur ou par volonté délibérée.

Ainsi, dans la majorité des Etats parties à l'OHADA, les juridictions de fond développent des pratiques judiciaires qui font obstacle à la saisine de la CCJA et par voie de conséquence à l'intégration juridique. Cela persiste encore, d'autant plus qu'il y a une absence drastique de tout regard de l'OHADA. Il est dès lors indispensable que l'OHADA adopte un mécanisme de contrôle périodique de l'application des actes uniformes par les juridictions de fond des Etats parties. Cela permettra de limiter la non application des actes uniforme qui constitue une entrave insidieuse à la supranationalité.

2- Une entrave insidieuse à la supranationalité du droit OHADA

La non application des actes uniformes est une entrave à la supranationalité du droit OHADA tel que le prévoit l'article 10 du traité. Dans un avis du 30 avril 2001, la CCJA précise que : « l'article 10 contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les Etats parties des Actes uniformes et institue, par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions internes de droit antérieures et postérieures⁵¹ ». La cour ajoute que l'article 10 du traité « contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes ».

Dans les domaines couverts par les actes uniformes, le droit interne contraire aux dispositions des actes se trouve abrogé par l'article 10 du traité. Comment comprendre alors que certains Etats membres de l'OHADA ne rendent aucune décision relative aux actes uniformes pendant plus de dix d'appartenance à l'OHADA. Dans le cadre de l'Union européenne, le Cour de justice des communautés européennes (CJCE) considère que le non application du droit communautaire transforme ce droit en un droit non communautaire. Ainsi dans l'arrêt *Flaminio Costa c/ ENEL*, elle a jugé que « le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposé un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mis en cause la base juridique de la communauté elle-même⁵² ».

⁵¹ CCJA, avis n° 01/2001/EP, 30 avril 2001, Ohadata J-02-04.

⁵² CJCE15 juillet 1964, M. Flaminio Costa c/ ENEL, affaire 6/64, *Rec. Des arrêts*, 1964, p.1141.

Dans le même sens, l'on pourrait considérer que juridiquement, en droit OHADA, la non application des actes uniformes par un Etat viole l'article 10 du traité et constitue une entrave à la supranationalité de l'OHADA. Et cette entrave est insidieuse car elle passe inaperçue et semblent échapper à tout regard de l'OHADA.

Il faudra se rappeler que l'organisation judiciaire par lequel les litiges sont portés en instance et en appel devant les juridictions du fond des Etats parties est une étape préalable et importante dans le règlement des contentieux d'affaire en droit OHADA. Ces dernières, lorsqu'elles rendent une décision sur la base des Actes uniformes, ouvrent la voie aux parties pour saisir la CCJA, par l'exercice des voies de recours prévues. Il s'agit théoriquement d'une sorte de symphonie qui compte d'une part des juridictions de fond⁵³ des Etats parties et d'autre part la CCJA entant que juridiction suprême communautaire⁵⁴. Pour que l'intégration juridique se réalise, il faudrait que les juridictions de fond des Etats parties appliquent effectivement en instance et en appel les Actes uniformes aux contentieux impliquant l'application desdits Actes afin de permettre aux parties, si elles le souhaitent, de saisir la juridiction suprême communautaire. Quelle conséquence cela aurait sur l'avenir de l'intégration juridique de l'OHADA si de telles pratiques se poursuivent?

Notons avant de revenir sur cette préoccupation, que l'organisation judiciaire de l'OHADA présente une particularité que l'on ne retrouve que dans l'espace OHADA, à savoir que les juridictions suprêmes nationales des Etats parties ne sont pas compétentes pour statuer en cassation sur les contentieux impliquant l'application des Actes uniformes⁵⁵. M. Bodian souligne dans ce sens que la CCJA est une juridiction originale par son pouvoir de substitution aux juridictions nationales de cassation⁵⁶. Ainsi, pour que la CCJA puisse exercer un contrôle sur la bonne application des Actes uniformes, il faudrait nécessairement soit une mauvaise application desdits Actes uniformes, soit une violation flagrante de celle-ci. Dans un arrêt de principe du 7 juillet 2005, elle a jugé que : « *il ne suffit pas à une partie de dire que les dispositions de tel Acte uniforme ont été violées pour que la Cour retienne sa compétence, encore faudrait-il que de l'examen de la cause, il ressorte que la décision attaquée a violé l'Acte uniforme évoqué en s'abstenant de*

⁵³ Article traité de l'OHADA

⁵⁴ Article 14 et suivant.

⁵⁵ Voir les articles 15, 16, 18 et 20 du traité constitutif de l'OHADA.

⁵⁶ BODIAN Y., « La Cour commune de justice et d'arbitrage et son originalité », in, *Mélange en l'honneur de Jacques MESTRE*, LGDJ-LEXTENSO, Paris 2019, p. 116.

*l'appliquer, ou en faisant de mauvaises interprétations ou application*⁵⁷ ». Comme on peut le voir dans cette décision, la non application des actes uniformes par les juridictions de fond des Etats parties est une violation que sanctionne la CCJA. Mais elle ne peut pas exercer un contrôle de l'application des Actes uniformes si elle n'en est pas saisie par l'une des parties au litige. Si aucune partie au litige n'exerce un recours contre la non application des Actes Uniformes, aucun contrôle n'est possible.

Cela explique qu'après plus de 20 ans d'harmonisation du droit des affaires, certaines juridictions de fond de certains Etats ne rendent pas ou presque de décisions relatives à l'application des Actes uniformes sans que l'OHADA ne puisse rien y faire. Il est impératif pour l'avenir de l'intégration juridique de l'OHADA de s'interroger si l'OHADA devrait se contenter d'un simple acte de présence de certains Etats en son sein même si les juridiction de fond de ces Etats ne rendent aucune décision relative à l'application des actes uniformes ?

Pour répondre à une telle question, il faudrait d'abord rechercher pourquoi ces derniers n'appliquent pas les Actes uniformes et identifier s'ils n'ont pas besoin d'un accompagnement plus poussé pour une meilleure connaissance du droit uniforme en vue de sa bonne application. Au préalable, on doit garder en esprit que l'application des Actes est de la responsabilité des Etats car ces derniers ont adhéré volontairement au traité constitutif de l'OHADA. Il reste alors la question de savoir si les acteurs de la justice ainsi que les justiciables connaissent bien le droit OHADA.

En effet quand on pose une telle question par rapport aux pays tels que la Côte d'Ivoire, le Cameroun, le Sénégal et le Burkina qui sont les grands pourvoyeurs de décisions à la CCJA, on note qu'ils ont fourni à l'OHADA de grandes figures qui sont devenues les grands acteurs du rayonnement du droit OHADA dans leur pays et au-delà. On peut citer dans ce sens le juge Kéba Mbaye du Sénégal, le Professeur Pougoué du Cameroun, le Professeur Sawadogo du Burkina Faso et les grandes figures de l'enseignement supérieur ainsi que les praticiens qui ont travaillé avec eux. De plus aussi les juges et les autres acteurs de la justice de ces pays ont suivi plusieurs cycles de formation sur le droit OHADA.

⁵⁷ CCJA, arrêt 046/2005, 7 juillet 2005, inédit.

Ces dernières années, les formations sur le droit OHADA au profit des acteurs de la justice ont baissé d'intensité par manque de ressource de l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature qui est le centre de formation par excellence sur le droit OHADA. Il faudrait que l'OHADA reprennent du zèle pour les formations ciblées et organisées gratuitement au profit des acteurs de la justice pour contrer les mauvaises pratiques judiciaires qui, si l'on y prend garde, vont entraîner la désuétude du droit OHADA dans plusieurs Etats parties, surtout avec la résurgence des pratiques de résistance contre la bonne exécution des arrêts de la CCJA

B- La résurgence des pratiques judiciaires de résistance contre la bonne exécution des décisions de la CCJA

De nos jours, deux pratiques de procédure créent de gros handicaps à l'intégration juridique de l'OHADA. L'une d'entre elles provient des Etats parties par l'invocation de leur ordre public à l'encontre de l'exécution des décisions de la CCJA (1) et l'autre est fixée par les règles uniformes de procédure de l'OHADA et concerne la quête de la formule dans les Etats parties pour l'exécution des arrêts de la CCJA (2).

1- La résistance active malaisée par l'invocation de l'ordre public des Etats parties à l'encontre de l'exécution des décisions de la CCJA

Dans tous les systèmes de droit communautaire, il est admis sans ambiguïté que l'ordre juridique communautaire est un ordre juridique autonome intégré à l'ordre juridique des Etats membres et doté de la primauté sur le droit interne des Etats. Très tôt, ce principe a été affirmé par la CJCE dans un arrêt du 5 février 1963. Selon la haute juridiction communautaire européenne, « *la communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants ; que partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leurs patrimoines juridiques*⁵⁸ ». Cette règle fondamentale du droit communautaire a été adoptée aussi par l'OHADA dans le traité constitutif. La CCJA l'a reprécisé dans son avis 001/2001⁵⁹ et dans sa

⁵⁸ CJCE 5 février 1963, NV Algemene transportben Expeditie Onderneming Van Gend et Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, Affaire 26/62, *Rec. Des Arrêts*, 1963, p. 1.

⁵⁹ Op. cit

jurisprudence postérieure. M. Mba Owono souligne dans ce sens que la primauté du droit communautaire est une primauté imposée par le droit et acceptée par le bon sens⁶⁰.

Comment comprendre dans ces conditions qu'un Etat puisse invoquer son ordre public pour s'opposer à l'exécution d'une décision de la CCJA ?

Page | 17

En effet, il n'est pas rare que des conflits d'interprétation surviennent entre les juridictions suprêmes des Etats parties et la CCJA. L'OHADA n'ayant pas prévu un organe ayant vocation à régler ce genre de conflit d'interprétation du droit OHADA, à tort ou à raison, surtout dans les contentieux mixtes, les Etats parties évoquent leur ordre public pour faire obstacle à l'application certains arrêts de la CCJA.

C'est le cas par exemple de l'arrêt n° 35/GCS-2016 de la Cour Suprême du Congo rendu le 30 novembre 2016 au sujet de l'arrêt n° 168/2015 rendu par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) le 17 décembre 2015 qui avait annulé l'arrêt n° 10/GCS-014 du 23 janvier 2014 de la Cour suprême du Congo⁶¹. En l'espèce, la haute juridiction congolaise avait prononcé la cassation et l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de Pointe Noire du 22 mars 2013 et renvoyé les parties devant le tribunal de grande instance de Pointe-Noire pour exécution de la mesure d'instruction ordonnée dans le jugement avant-dire droit du 26 novembre 2012. La CCJA a été saisie en annulation de cet arrêt.

Il est reproché à la Cour suprême du Congo de s'être déclarée compétente *rationae materiae* en justifiant sa compétence par le fait qu'il s'agissait pour elle de statuer sur la nature du jugement avant dire droit du 26 novembre 2012 pour savoir s'il était ou non susceptible d'un appel avant le jugement au fond.

La CCJA considère qu'en l'espèce, il ne fait aucun doute que le différend qui oppose la Société M. à la Société E. trouve son origine dans l'application des articles notamment 212 et 213 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Elle annule en conséquence l'arrêt de la Cour suprême du Congo. Celle-ci fut saisie à nouveau pour déclarer nul et non avenu l'arrêt rendu par

⁶⁰ MBA OWONO C., « Des visssitudes de la coordination des ordres juridiques communautaires et national », in *Mélange en l'honneur du Professeur Cossi Dorothe SOSSA*, op. cit., p. 374.

⁶¹ Voir DEWEDI E., *Conflit de lois : Le règlement des contentieux mixtes dans l'espace OHADA : la CCJA est-elle sortie de son lit ?*, in *Lamy, actualité du Droit*, 8 mai 2018, <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/13354/>,

la CCJA. Elle se déclare incompétente pour annuler un arrêt de la CCJA mais juge cependant que son arrêt par lequel il « *avait prononcé la cassation et l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de Pointe Noire du 22 mars 2013 et renvoyé les parties devant le tribunal de grande instance de Pointe-Noire pour exécution de la mesure d'instruction ordonnée dans le jugement avant-dire droit du 26 novembre 2012 est et demeure la seule décision de justice qui fait foi dans cette affaire et dont l'exécution doit être poursuivie* ».

Pour justifier sa décision, la Cour suprême congolaise considère que : « *lorsqu'une décision émanant d'une cour d'appel de la République du Congo a fait application à la fois des règles de droit interne et des actes uniformes issus du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'OHADA, et si le pourvoi formé est porté devant la Cour suprême du Congo, celui-ci s'attache avant tout à rechercher si le pourvoi invoque des moyens séparables ou inséparables ou encore des moyens d'ordre public interne et des moyens liés à l'application des Actes uniformes* ».

Cet arrêt de la Cour suprême du Congo peut être considéré comme l'illustration de la résistance active des cours suprêmes nationales contre la CCJA dans le règlement des contentieux mixtes.

Il convient de noter que les contentieux sont de plusieurs figures et quel que soit la figure du contentieux mixte, la CCJA se déclare compétente dès qu'un acte uniforme est applicable. La CCJA a jugé dans ce sens que « *la Cour de cassation du Burkina Faso ayant relevé d'office la violation de l'article 9 de l'AUVE, a violé de manière flagrante l'article 14 du Traité et sa décision de ce fait « réputée nulle et non avenue en application des dispositions de l'article 18 in fine dudit traité*⁶² ». Dans le cas de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Congo, il y a quelque chose de différent qui tient au fait que les moyens du pourvoi formé devant elle porte sur l'application du droit interne du Congo et non sur l'application d'un acte uniforme. On ne peut pas approuver la CCJA lorsqu'elle casse l'arrêt d'une cour suprême nationale qui a statué sur un moyen de droit interne. De même, on ne peut pas non plus donner carte blanche aux cours suprêmes nationales d'évincer les arrêts de la CCJA. En effet, le fait pour une cour suprême nationale d'invoquer son ordre public interne pour s'opposer à l'application d'un arrêt de la CCJA est habituel et est symptomatique de l'incertitude des pratiques judiciaires.

⁶² Voir CCJA, 2 mai 2013, n° 032/2013, inédit.

En effet, le cadre normal de l'intervention de l'ordre public interne découle entre autres, du contrôle des pouvoirs publics sur l'activité des particuliers dans leurs relations contractuelles notamment. Le code civil en application dans la plupart des Etats membres de l'OHADA prescrit dans ce sens que : « nul ne peut par des conventions particulières, déroger aux normes qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs⁶³ ». Or, il ne s'agit pas ici du contrôle des pouvoirs publics sur l'action des particuliers mais du fonctionnement régulier des institutions, car la CCJA est non seulement une institution des Etats membres de l'OHADA, mais elle est de plus une juridiction supranationale⁶⁴.

De même aussi, dans le cadre de l'intervention de l'ordre public international, le juge assure la protection des valeurs qui sont jugées fondamentales dans l'ordre juridique du *for* pour évincer l'application d'une norme étrangère. Or, les arrêts rendus par la CCJA n'ont pas, dans les Etats membres de l'OHADA, le caractère de normes étrangères dont un juge national peut évincer l'application⁶⁵.

Une réforme s'impose pour préciser les modalités de règlement des pourvois mixtes en s'inspirant, pourquoi pas de la distinction proposée par la Cour suprême du Congo qui se fonde sur la nature des moyens du pourvoi.

La situation est source d'instabilité de l'interprétation du droit OHADA et compromet l'intégration juridique et judiciaire.

Il en est de même de la quête de la formule exécutoire dans les Etats parties pour l'exécution des arrêts de la CCJA et au sujet de laquelle on peut se trouver face à une résistance passive contre l'exécution rapide des arrêts de la CCJA.

2- La résistance passive à l'exécution rapide des arrêts de la CCJA travers les durs labeurs de la quête de la formule exécutoire dans les Etats parties

L'exécution des décisions de la CCJA semble aller de soi. Selon l'article 20 du traité de l'OHADA en effet, « Les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la

⁶³ Article 6.

⁶⁴ Article 14 du traité de l'OHADA.

⁶⁵ Voir BUCHER A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, t. 239, p. 9 ; BASEDOW J., « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55.

chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour commune de justice et d'arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat partie ». Il ressort de ces dispositions que les arrêts de la CCJA ont autorité de la chose jugée et la force exécutoire dans chaque Etat partie. Selon l'article 41 du règlement de procédure de la CCJA, « *l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé* ». L'article 46.1 du même règlement ajoute cependant que « *L'exécution forcée des arrêts de la Cour est régie par les règles de procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu. La formule exécutoire est apposée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chacun des Etats parties désignera à cet effet et dont il donnera connaissance à la Cour* ».

Selon ces dispositions, les arrêts de la CCJA ont la force exécutoire dans un Etat partie après que l'autorité compétence désignée par le gouvernement de cet Etat partie ait apposé la formule exécutoire sur la décision de la Cour. Le texte précise bien sûr, que l'autorité chargée d'apposer la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA n'a d'autre pouvoir que de vérifier l'authenticité du titre.

Dans la pratique, la quête de la formule exécutoire pour l'exécution des arrêts de la CCJA est source de difficulté particulière qui compromet l'exécution rapide des arrêts de la CCJA et par voie de conséquence, la sécurité judiciaire dans l'espace OHADA. En effet, outre la difficulté d'identifier l'autorité nationale compétente pour apposer la formule exécutoire, cette pratique judiciaire exige des coûts supplémentaires et un temps. Le temps mis pour obtenir la formule peut par exemple être mis à profit par la partie adverse pour organiser son insolvabilité de sorte qu'après l'obtention de la formule exécutoire, la décision n'apporte plus grand-chose à son bénéficiaire. Certains auteurs en proposent d'ailleurs la suppression⁶⁶. Mais, une suppression de la formule exécutoire pourrait bouleverser des équilibres découlant du principe de souveraineté. Pour cela, on pourrait bien le maintenir, mais en l'encadrant de manière qu'il puisse intervenir dans un délai et à un coût raisonnables.

⁶⁶ Voir TCHAKOUA J-M., « Entre dogmes et recherche d'efficacité : réflexion sur l'exécution des décisions de justice en droit OHADA », in *Horizon du droit OHADA*, op. cit., p. 245.

II- LA PERSISTANCE DES RISQUES D'IMPREVISIBILITE DES SOLUTIONS AU CONTENTIEUX DES AFFAIRES

L'une des poutres maîtresses de la sécurité judiciaire recherchée dans l'intégration juridique de l'OHADA est la prévisibilité. Comme il a été souligné plus haut, l'OHADA résout le défi de la prévisibilité au plan substantielle en adoptant des Actes uniformes. Mais au plan procédurale, la prévisibilité reste un des défis majeurs que l'OHADA peine à atteindre en raison de la nationalisation exclusive des règles et des pratiques de procédure des juridictions de fond des Etats parties (A). Cette nationalisation est excessive surtout avec le silence de l'OHADA sur l'invocabilité des droits de l'homme dans les procédures impliquant l'application des Actes uniformes (B).

A- L'abandon totale des questions de procédure et de compétence des juridictions de fond aux lois nationales pour des Etats parties

Dans le règlement des contentieux relatifs au droit des affaires, le traité constitutif accorde une pleine autonomie aux juridictions de fond des Etats parties. Selon l'article 13 du traité, « *le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions de fond des Etats parties* ». Il y a ainsi un abandon aux Etats, aussi bien des règles de procédure et des pratiques judiciaires qui ont vocation de par le traité à servir l'intégration.

L'on peut se poser la question de savoir quelles sont les règles et les pratiques de procédure de ces juridictions de fond et si elles garantissent effectivement la sécurité judiciaire dans l'espace OHADA.

En règles générales, l'OHADA fait parfois référence aux lois nationales des Etats parties dans certains cas⁶⁷. Une telle perspective est en conformité avec la méthode de l'harmonisation à laquelle l'HOADA a recours pour atteindre l'intégration. Mais la difficulté est l'impact de ce recours aux lois nationales sur la prévisibilité des décisions. Car en effet, non seulement les règles et pratiques de procédure sont diversifiées (1), mais elles sont aussi disparates (2).

⁶⁷ DIOUF N., « Le droit du procès dans les litiges mettant en cause l'application des règles uniformes de l'OHADA : quelle place pour les lois nationales ? », in Les Horizons du droit OHADA, op. cit., p. 806.

1- La diversité inévitable des sources des règles et des pratiques de procédure

Selon un arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ), « *tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté* ⁶⁸ ». L'affirmation de la compétence des juridictions de fond des Etats parties pour connaître des contentieux relatifs au droit des affaires trouve ainsi son principal fondement dans la souveraineté des Etats. Concrètement, l'Etat souverain parce qu'il n'est pas soumis à un autre pouvoir qui se situerait au-dessus de lui. Chaque Etat dispose ainsi d'un pouvoir souverain dans les limites de son territoire. Ce pouvoir est toutefois limité par les exigences du droit international. Et c'est à ce niveau que se situe la deuxième idée majeure de cet arrêt. Ainsi, pour assurer un certain équilibre des Nations, le droit international pose des limites au pouvoir souverain des Etats.

C'est ainsi donc, la souveraineté des Etats parties à l'OHADA, dans la limite de leurs engagements internationaux notamment ceux issus du traité constitutif de l'OHADA, qui fonde leur compétence à connaître des litiges relatifs au droit des affaires⁶⁹. Outre le principe de souveraineté, cette compétence des Etats est aussi conforme à la voie de l'harmonisation choisie par l'OHADA pour réaliser l'intégration juridique et judiciaire dans le domaine du droit des affaires en Afrique⁷⁰. Elle laisse aux Etats l'opportunité du choix des moyens qu'ils jugent appropriés pour assurer la sécurité juridique et judiciaire. Comme le souligne M. Ndiaw Diouf, « *soucieux d'éviter toute immixtion dans l'organisation judiciaire interne des Etats, le législateur communautaire fait des juridictions nationales, tout au moins en instance et en appel, les juges de*

⁶⁸ CPJI, série A, n°10 du 7 septembre 1927 ; voir VEREILLE-SOMMIERE P., *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, LGDJ, 1997, préf. Mayer P., n°310 et s ; MANN C., « The doctrine of jurisdiction in international law », *RCADI*, 1964, I,3 ; « The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years », *RCADI*, 1984, III, 9 ; MAYER P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, I ; PORTAIL R., *L'affaire du Lotus devant la Cour permanente de justice internationale et l'opinion publique*, thèse Paris, 1928 ; VERZIJL J.H.W., « L'affaire du Lotus devant la Cour permanente de justice internationale » *Rev. Dr. Inter. Legisl. Comp.*, 1928, 1 ; RUZER. « L'affaire du Lotus », *Rev. Dr. Inter. Legisl. Comp.*, 1928, 124 ; TRAVERS M., « L'affaire du Lotus », *Rev. Dr. Inter. Legisl. Comp.*, 1928, 400.

⁶⁹ FONE MDONTSA A. M., « Réflexion sur l'article 10 du traité de l'OHADA », *Revue africaine des sciences juridiques*, 2010, vol.VII, N°1, p.48 ; ARBACHI D., « la supranationalité de l'OHADA », *revue EDJA*, 2000, n°44, p.7 et s., ohadata D-02-02.

⁷⁰ L'OHADA aurait bien pu opter pour l'uniformisation des règles et des pratiques de procédure pour une plus grande sécurité judiciaire.

*droit commun du droit OHADA*⁷¹ ». Une telle option a favorisé la prédominance des normes constitutionnelles et des textes législatifs sur les pratiques de procédures car du point de vue des sources du droit processuel dans les Etats parties, les constitutions constituent les fondements de premier plan.

Selon les différentes Constitutions, c'est principalement la loi votée par les parlements nationaux qui fixent les règles de procédure. Ainsi, au Bénin, en Côte d'Ivoire ou au Sénégal en Afrique de l'Ouest, au Cameroun, au Congo Brazzaville en Afrique central, à titre illustratif, les règles et les pratiques de procédure trouvent leur fondement juridique dans les textes de loi votée par les parlements nationaux en vertu des Constitutions des Etats. Dans ce sens, selon l'article 101 de la Loi n° 2016-886 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire, « *la loi fixe les règles (...) de l'organisation des tribunaux judiciaires et administratifs et la procédure suivie devant ces juridictions* ». Avec un peu plus de détail, la Constitution du Congo Brazzaville du 21 décembre 2015 fixe en son article 125 que : « *sont du domaine de la loi : (...) l'organisation de la justice et la procédure suivie par les juridictions, le statut de la magistrature et le régime juridique du conseil supérieur de la magistrature...* ». Le texte de la constitution de la Côte d'Ivoire semble à première vue se cantonner à l'organisation des tribunaux et la procédure suivie devant eux. Mais dans la pratique, le statut de la magistrature en Côte d'Ivoire est régi par une loi du 4 août 1978 portant statut de la magistrature. De plus, la Constitution ivoirienne évoque juste l'organisation des tribunaux, mais dans la pratique l'organisation judiciaire de la Côte d'Ivoire est régie par la loi 99-435 du 6 juillet 1999 modifiant la loi 61-155 du 18 mai 1961 portant organisation judiciaire.

La Constitution du Cameroun quant à elle semble aussi à première vue également restrictive. La loi n°96-06 du 18 janvier 1996 portant Constitution de la République du Cameroun, en son article 26 dispose que : « *sont du domaine de la loi : (...) l'organisation judiciaire et la création des ordres de juridiction (...) la procédure civile ...* ». Cette constitution qui a le mérite de ranger dans le domaine de la loi toutes les règles concernant l'organisation et la création des ordres de juridiction se limite en ce qui concerne la procédure de droit privé à la procédure civile. Néanmoins, c'est par un arrêté du 16 décembre 1954 que fut adopté le code de procédure civile en République du Cameroun. L'article 1 du code dispose qu'elle s'applique aussi bien à la procédure

⁷¹ DIOUF N., « L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA ou un nouveau recul des lois nationales ? », in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, op. cit., p.403.

civile qu'à la procédure commerciale. La constitution qui est adoptée en 1996 remet bien en cause cet arrêté en fixant que désormais au Cameroun, la procédure civile, tout comme l'organisation judiciaire, relève du domaine de la loi.

Au Sénégal, la Constitution de 2001, révisée respectivement en 2008 et en 2016, dispose en son article 67 que « *la loi fixe les règles concernant : (...) la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats* ».

Notons qu'il a été jugé que le droit OHADA n'est pas contraire à la constitution des Etats parties⁷². Bien entendu, dans la plupart des Constitutions de ces pays, relève non seulement de la loi les règles concernant l'organisation judiciaire et la procédure suivie devant ces juridictions, mais aussi le statut des magistrats. Au Bénin, la constitution est plus détaillée sur ces questions. En effet, selon l'article 98 de la loi 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution du Bénin, modifiée par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la Constitution, « *sont du domaine de la loi : (...) l'organisation des juridictions de tous ordres et la procédure suivie devant ces juridictions, le statut de la magistrature, des offices ministériels et des auxiliaires de justice* ». Cette Constitution confie aussi à la loi le soin de fixer le statut de la plupart des personnes liées au service public de la justice. Une telle option ne peut être sans impact pour la prospérité des affaires dans l'espace OHADA. L'une des missions des tribunaux civils et commerciaux est d'assurer la protection de la propriété, la protection de la personne. En confiant en cette matière le rôle de premier plan à la loi, les Constitutions des Etats membres de l'espace OHADA assurent au mieux l'indépendance de la justice.

On doit toutefois noter que l'intervention de la loi n'est pas exclusive. Des textes réglementaires interviennent afin de compléter ou selon les cas, mettre en œuvre les grands principes dégagés par loi. Cela a manifestement eu une conséquence sur les règles et les pratiques de procédure dans les différents Etats. La constitution étant la norme suprême dans la hiérarchie des sources du droit dans l'ordre juridique interne des Etats, ces derniers ne sont tenus que par l'obligation de conformité qu'avec leur constitution. Ils n'ont aucune obligation formelle d'adopter des règles ou de développer des pratiques identiques à ceux d'autres Etats. Il va en découler une

⁷² Voir RAYNAL J.P., « Intégration et souveraineté : le problème de la constitutionnalité du traité OHADA », *Penant* 2000, n°865, p. 5 ; SALL A., « conformité du traité OHADA à la constitution du Sénégal », note sous Cour constitutionnelle du Sénégal, Arrêt n° 3/C93 du 16 décembre 1996, ohadata, J-02-30.

diversité des règles et des pratiques judiciaires. Une telle diversité sera la principale caractéristique de l'autonomie des Etats sur les contentieux des affaires devant les juridictions de fond. La disparité de l'organisation judiciaire est ainsi devenue inévitable. Sur quel fondement l'on peut admettre une telle disparité ? Permet-elle d'atteindre la prévisibilité qui est une donnée essentielle de la sécurité judiciaire attendue de l'OHADA ?

2- La disparité non maîtrisée de l'organisation judiciaire des Etats parties

Au regard de la compétence en première instance et en appel que le traité accorde aux Etats parties à l'OHADA, chacun d'eux, au regard de leurs propres règles constitutionnelles, adopte une organisation judiciaire qui lui semble appropriée. Dans ce sens, l'organisation judiciaire de la plupart des Etats parties de l'OHADA a mis en place un système dans lequel le contentieux commercial est soumis aux juridictions de droit commun, mais dans une chambre commerciale⁷³. Dans ces chambres commerciales, ce sont des magistrats de carrière qui se spécialisent dans la matière commerciale. Pour ces derniers, la justice doit prendre tout son temps alors que le temps n'est pas toujours un bon allié pour les affaires.

Un tel système à l'analyse présentait certains inconvénients par rapport aux délais de traitement des différends commerciaux. Le fait que ce sont des juges de carrière qui connaissent de ces différends entraîne souvent des délais en général assez longs dans la prise de décisions par les juridictions de droit commun. Par ailleurs, les magistrats de carrière ne sont pas toujours habitués aux pratiques et réalités des milieux d'affaires. La qualité des décisions qui sont rendues n'est pas toujours en phase avec les attentes légitimes des milieux professionnels et a des conséquences sur la sécurité juridique et judiciaire que l'OHADA a pour mission de promouvoir.

C'est pour pallier cette situation que, ces dernières années, certains Etats ont entrepris la création des juridictions de commerce dans lesquelles siègent des juges consulaires aux côtés des magistrats de carrière. L'objectif de cette entreprise est de renforcer la qualité des décisions relatives aux contentieux commerciaux. La Côte d'Ivoire a été l'un des premiers pays à créer des

⁷³ Voir jugement commercial n° 968/2014 Du 07 aout 2014, Affaire Règlement judiciaires des établissements Nadra FILFILI et Fils rendu par le Tribunal régional hors classe de Dakar, inédit ; Jugement commercial n°101/2017 du 11 janvier 2017, Affaire BICIS et Crédit du Sénégal contre La Société PALBLOK, inédit ; Jugement commercial n°474/2018 du 09 Mai 2018, Affaire La Société Générale des Eaux et l'Assainissement Urbain et Rural dite GEAUR contre TROUVAY et CAUVIN Sénégal, inédit ; Jugement commercial n°529/2018 du 23 mai 2018, affaire Liquidation des biens de l'entreprise El Hadji Mamadou SYLLA, inédit.

tribunaux de commerce pour connaître des contentieux commerciaux⁷⁴ en Afrique de l'Ouest. D'autres pays tels que le Bénin⁷⁵, le Sénégal⁷⁶ et le Congo Brazzaville⁷⁷ ont créé des tribunaux de commerce qui contribuent désormais à améliorer la qualité des décisions dans l'espace OHADA en matière commerciale⁷⁸.

On doit regretter que tous les pays membres de l'OHADA n'aient pas encore créé de juridictions commerciales dans leur organisation judiciaire. Il convient de les y inciter vivement car non seulement, il s'agit d'une expérience assez concluante au point que des cours d'appel de commerce sont déjà en création, voire opérationnelles dans certains pays comme en témoigne l'exemple de la cour d'appel d'Abidjan, mais aussi et surtout, c'est un pan important du droit des Affaires qui passent dans le champ de compétence des tribunaux de commerce composés de magistrats de carrière et de juges issus des milieux professionnels. En effet, *rationae materiae*, comme l'illustre la plupart des textes relatifs aux tribunaux de commerce dans les pays qui l'ont créé, « *Les tribunaux de commerce connaissent* :

- des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants au sens de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général ;
- des contestations entre associés d'une société commerciale ou d'un groupement d'intérêt économique ;
- des contestations, entre toutes personnes, relatives aux actes de commerce au sens de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général. Toutefois, dans les actes mixtes, la partie non commerçante demanderesse peut saisir les tribunaux de droit commun ;
- des procédures collectives d'apurement du passif ;

⁷⁴ Décision n° 001 /PR du 11 janvier 2012bportant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce.

⁷⁵ Lois 2016-15 du 28 juillet 2016 modifiant et complétant la loi 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin et la loi n° 2016-16 du 28 juillet 2016.

⁷⁶ Loi n°2017-24 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel.

⁷⁷ Loi no 19-99 du 15 août 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi no 22-92 du 20 août 1992 portant organisation du pouvoir judiciaire.

⁷⁸ Voir, Tribunal de commerce de Brazzaville, jugement n°151/77 du 10 mars 2015, Répertoire N°021.A.D.D, Affaire Madame MOYO née BAVOUEZA Alphonsine contre Madame N'GANA KIANGUEBENI, inédit.

- plus généralement des contestations relatives aux actes de commerce accomplis par les commerçants à l'occasion de leur commerce et de l'ensemble de leurs contestations commerciales comportant même un objet civil ;

- des contestations et oppositions relatives aux décisions prises par les tribunaux de commerce ».

Ce champ de compétence matériel ainsi largement conçu place les tribunaux de commerce africains au même niveau que leurs homologues européens⁷⁹. Ainsi en France, la compétence des tribunaux de commerce comprend aussi les litiges entre commerçants, les litiges entre sociétés, les litiges relatifs aux actes de commerce par leur forme, le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises commerciales, la compétence sur recours⁸⁰.

Ces diverses particularités montrent que les Etats membres de l'OHADA ont mis en place des règles et des pratiques de procédures diversifiées et disparates au service de la mise en œuvre d'un droit substantiel qui est uniforme. Il y a eu des avancées telles que la création des juridictions de commerce par certains Etats et qui permettent d'améliorer la qualité des décisions rendues en matière consulaire. Il serait pour cela souhaitable que cette évolution soit étendue à tous les Etats membres de l'OHADA pour ne plus être l'apanage de quelques Etats seulement car il s'agit d'une réforme qui permet de garantir la sécurité des investissements.

Outre une organisation judiciaire disparate, il est également notable que les règles de procédures dans les Etats sont également variables d'un Etat à un autre au sein de l'espace OHADA.

B- L'absence regrettable de principes directeurs uniformes du procès dans l'espace OHADA

Les règles uniformes de l'OHADA comme cela a été souligné, ne comportent pas de dispositions relatives aux procédures à suivre dans le règlement des contentieux d'affaire devant les juridictions de fond des Etats parties. L'article 13 du traité s'est contenté d'affirmer la compétence de principe de ces juridictions, est resté muet en ce qui concerne les règles de procédure qui devraient être suivies. Même le règlement de procédure adopté le 18 avril 1996 et

⁷⁹ Voir dans ce sens, GIVERSON C., « Le droit commercial, droit des commerçants », *JCP* 1949, I, 770 ; SARDIN P. et BERNARD P., « Les tribunaux de commerce sont-ils compétents à l'égard des sociétés d'assurance mutuelles ? », *Procédure* 1998, Chron. 6.

⁸⁰ Voir CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis Litec, 4^e édition, Paris 2004, p. 110 et sv.

modifié par le règlement n° 001/2014/CM du 30 janvier 2014 régit seulement la procédure devant la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Le Professeur N. Diouf explique bien cette situation en soutenant que les rédacteurs du traité sont soucieux d'éviter toute immixtion dans l'organisation judiciaire interne des Etats⁸¹.

Ainsi, l'OHADA, promeut la variabilité des règles de procédure des Etats parties, en faisant l'option de laisser à la discrétion des Etats, le choix des moyens qu'ils jugent nécessaires pour que les juridictions nationales des Etats parties assurent selon les objectifs de l'OHADA, le règlement des contentieux en première instance et en appel. La démarche est bien justifiée mais il reste à savoir si cette diversité garantit une prévisibilité et une bonne interprétation du droit OHADA par les juges nationaux.

En soi, la diversité des règles de procédure n'est pas un obstacle à la prévisibilité s'il y a une bonne assimilation du droit OHADA par les juges nationaux qui ont la responsabilité de l'interpréter.

En effet, l'implantation du droit OHADA passe aussi par sa connaissance. Dans cette perspective, la formation sur le droit OHADA est d'une grande importance. Deux niveaux de formations sont mis en place. Il y a d'abord la formation assurée par les Facultés de droit et centres de recherche et de formation en droit dans les Etats parties au profit des étudiants et la formation des praticiens assurée par l'ERSUMA ayant son siège à Porto Novo au Bénin.

La formation sur le droit OHADA a, en grande partie, favorisé l'assimilation de ce droit. Mais elle comporte une insuffisance majeure due à la division du droit dans les pays francophones de l'OHADA en droit public d'une part et droit privé d'autre part. Au regard de cette "*suma divisio*", le droit OHADA, qui est un droit des affaires est classé comme une branche du droit Privé. Dans cette perspective, il est enseigné principalement dans les Facultés de droit, dans les filières se rapportant au droit privé et plus généralement aux droits des affaires. Or, dans la pratique beaucoup de praticiens qui ont une formation de base de droit public sont aussi confrontés à l'application du droit OHADA.

⁸¹ DIOUF N., « Le droit du procès dans les litiges mettant en cause l'application des règles uniformes de l'OHADA : quelle place pour les lois nationales ? », in *Les Horizons du droit OHADA*, *op. cit.*, p. 806.

Dans l'ensemble, l'évolution des besoins du marché ne cadre plus forcément avec les méthodes d'enseignement du droit en général et du droit des affaires en particulier dans les facultés de droit et les centres de formation en droit en Afrique. Comme le souligne un auteur, il faut réinventer l'enseignement du droit des affaires en Afrique⁸².

Malgré ses insuffisances qui mériteraient d'être corrigées, les différents programmes de formation ont un impact positif sur l'appropriation du droit OHADA par les praticiens de sorte que la diversité des règles et des pratiques judiciaires n'a pas eu de graves conséquences sur l'appropriation du droit OHADA. Mais, les risques d'insécurité sont liés à l'application de ce droit par les juridictions du fond des Etats parties qui ont des règles et des pratiques de procédure disparates.

Pour renforcer la sécurité judiciaire, certains auteurs proposent à juste titre, qu'il soit procédé à une réforme qui adopte, soit par acte uniforme, ou par un règlement de procédure uniforme, tout au moins les principes généraux du procès⁸³. Cette proposition est certes utile, mais elle est trop générale et risque de supprimer toute contribution féconde des Etats à l'intégration judiciaire. Elle devrait être circonscrite car, même si les principes essentiels du droit processuel ne sont pas adoptés sous la forme d'un acte uniforme ou d'un règlement de procédure uniforme, ils peuvent toujours être invoqués pendant les procès devant les juridictions de fond des Etats parties comme étant des principes garantissant le droit à un procès équitable.

Il y a en effet, en dépit de la variété des règles et des pratiques de procédure qui est observée, des principes directeurs du procès qui reposent sur la philosophie des droits de l'homme. Tous les Etats membres de l'OHADA ont ratifié la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que la déclaration universelle et les pactes jumeaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme. Or, tous ces instruments internationaux garantissent le droit à un procès équitable. Les Etats sont en principe tenus, dans leur ordre juridique interne, de garantir ce droit à tous ceux qui vivent sur leur territoire, qu'ils soient des nationaux ou des étrangers⁸⁴. La formation des praticiens du droit

⁸² NGOM M., « réinventer l'enseignement du droit des affaires en Afrique », in *Horizon du droit OHADA*, op. cit., p. 687 et svtes.

⁸³ Voir NEMEDEU R., « Droit OHADA et droit procédural », in *Horizon du droit OHADA*, op. cit., p. 703.

⁸⁴ Voir dans ce sens, DEGNI SEGUI R., *Les droits de l'homme en Afrique Noire francophone*, Théories et réalité, 3^e édition, Les éditions du CERAP, Abidjan, 2015 ; LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^e édition, Sirey, 2009.

au droit OHADA pourrait inclure aussi des enseignements sur cette unité des principes directeurs du procès en droit des affaires découlant des droits de l'homme.

Conclusion

Dans la cadre de l'intégration juridique du droit des affaires en Afrique, les Etats parties à l'OHADA ont fait l'option d'uniformiser les droit substantiel OHADA en adoptant des Actes uniformes directement applicables dans les Etats membre et supérieurs à leurs normes internes. En ce qui concerne le droit processuel, il est laissé aux Etat membres, le soin d'organiser selon leurs lois nationales leurs juridictions de fond qui sont compétents en droit des affaires en instance et en appel. Cela a eu pour conséquence le développement de pratiques judiciaires qui n'ont pas été assez favorables à l'intégration et qui conduisent plutôt à une transformation du droit communautaire en un droit non communautaire. Cette tendance conduit à l'incertitude sur l'harmonie des décisions des juridictions de l'espace OHADA et à la persistance des risques d'imprévisibilité des solutions aux contentieux des affaires dans l'espace OHADA. Il y a non seulement une non application récurrente des Actes uniformes par des juridictions de fond des Etats parties alors qu'elles sont tenues de le faire, mais aussi on observe des pratique judiciaires de résistance à une bonne exécution des arrêt de la CCJA, la seule juridiction communautaire de cassation en droit des affaires dans l'espace OHADA. Il s'agit d'autant de défis qui entravent sérieusement la sécurité juridique et judiciaires qui sont les objectifs majeurs de l'intégration juridique du droit des affaires en Afrique. Pour les contrer l'OHADA doit engager des réformes structurelles et institutionnelles capables de faire des pratiques judiciaires, de vrais instruments garantissant la sécurité juridique et concourant à l'intégration juridique en Afrique.

La sécurité de l'emploi face aux innovations sociales au Bénin*Job Security in the face of social innovations in Benin*

Par :

Page | 31

Baï Irène Aimée KOOVI

Maitre-assistante des Universités du Cames - Droit Privé

Faculté de Droit et de Science Politique

Université de Parakou

aimeekoovi@gmail.com

bai.koovi@univ-parakou.bj**Résumé :**

Une profonde réforme du droit social s'est opérée par la loi du 27 août 2017 par l'entrée en vigueur de la loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail. La nouvelle loi sur l'embauche, aura consacré l'avènement d'un nouveau mode de gestion du travail essentiellement marqué par la flexibilité. Mais cette flexibilisation de la relation de travail garantit-elle la sécurité de l'emploi ? La nouvelle réglementation affirme la rupture des finalités des lois sociales en remettant en veilleuse la surprotection du salarié contenue dans le code du travail. Si la sécurité de l'emploi n'est pas systématiquement garanti au salarié, à terme, il permettra de tendre vers la sécurité attachée à certains salariés de conserver leur travail car les qualités intrinsèques du salarié l'aurait imposé dans le monde des affaires.

Mots clés : sécurité de l'emploi, innovations sociales, Bénin.

Abstract :

A profound reform of social Law was brought about by the Law of 27 August 2017 with the entry into force of the Law laying down the conditions and procedure for hiring, placing labour and terminating the employment contract. The new Law on Recruitment will have enshrined the advent of a new way of managing work, essentially marked by flexibility. But does this flexibilisation of the employment relationship guarantee job security? The new regulations affirm the rupture of the purposes of social Laws by putting on hold the overprotection of the employee contained in the labour code. If job security is not systematically guaranteed to the employee, in the long term it will make it possible to move towards the security attached to certain employees to keep their work because the intrinsic qualities of the employee would have imposed it in the business world.

Page | 32

Keywords: job security, social innovations, Benin.

Introduction

La genèse du droit du travail prouve qu'il est né pour protéger les travailleurs¹ et leur garantir des droits. En règlementant une relation essentiellement inégalitaire, la première vocation était loin de la souplesse comme en témoigne les violentes grèves des syndicats dans l'histoire. A l'inverse, la nécessité du droit à la survie de l'entreprise, les problèmes économiques persistants, les innovations techniques et la mondialisation des économies permet une remise en cause de la rigidité pour tendre vers la souplesse. Aussi, la nécessité de s'adapter aux mutations sociales, engendre la prise en compte de la sauvegarde de l'entreprise. Le pouvoir patronal s'est alors considérablement renforcé, en raison de la protection de l'entreprise, dont la survie importe plus que tout. La situation des salariés, liée à la stabilité de l'emploi, se trouve menacée car, nombre de décisions fondées sur l'intérêt de l'entreprise sont approuvées par les juridictions toutes les fois que leur légitimité est établie. C'est pourquoi, il est important d'analyser « **La sécurité de l'emploi face aux innovations sociales au Benin** ». Ce travail de recherche permet de s'interroger sur la sécurité de l'emploi à l'aune d'innombrables défis d'innovations sociales et juridiques.

La sécurité, du latin, *securitas*, de *securus* : sûr (*sine cura*, sans soucis, sans inquiétude, calme). Elle désigne la situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques (s'agissant de risques concrets : agressions, accidents, atteintes matérielles...) ; état qui peut concerner une personne (sécurité individuelle), un groupe (sécurité publique), un bien. Comp. *sûreté, salubrité, santé, tranquillité, liberté*².

L'emploi, c'est l'occupation, la fonction à laquelle s'applique l'activité rétribuée d'un employé, d'un salarié³. La sécurité de l'emploi est l'assurance de conserver son poste, préoccupation constante des salariés et de leurs organisations syndicales. La sécurité de l'emploi se distingue de la continuité dans l'emploi qui tend au reclassement du travailleur licencié sans interruption durable d'activité⁴. Au titre de la sécurité de l'emploi, le temps d'expérimentation de

¹ Comme en témoignent les premières lois sur le travail des enfants, des femmes, sur le droit syndical, le droit de grève.

² CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2011, p. 2008.

³ Nouveau Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2018.

⁴ Ibid. p. 861.

la loi 2017-05 du 29 août 2017 indique que le chômage est au paroxysme⁵. Dans ce sens, certains auteurs expliquent que la sécurité de l'emploi pourra être de moins en moins confondue avec la stabilité.

L'innovation au sens premier signifie le fait d'innover, d'introduire, de créer quelque chose de nouveau. Au sens second, il désigne la création, la nouveauté⁶.

Quant à l'adjectif "sociale", elle désigne le rapport avec la société, qui concerne les relations entre les êtres vivants qui vit en société. Elle désigne ce qui se rapporte à une société, à une collectivité humaine considérée comme une entité propre : l'organisation sociale, phénomènes sociaux. Ici, il s'agit des relations qui existent entre l'employeur et le travailleur⁷.

L'innovation sociale consiste à élaborer des réponses nouvelles à des besoins sociaux nouveaux ou mal satisfaits dans les conditions actuelles du marché et des politiques sociales, en impliquant la participation et la coopération des acteurs concernés, notamment des utilisateurs et usagers⁸. L'innovation dans l'organisation de la production est susceptible de révolutionner les modes de gestion de l'entreprise et de bouleverser la vie quotidienne du salarié. Elle porte en germe des risques d'atteintes à ses libertés mais aussi des potentialités d'innovation sociale. C'est là que l'apport du droit peut se révéler important. L'innovation technologique est appréhendée par le droit, notamment en ce qui concerne l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise. Cette notion est susceptible d'une interprétation très large pouvant aller jusqu'à couvrir aussi les innovations organisationnelles, voir toutes les formes d'innovation⁹. Si l'innovation sociale aujourd'hui s'est institutionnalisée et traverse de nombreux secteurs, de l'entreprise à la société civile, il n'en reste pas moins qu'elle est également liée à la façon dont les acteurs du travail social pensent leur professionnalité¹⁰. Dans le cas de cette étude, il s'agit de l'innovation apportée par les

⁵ RAY (J.-E.) « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *RDS*, n°3- mars 2013, p. 196.

⁶ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/social>

⁷ CELLE (S.), Les innovations sociales autour du travail dans les entreprises l'ESS – un éclairage historique à partir d'études de cas de Picardie, In *Marché et organisations*, 2019, n° 36, pp. : 39-60. In Les innovations sociales autour du travail dans les entreprises de l'ESS – un éclairage historique à partir d'études de cas en Picardie | Cairn.info, consulté le 11 juillet 2022 à 15h 18.

⁸ Qu'est-ce que l'innovation sociale ? | Bpifrance Création (bpifrance-creation.fr) consulté le 11 juillet 2022 à 15h 18.

⁹ RICHEVAUX (M.), Innovation et droit des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ?, in *Innovations* 2004/1 n° 19, pp. : 131-142. In Innovation et droits des travailleurs, quelles obligations pour l'employeur ? | Cairn.info, consulté le 11 juillet 2022 à 15h 18.

¹⁰ LETHIELLEUX (L.) et PATUREL (D.), Innovation sociale et travail social, Forum 2017/1, n° 150, pp. : 7-15. In *Innovation sociale et travail social*, *Cairn.info*, consulté le 11 juillet 2022 à 15h 18.

paradigmes nouveaux qui révolutionne les modes de gestion de l'entreprise depuis la réforme sociale connue sous le vocale de loi 2017-05 du 29 août 2017.

La sécurité de l'emploi joue un rôle tout à fait significatif dans la perception d'un emploi satisfaisant¹¹ puisque la sécurité qu'un emploi offre élève aussi son niveau de décence, ce qui est relié aux arrangements contractuels. Page | 35

La question centrale d'un point de vue politique et prospectif est celle du type d'institutions qui permettrait d'organiser l'internalisation et la mutualisation afin d'améliorer la sécurité de l'emploi et de revenu des salariés sans bloquer les nécessaires redéploiements du tissu productif. La sécurité de l'emploi obéit à une logique de segmentation du marché du travail selon des principes sectoriels. Pour la sécurité de l'emploi, l'initiative de la fin du contrat de travail joue un rôle important dans la mobilité future. Le critère de la sécurité de l'emploi est approché par une estimation des chances d'éviter un passage par le non-emploi durable. Les critères de stabilité et de sécurité de l'emploi ont été définis¹². Le couple stabilité de l'emploi et sécurité de l'emploi¹³ s'avère très proches. Les estimations montrent que les mêmes variables caractérisent ces deux probabilités. L'approche plus restrictive permet de mesurer la sécurité de l'emploi. Il n'existe pas de statistiques au Bénin pour rendre compte de la sécurité de l'emploi. En France, elle a été mesurée sur les seuls salariés ayant connu une mobilité externe entre 1998 et 2003¹⁴. La sécurité de l'emploi s'analyse aux triples aspects : la stabilité de l'emploi¹⁵, la sécurité de l'emploi¹⁶ et la sécurité des revenus¹⁷. L'intérêt de l'entreprise¹⁸ est une notion fuyante¹⁹. Les rapports entre salariés et employeurs sont sous-tendus par une inégalité. De ce fait, une sorte de fatalité rejaillit sur le sort des travailleurs. C'est pourquoi le législateur a toujours cherché la protection des

¹¹ Commission européenne, 2001.

¹² PETER (A.), BERG (J.) et COULIBALY (I.), « Une main-d'œuvre stable est-elle bonne pour la compétitivité ? *Revue internationale du Travail*, vol. 144/3, BIT, Genève, 2005. BRUYERE (M.) et LIZE (L.), Emploi et sécurité des trajectoires professionnelles. La nature de l'emploi détermine la sécurité des parcours professionnels, *Economie et statistique* n° 431–432, 2010, p. 15.

¹³ Il s'agit de plus de 71 % et 94 % de la population française.

¹⁴ BRUYERE (M.) et LIZE (L.), « Emploi et sécurité des trajectoires professionnelles. La nature de l'emploi détermine la sécurité des parcours professionnels », *Economie et statistique* n° 431–432, 2010, p. 98.

¹⁵ Il est question de rester dans le même emploi.

¹⁶ Il s'agit de la reprise d'emploi rapide après une mobilité externe à l'entreprise.

¹⁷ Il s'agit du maintenir ou augmenter ses revenus consécutivement à une mobilité.

¹⁸ BRUNHES (B.), « Réflexion sur la gouvernance », *R.D.S.* 2001. p. 115.

¹⁹ L'intérêt de l'entreprise est une nébuleuse au même titre que l'intérêt de l'enfant, l'intérêt social, l'intérêt de la famille ou encore l'intérêt général.

salariés par un certain équilibre des forces en présence. L'Etat doit non seulement assouplir les conditions d'accès à l'emploi, mais il doit maintenir le salarié dans un emploi conformément au besoin des entreprises. La législation sociale est très sensible à promouvoir les droits de la personne humaine et des libertés fondamentales²⁰. C'est « *un champ de prédilection de la recherche d'une protection vigilante des droits fondamentaux* »²¹. Si l'on a conscience de ce qu'il s'agit d'un droit qui concourt à la dignité du salarié, le droit à l'emploi est un droit fondamental et il convient d'en assurer la sécurité. Le droit à l'emploi n'est pas réductible à un droit d'obtenir un emploi pour le potentiel candidat à l'emploi. Il s'agit du droit au maintien de cet emploi. D'ailleurs, ce n'est que par le maintien dans un emploi que l'on pourrait juguler la crise endémique du chômage et assurer l'indépendance du salarié²².

S'il est vrai que le droit du travail est un droit destiné à améliorer la situation des salariés, il n'en demeure pas moins que l'édifice s'effondre face à la préservation des droits des salariés. Ainsi, le droit du travail, du fait de la crise²³, était devenu trop rigide. Il fallait l'assouplir en envisageant la flexibilité. Mais à la flexibilité, il faut adjoindre la sécurité et en l'occurrence la sécurité de l'emploi. La flexibilité²⁴ des règles du droit du travail est apparue comme le remède, la solution idoine pour réaliser des performances économiques et résorber le chômage. Le bilan aujourd'hui n'est pas très flatteur et la situation de l'emploi n'est guère reluisante. La flexibilité du droit du travail a été considérée comme un dilemme²⁵. Mais au fond, elle peut être perçue dans le contexte béninois comme le signe évident d'un changement de paradigme²⁶.

Les avantages de la stabilité de l'emploi pour l'économie dans son ensemble restent forts. Ainsi, la sécurité de l'emploi, elle, continue d'être un sujet de préoccupation.

²⁰ GNAHOUI DAVID (R.), « Intérêt de l'entreprise et des droits des salariés », *Ohadata* D-04-31.

²¹ VERDIER (J.-M.), « Relations de travail et droits fondamentaux », in *Mélanges DRAI*, Paris, Dalloz, 2000, p. 653.

²² DADIE (B. B.), *Climbié*, « *Le travail et après le travail, l'indépendance mon enfant, n'être à la charge de personne telle doit être la devise de votre génération. Et il faut toujours fuir l'homme qui n'aime pas le travail* », Bernard Binlin Dadié, l'écrivain qui jamais, n'accepta le diktat de la France - Côte d'Ivoire (africa-press.net).

²³ VOISSET (M.), « Droit du travail et crise », *DS* 1980, p. 287. MUNCK (J. De), Les trois crises du droit du travail, *R.D.S.*, 1999, p. 443. *Le Monde*, L'effondrement du droit du travail, 31 octobre 1978.

²⁴ ROUDIL (A.), Flexibilité de l'emploi et droit du travail, « la beauté du diable », *R.D.S.*, 1985, p. 84.

²⁵ NANTEUIL-MIRIBEL (M. de), op.cit. p.5.

²⁶ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, la mémoire du droit, 2008, «V° Avertissement de la première édition».

Le sentiment d'insécurité de l'emploi est fort chez les salariés, le chômage important pouvant expliquer, en partie, cette attitude. Les marchés du travail sont moins volatiles qu'on ne le croit. *L'analyse de cette thématique permet de s'interroger sur ce qu'une main-d'œuvre stable est-elle bonne pour la compétitivité²⁷ et garantit-elle la sécurité de l'emploi ?*

Le début du 21^{ème} siècle a largement contribué à la prise en compte du capital humain dans les entreprises occidentales en générale, et africaines en particulier. Ainsi, les préoccupations des entreprises ne reposent plus seulement sur les aspects quantifiables tels que : le chiffre d'affaires, la part de marché, la taille critique mais également et surtout, sur les éléments non quantifiables à savoir la gestion des compétences, l'employabilité, les aptitudes, le savoir-faire et le savoir-être²⁸, la gouvernance au sein de l'entreprise, la flexibilité²⁹ et la sécurité. Ainsi, la réduction des effectifs s'analyse comme l'indice d'une gestion responsable des ressources humaines.

La gestion des emplois et des compétences, la maîtrise de la masse salariale et l'approche globale des rémunérations, l'investissement en formation, en sécurité, en qualité et en amélioration des conditions de travail, l'aménagement des temps, les relations sociales, la communication, l'implication, l'audit social sont devenu des facteurs clés du succès de l'entreprise et de la création de valeur. La flexibilité fait peser sur les relations contractuelles le spectre de la déjudiciarisation³⁰. La flexibilité peut revêtir de multiples aspects : variation des horaires, des salaires, des effectifs, etc. Mais traditionnellement, on distingue la flexibilité interne et externe, d'une part et la flexibilité

²⁷ PETER (A.), BERG (J.) et COULIBALY (I.), *Une main-d'œuvre stable est-elle bonne pour la compétitivité ? Revue internationale du Travail*, vol. 144/3, BIT, Genève, 2005.

²⁸ PERETTI (J.-M.), *Ressources humaines*, 5^e édition Vuibert, Paris, 1988, 588 p.

²⁹ Le terme flexibilité est d'origine **latine** « flexibilitas » et désigne le caractère de ce qui se laisse courber, ce qui est flexible. En droit, elle désigne l'ensemble des mesures susceptibles d'**assouplir les règles concernant le temps du travail afin d'adapter l'entreprise aux fluctuations saisonnières ou occasionnelles de l'activité**. La flexibilité a plusieurs définitions selon le contexte dans lequel le mot est utilisé. Elle se rattache à une réalité souple, flexible et désigne l'élasticité, la souplesse d'une chose qui peut s'adapter aux circonstances spéciales. C'est une notion qui occupe une place spéciale dans les analyses et questions sur les transformations sociales de l'entreprise depuis plusieurs décennies. In MAGGI (B.), Critique de la notion de flexibilité, *Revue française de gestion*, 2006/3, n° 162, pp. : 35-49. Le droit positif béninois en matière sociale s'est vêtu de nouveaux habits avec la réforme intervenue en 2017 et qui promet dans la réforme organisationnelle de la gestion de l'entreprise, la notion de flexibilité même si le terme n'a pas été galvaudé. Les nouveaux paradigmes ont la promotion de la flexibilité, cette souplesse reconnue à la nouvelle loi qui vient corriger ou assouplir les rigidités de la loi 98-004 du 27 janvier 1998 portant code du travail en république du Bénin. Selon R. Reix, l'aptitude à l'adaptation est évoquée « intuitivement » par l'idée de flexibilité. Outre la flexibilité, il y a la flexicurité, apparue depuis l'émergence d'une stratégie européenne pour l'emploi en 1997, des objectifs communs en matière d'emploi, In CONTER (B.), « Origines et impacts de la flexicurité », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2011/10-11, n° 2095-2096, pp. : 5-54. La loi 2017-05 aurait pu envisager la flexicurité qui allie flexibilité et sécurité.

³⁰ GEA (F.), « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de sécurisation de l'emploi », *R.D.S.*, n°3 Mars 2013.

quantitative et qualitative, d'autre part³¹. La préoccupation afférente à la souplesse des règles appelées à s'adapter aux nouvelles réalités du marché, devrait intégrer la sécurité du salarié d'où la « flexicurité »³². Les règles traditionnelles qui organisent le contrat de travail, élaborées dans plusieurs Etats au cours du XIXe siècle se caractérisent par une symétrie formelle entre les droits des parties de mettre fin au contrat de travail moyennant un préavis, sans que l'autre partie n'ait droit aux motivations de la décision de cette rupture³³. Or, l'être humain s'anoblit par le travail, alors que les conséquences de la résiliation du contrat de travail par le travailleur sont désastreuses. Le travailleur et sa famille se trouvent ainsi privés de ressources. Ainsi, le salarié tombe non seulement dans l'insécurité mais aussi dans la pauvreté, la précarité. Cette précarité fait naître un sentiment d'insécurité. La précarité est devenue le quotidien de la quasi-totalité des travailleurs béninois et l'évidence est qu'elle est ambiante tant dans la sphère privée que dans celle professionnelle³⁴. Il est indéniable que la jurisprudence en droit comparé semble adhérer à ces circonstances et changements de paradigmes. Le nouveau droit social béninois ne saurait donc échapper à son influence.

L'emploi sera analysé comme le marché concurrentiel où se rencontrent employeurs et demandeurs d'emploi. A cet effet, l'emploi est un « objet du développement économique »³⁵. « La seule manière de résoudre le problème de la conjugaison du développement économique et du

³¹ KOOVI (B. I. A.), « La flexibilité de l'emploi au cœur des mutations en droit social béninois », *Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique", Vol. 4, n°2, 2021, pp. 184-211.*

³² La flexicurité est le nom donné à une forme d'organisation du marché du travail combinant une main-d'œuvre flexible, capable de s'adapter aux nouveaux marchés et aux nouvelles technologies, avec la sécurité qui garantit les niveaux de vie et les conditions de travail des travailleurs. Elle implique également une plus grande flexibilité du temps du travail, permettant aux gens de concilier emploi et vie de famille et autres responsabilités. La notion de flexicurité provient de modèles qui ont fait leurs preuves aux Pays-Bas et dans les pays scandinaves. Cependant le débat actuel sur la flexicurité avantage les entreprises au détriment des travailleurs, en mettant davantage l'accent sur l'accomplissement des règles d'embauche et de licenciement, la suppression des normes du travail et la protection de l'emploi, et en imposant des conditions strictes en matière de soutien social, ce qui donne aux entreprises la possibilité de réduire la qualité des emplois et des contrats de travail. In NIEMIEC (J.), JANSSEN (R.) et LEWIS (A.), Flexicurité, [CES \(etic.org\)](http://CES.etic.org) consulté le 22 juin 2022. BOYER (R.), (dir.), *La flexicurité du travail en Europe*, La Découverte 1986. BOYER (R.), « La flexicurité danoise : quels enseignements pour la France ? », *Document du Cepremap*, avril 2006. CONTER (B.), Origines et impacts de la flexicurité, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2011/10-11, n° 2095-2096, pp. : 5-54.

³³ MEILLAND (C.), « Flexibilité sans précarité », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 97, novembre 2005, pp. 48-59.

³⁴ Interviews de Madame Laurence PARISOT, présidente du Medef sur la politique économique et fiscale du gouvernement, le pouvoir d'achat et les relations avec les partenaires sociaux, 30 août 2005 : « La vie, la santé, l'amour sont précaires, pourquoi le travail échapperait-il à cette loi ? », <https://www-humanite-fr/node/33396??amp=>, consulté le 15 septembre 2021.

³⁵ MOULY (J.), « L'emploi dans la pensée relative au développement économique », *Persée, Tiers-Monde*, tome 15, n°57, 1988. Pouvoir, mythes et idéologies, p.83.

développement de l'emploi semble être de prévoir le recours à la main-d'œuvre dans la plus large mesure possible »³⁶.

Le ressenti des salariés, est que la flexibilité est source de précarité généralisée et d'insécurité relativement à leur statut³⁷. C'est pourquoi, la flexibilité mérite d'être considérée comme une politique écartelée entre la sécurité du salarié et la dynamisation de l'emploi. Si les trente Glorieuses³⁸ sont synonymes de croissance assez régulière de la production, de consommation de masse de produits standardisés et de hausse des salaires réels, les années 70 ont été marquées par une rupture de ces évolutions à plusieurs niveaux³⁹.

³⁶ Ibid.

³⁷ Selon les données enregistrées par la Direction Générale du Travail (DGT) au titre de l'année 2017, sur 2091 plaintes reçues, 88, 9% constitue des plaintes individuelles. En 2018, 276 plaintes individuelles dont 28 demandes d'autorisation de licenciements économiques parmi lesquelles 24 licenciements économiques délivrés (Cf. Rapport des statistiques du travail, éd. octobre 2018 ; en 2016, sur 51 demandes d'autorisation de licenciement économique reçues, le Ministère en charge du Travail a autorisé 24 (Rapport des statistiques du travail, éd. 2019). Au titre de la sécurité de l'emploi, le sentiment d'une insécurité croissante de l'emploi est fort remarquable chez les salariés. Voy. RAY (J.-E.) « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *R.D.S.*, n°3- mars 2013, p. 196, préc. Lors des enquêtes, la totalité des salariés interrogés soutient que la loi 2017 met l'employé dans une situation de précarité.

³⁸ L'expression « Les trente glorieuses » est reprise du titre d'un livre de Jean Fourastié consacré à l'expansion économique sans précédent qu'a connu la France, comme les autres grands pays industriels, du lendemain de la Seconde Guerre mondiale jusqu'au choc pétrolier de 1973. Jean Fourastié a choisi de donner ce nom à cette période en référence à la révolution de 1830 qualifiée traditionnellement de "Trois glorieuses". Pour lui, 1830, marque un tournant politique majeur en France, et la période 1945-1973 des "Trente Glorieuses" peut être considérée comme son équivalent sur le plan économique. On a, depuis, oublié son sous-titre : « La révolution invisible ». Il décrit bien cette révolution qui ne s'est pas faite en un jour, mais a été permanente pendant près de trois décennies. Elle s'est faite sans les à-coups des habituels cycles économiques. Avec l'aide américaine du plan Marshall, l'Europe occidentale, sortie exsangue de la guerre, retrouve en seulement cinq ans son niveau de vie d'avant-guerre. Mais les Français et Françaises, comme les autres Européens, ne font pas que travailler : ils font aussi des enfants. C'est le « baby-boom ». L'expansion économique continue par la suite à marche soutenue : de 1950 à 1973, la **croissance** annuelle des douze pays qui adhéreront à la Communauté européenne a été en moyenne de 4,6% ! Un dynamisme qui fait aujourd'hui rêver. L'exode rural est important, les villes s'étendent et la **consommation** se développe. Le rattrapage technologique vis-à-vis des États-Unis, notamment le développement de la télévision, change les habitudes de vie. Le rêve américain devient réalité. Les ménagères achètent des machines à laver le linge, puis la vaisselle. Les Français s'enrichissent, le **chômage** tombe en Europe à 2,4% de la **population active** et les premiers lotissements de maisons individuelles préfabriquées se multiplient : à chacun son « home sweet home ». Une époque bénie qui sera brutalement interrompue par le premier choc pétrolier de 1973. Aujourd'hui, c'est la Chine qui vit sa période glorieuse au plan économique, mais il est difficile de dire combien de temps elle durera.

³⁹ Il s'agit de - une production plus fluctuante au gré des variations de la conjoncture, - une concurrence plus vive (*mondialisation*) qui nécessite davantage de gains de *productivité*, - une obsolescence rapide de certains biens (*progrès technique*), - des changements plus fréquents dans les goûts des consommateurs (production en séries plus courtes).

Les nouvelles méthodes de gestion⁴⁰ vont nécessiter une plus grande souplesse dans l'utilisation du travail. Les entreprises vont opérer un choix en transformant le coût fixe salarial en coût variable. C'est dire qu'une main-d'œuvre occasionnelle sera privilégiée par rapport au travailleur permanent. Ainsi, les entreprises feront un recours massif aux intérimaires et aux contrats de travail atypiques. Les détenteurs de ces contrats de travail sont employés au gré des besoins de l'entreprise mais, la conquête de la liberté, n'aura pas éteint l'aspiration des hommes à la sécurité de l'emploi.

Au Bénin, les autorités politiques ont été confrontées à la difficile tâche de réglementation du marché du travail. Celui-ci évolue au gré des exigences de la mondialisation et de la globalisation de l'économie. Les appels en faveur d'une flexibilité accrue : limitation de la protection de l'emploi et de la législation du travail, du pouvoir de négociation des syndicats, des systèmes généreux de protection sociale et des charges salariales élevées est à souhaiter. Il est utile de s'appuyer sur un modèle de « flexicurité » qui mise sur un nouvel équilibre entre la flexibilité et la sécurité de l'emploi, du revenu et de la protection sociale. L'Organisation Internationale du Travail (OIT) encourage une « flexicurité » qui requiert, mais aussi, favorise un taux d'emploi élevé. A défaut d'entreprises compétitives, aptes à faire évoluer leur main-d'œuvre en fonction des conditions du marché, les résultats resteront médiocres en termes d'emploi. Toutefois, un niveau élevé de flexibilité du marché du travail ne résout le problème du chômage que si les travailleurs jouissent d'une sécurité suffisante de l'emploi et du revenu, grâce à des dispositifs d'aide intensive à la recherche d'emploi, à des programmes de politiques actives du marché du travail et à un soutien financier qui les incitent à accepter davantage de mobilité et de flexibilité qui favorisent leur adaptation. Le dialogue entre les gouvernements, les travailleurs et les employeurs sur la politique à adopter est le fondement d'un système axé sur la « flexicurité ».

La forte croissance économique du XXe siècle a permis de promettre à chacun la sécurité. L'emploi lui-même a été réglementé en vue de le rendre plus stable. La libéralisation des échanges commerciaux, l'externalisation et les progrès technologiques s'accompagnent d'un accroissement de la volatilité et du risque sur les marchés du travail. Les travailleurs doivent donc être protégés par de nouveaux dispositifs qui ne relèvent pas uniquement de la relation d'emploi stable. La

⁴⁰ Il s'agit de zéro stock, zéro délai, flux tendus, etc.

sécurité de l'emploi est la relation ou contrat de travail qui garantit une période de travail de longue durée ou la relation ou contrat de travail qui garantit une période de travail de longue durée. A ces différents avantages de la flexibilité s'oppose des avantages non moins négligeables de la stabilité.

Des relations stables dans l'emploi peuvent aider une économie en assurant un pouvoir d'achat continu et croissant et en stimulant la demande des consommateurs. La stabilité est-elle rentable pour les entreprises ? La sécurité de l'emploi est un critère essentiel pour le salarié qui bute contre la négligence de l'employeur à lui en garantir. Elle est faiblement perçue et n'est pas seulement déterminé par la durée de l'ancienneté mais aussi influencée par l'état général du marché du travail et de l'économie. La sécurité de l'emploi joue un rôle tout à fait significatif dans la perception d'un emploi satisfaisant. La perception de la sécurité est corrélée de façon tout à fait significative avec le taux de chômage. Il semble aussi que l'état général de l'économie en récession ou non, a un grand impact sur les sentiments subjectifs. L'ancienneté n'est pas un critère de sécurité d'emploi⁴¹. C'est à bon droit qu'une sécurité de l'emploi fragilisée (I) sera suivie d'une sécurité de l'emploi consolidée (II).

I- UNE SECURITE DE L'EMPLOI FRAGILISEE

La recherche d'une efficace conciliation entre le bonheur du salarié et l'optimisation économique de l'employeur a conduit à une réforme des modalités tant de la flexibilité, du plafonnement du quantum de l'indemnisation que de la réparation du licenciement abusif en droit béninois. Mais l'option du rejet de la réparation intégrale, semble sceller la prééminence des intérêts de l'entreprise sur la protection du salarié contre l'exercice abusif du droit de licencier. La sécurité de l'emploi face aux nombreux défis d'innovations sociales et juridiques permet d'analyser entre autre le refus du mécanisme de réparation intégrale (B). La nouvelle loi fait la promotion de la rupture entre la surprotection du salarié contenue dans la loi n° 98-004 du 27 janvier 1998, portant code du travail et institue la flexibilité de la relation de travail. Cette flexibilisation des relations de travail permettent de déboucher sur une précarité de l'emploi. Alors que le but de la flexibilité de la relation de travail répond à l'adaptabilité du droit du travail aux

⁴¹ AUCOUTURIER (A.-L.), COUTROT DARES (Th.) et DEBAUCHE (E.), *Les stratégies des entreprises face à la réduction du temps de travail*, (Université Paris X-Nanterre), septembre 1999.

nouvelles exigences de compétitivité de l'entreprise, on assiste impuissant à une désarticulation, une ambivalence dans le contexte béninois (A).

A- La dérégulation de l'emploi privé

Page | 42

L'adaptabilité⁴² du droit du travail aux exigences de compétitivité économique de l'entreprise est au cœur de l'objectif de la réforme en matière sociale au Bénin avec la loi n° 2017-05 de 2017. La flexibilité instituée par cette loi fragilise le statut du salarié. Cependant, on ne peut occulter que la réforme comporte des vertus faisant d'elle un outil de promotion de l'emploi. Ainsi, Force est de constater que le législateur a rendu vulnérable le salarié afin d'offrir plus de chance à l'embauche (1). Au-delà des remous qu'elle a pu susciter, la réforme aura le mérite d'opérer une courageuse et nécessaire révolution législative (2).

1- Une plus grande opportunité d'embauche

La sécurité de l'emploi est essentielle pour les salariés, le développement et l'équilibre de chaque nation⁴³. La mission essentielle du droit du travail réside dans la protection du salarié considéré comme partie faible au contrat du travail⁴⁴. Mais la nouvelle réglementation institue une flexibilité dont les conditions ne sont pas remplies. D'abord, il existe un flou sur la notion de flexibilité et entretenu par plusieurs courants doctrinaux. La loi béninoise sur l'embauche a été présentée aux acteurs du monde des affaires. On assiste impuissant à une flexibilisation de l'emploi. Cette flexibilité de l'emploi est indexée comme une véritable négation de l'embauche⁴⁵. Le travailleur béninois assiste-t-il à une déshumanisation de l'emploi, orchestrée par le pouvoir législatif ? La Loi n°2017-05 du 29 août 2017, fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin a permis de « refonder le droit du travail »⁴⁶. Les mutations économiques du droit du travail⁴⁷

⁴² RICHEVAUX (M.), « Le droit du travail face à la dérégulation de l'emploi privé », in LESTRADE (B.) et BOUTILLIER (S.) (dir.), *Les mutations du travail en Europe, Acte du Colloque du 18 et 19 mars 1999 à Dunkerque et Boulogne-sur-Mer*, Paris, L'harmattan, 2000, p. 44.

⁴³ LYON-CAEN (P.), *L'application par la France des conventions internationales de travail*, Droits fondamentaux, 2010, n° 8, p. 1.

⁴⁴ DURAND (P.), *Traité de droit du travail*, t.1, Paris, Dalloz, 1947, n°94, p.113.

⁴⁵ « Loi sur l'embauche au Bénin : illustration de l'insouciance du gouvernement pour les travailleurs au Bénin », La Nouvelle Tribune, 14 févr. 2018, <https://lanouvelletribune.info>, consulté le 19 mars.

⁴⁶ RAY (J.-E.), « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *R.D.S.*, n°3- mars 2013.

⁴⁷ RAY (J.-E.), « Mutation économique et droit du travail », *In : Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, 1989, p. 11-31.

auraient pu donner d'excellents résultats si le projet de proposition de loi alliait « négociation légiférante » qui aurait pu prendre en compte l'avis des acteurs du monde syndical et des partenaires sociaux à la politique de l'emploi. Il aurait été question d'allier démocratie sociale et politique qui donne du temps aux experts pour évaluer la faisabilité et anticiper les résultats attendus. Si la loi avait pris en compte les entraves à l'embauche, elle aurait anticipé sur les raisons de son échec car il y a trois ans déjà et aucun espoir de grande opportunité d'embauche ne point encore à l'horizon. On aurait pu assister à une situation semblable de la rupture conventionnelle homologuée sous d'autres cieux avec d'éclatants succès⁴⁸. Editer des règles de droit, régler, c'est octroyer des droits et prescrire des obligations aux citoyens. Le droit du travail est un droit vivant⁴⁹ et il est opportun que le code du travail soit débarrassé des rigidités connues aux lois sociales. Toutefois, la nouvelle loi sociale aurait dû replacer l'émergence de la flexibilité du travail dans une perspective globale en promouvant les critères de performance des entreprises, la santé et les conditions de travail des salariés, la temporalité dans l'entreprise, l'éradication de la précarité tant matérielle qu'existentielle, etc. Cette loi était l'occasion rêvée de repenser la vie des normes dans l'environnement économique et juridique de l'entreprise. C'est le triomphe du droit du travail dans l'entreprise pour le bien de l'entreprise qui se débarrasse de nombreuses entraves. L'entreprise est le bénéficiaire de la nouvelle loi d'autant qu'elle en tire de nombreux avantages. Pour Alain SUPIOT, la flexibilisation s'est identifiée à une mutation du droit du travail de l'hétéronomie vers l'autonomie⁵⁰. Quelle est l'intérêt de cette déconstruction ? Assure-t-elle une meilleure sécurité de l'emploi au salarié ?

2- Une déconstruction nécessaire du droit du travail dans son essence

Déconstruire c'est *défaire complètement ce qui a été construit*⁵¹. C'est l'objectif de la démarche nouvelle de flexibilisation⁵². La nouvelle loi met en péril la protection des droits du

⁴⁸ TOURNAUX (S.), « Le code du travail et ses mœurs », *R.D.S.*, Dalloz, 2016, pp. 680-688.

⁴⁹ RAY (J.-E.) et MOUSSERON (P.-H.), *Droit du travail : droit vivant*, 2^e édition, Paris, éditions Liaisons, 1992, 351 p.

⁵⁰ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2011, p. 171. GUEDEGBE (S. I. B.), *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1^{ère} éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, pp. 2-3.

⁵¹ Le Petit Larousse illustré, 2002.

⁵² LASSEHIN (B. C.), « La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche », *Revue de l'ERSUMA*, 2020-2, n° 13, pp. 299 et s.

salarié. Or, le législateur devrait assigner à la nouvelle loi sociale du Bénin, la prise en compte des critères tant recherché du travail décent et la dignité de la personne au travail, d'autant que le « travail n'est pas une marchandise »⁵³. Le travail décent, tel que défini par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et approuvé par la communauté internationale, est la possibilité pour chaque femme et chaque homme d'accéder à un travail productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité. Il regroupe divers éléments : - possibilité d'exercer un travail productif et convenablement rémunéré ; - sécurité au travail et protection sociale pour les travailleurs et leur famille ; - amélioration des perspectives de développement personnel et d'intégration sociale ; - liberté pour les êtres humains d'exprimer leurs préoccupations, de s'organiser et de participer à la prise de décisions qui influent sur leur vie ; - égalité de chances et de traitement pour l'ensemble des femmes et des hommes⁵⁴. De ce point de vue, les citoyens à travers leurs représentants devraient exigée d'eux, la recherche et la mise en œuvre de critères individuels et collectifs faisant du travail une activité assurant liberté, sécurité, dignité et équité, comme le prescrit l'Organisation internationale du travail (OIT). Les législations sociales le plus souvent ne respectent pas ses critères pour cause d'efficacité. La politique de l'emploi a permis de diagnostiquer les maux dont souffre l'univers social béninois. Il faut dire que les lois sociales béninoises d'avant la loi de 2017-05, posaient tellement de problèmes, tant de rigidités que d'excès dans le souverain pouvoir d'appréciation que la loi a accordé au juge. Le juge de la deuxième chambre sociale du tribunal de première instance de Cotonou, après avoir déclaré abusive la rupture du contrat de travail, a fixé les dommages-intérêts pour licenciement abusif à la somme de cinq millions (5.000.000) FCFA. Les entreprises sont confrontées au paiement des dommages et intérêts dont le juge a le pouvoir discrétionnaire et qui sont des entraves qui ne sont pas de nature à permettre à l'Etat de jouer son rôle de « promoteur de l'économie de marché ». C'est pourquoi, le droit du travail béninois s'est vêtu de nouveaux paradigmes. La loi de 2017, plus qu'une réforme, est une véritable refondation⁵⁵, car il remet en cause, les principes essentiels⁵⁶ qui caractérisent le droit du travail issu des conquêtes ouvrières. L'essence du droit du travail est de servir l'intérêt

⁵³ Le 10 mai 1944, la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, réunie à Philadelphie, aux États-Unis, a adopté la Déclaration de Philadelphie qui **redéfinit les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail**.

⁵⁴ SOUNON TAMOU (A. S.), *Le travail décent dans les pays de l'espace OHADA : cas du Bénin et du Togo*, thèse de doctorat soutenue le 20 mai 2017, FADESP/UAC, n°3, p.19.

⁵⁵ BARTHELEMY (J.), « Droit social : pourquoi et comment le refonder », *R.D.S.* 2012. 763.

⁵⁶ JEAMMAUD (A.), « Des principes du droit du travail ? », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1703, p. 9.

des salariés, partie faible dans le contrat de travail⁵⁷ mais la nouvelle loi en recherchant la sécurité s'est heurtée aux exigences économiques qui favorisent l'employeur, partie certes forte du contrat de travail mais affaiblie par les litiges de travail. Puisque le droit du travail est sommé d'être efficace, il doit s'adapter aux exigences de la mondialisation et aux exigences de la culture de l'évaluation. Les modes de rupture du contrat de travail tendent à supplanter celles des obligations des parties, tandis que les droits collectifs ne sont pas au premier plan des projets de modernisation du droit du travail. Le contrat du travail est caractérisé par le lien de subordination qui normalise l'exploitation de la force du travail. La place du droit de travail dans l'économie capitaliste, l'encadrement des choix économiques par des dispositions sociales ne pourrait masquer l'idée d'un droit du travail, rigide, réductrice d'un droit protecteur du salarié. Cette ambivalence mise en œuvre par Gérard Lyon-Caen montre que le droit du travail reconnaît certes des droits aux salariés, mais aussi que ses règles peuvent être lues comme coïncidant avec les intérêts du patronat. Emancipateur des salariés, il reste aussi adéquat au capitalisme. L'encadrement des choix économiques par des normes sociales, influence les paradigmes, les qualifications et appréciations juridiques. Dérégler les normes sociales, n'a jamais permis de baisser le taux de chômage. Une critique acerbe des libéraux du caractère étatique, rigide de la loi 98-004 du 27 janvier 1998, portant code du travail a permis l'exigence d'une flexibilité accrue. Cette déconstruction induit un assouplissement voire une suppression des dispositions qui encadrent le régime traditionnel du droit social⁵⁸. On assiste aussi à un allègement des règles contraignantes qui enserrant une activité. Il est question d'un recul corrélatif de l'interventionnisme étatique sur le libéralisme économique⁵⁹. Mais, il n'est pas sans conséquence. Aux détours de la réalité de la réforme⁶⁰, il s'infère pour le salarié le plafonnement tant de l'indemnité de licenciement⁶¹ que de la réparation due à un licenciement abusif⁶².

⁵⁷ JEAMMAUD (A.), « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *R.D.S.* 1998. 211.

⁵⁸ *Le Petit Larousse illustré*, 2002, p. 320.

⁵⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2011, p. 331.

⁶⁰ GUEDEGBE (S. I. B.), *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1ère éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, p. 5.

⁶¹ Art. 29, de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

⁶² Art. 30 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

B- La dérégularisation des droits des salariés

Le droit commun pose le principe de la réparation intégrale. Dans la compréhension de ce principe, il faut réparer tout le préjudice et rien que le préjudice⁶³. Cette remise en question est mue par le caractère excessif des condamnations prononcées par les juges sans égard à l'étendue du préjudice et des possibilités réelles de l'entreprise⁶⁴. Dans cette optique, il semble qu'elle s'inscrit dans une logique globale de la nouvelle loi qui, sous couvert de la promotion de l'intérêt de l'entreprise, a entrepris de protéger l'employeur, parfois au mépris des droits des salariés. Analyser le droit du travail par des critères de performances économiques des entreprises, c'est remettre en cause l'acquis des salariés (1). Les réparations⁶⁵ ainsi que les indemnités de licenciement⁶⁶ sont soumises à un plafonnement sévère. Aussi, a-t-il consacré la rupture consensuelle du contrat (2).

1- Une remise en cause de l'acquis des salariés

L'un des objectifs de l'OHADA est la sécurisation de l'environnement juridique et judiciaire par l'intégration juridique considérée comme catalyseur de l'unification économique et de l'instauration d'un Etat de droit économique⁶⁷ ; et pour ce faire, il faut instaurer la sécurité judiciaire⁶⁸. « *La tension entre la nécessité du changement en droit et le besoin de sécurité juridique constitue un des problèmes les plus importants* »⁶⁹. La théorie des droits acquis⁷⁰, connue

⁶³ RADE (Ch.), « Préjudices et indemnisation à la croisée des disciplines. Heurs et malheurs du principe de réparation intégrale en droit du travail », *Dr. Ouvrier*, 2015. 441.

⁶⁴ POUGOUE (P.G.), *Le petit séisme du 14 août 1992*, op. cit.

⁶⁵ Article 30 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

⁶⁶ Article 29 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

⁶⁷ MBAYE (K.), *L'histoire et les objectifs de l'OHADA*, LPA, 2004, p. 2.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁹ TULEJA (P.) et WOJTYCZEK (K.), « La protection des droits acquis, élément constitutif de l'Etat de droit ? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise », *R.I.D.C.*, 47-3, 1995, p. 737.

⁷⁰ GBAGUIDI (A. N.), « La coordination du système de transfert de propriété Ohada et du système consensualiste en matière de conflit mobile mobilier », *RBSJA*, n° 28, 2011, pp. 15 et s. pour des développements sur la mise en œuvre de cette théorie en matière de transfert de propriété mobilière en droit international privé ; aussi, PATAUT (E.), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 2006-2008, 2009. pp. 71-114 ; BRAUDO (S.), *Dictionnaire du droit privé*, voir « Droits acquis », <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droits-acquis.php>.

dans les Etats de la *Common Law* comme *vested rights*⁷¹ et portée dans le système juridique de tradition française par PILLET et NIBOYET⁷² permet d'assurer ce besoin de sécurité juridique.

L'Etat assure aux citoyens l'accès à l'emploi⁷³. L'efficacité économique n'est pas une finalité du droit du travail. Les politiques de l'emploi doivent garantir l'accès et le maintien dans un emploi tout en facilitant les conditions d'accès. Le droit du travail est très sensible à la promotion des droits de la personne et des libertés fondamentales⁷⁴. C'est, « *un champ de prédilection de la recherche d'une protection vigilante des droits fondamentaux* »⁷⁵.

Nul n'a pu démontrer qu'un allègement des règles applicables au licenciement économique favorisait l'emploi. Le licenciement, est « *l'acte par lequel l'employeur rompt unilatéralement le contrat de travail et congédie un ou plusieurs salariés* »⁷⁶. Il s'agit de la perte de l'emploi sur l'initiative de l'employeur. Une réforme du droit du travail devrait permettre d'envisager plus de justice dans les rapports individuels et collectifs de travail mais surtout, de renforcer la dignité de l'être humain au travail. Cette situation a mue les autorités étatiques à limiter le plus possible le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre fin à la relation de travail pour n'importe quel motif. Or, force est de constater que le lit est fait à la possibilité de se séparer de son employé si et seulement si l'on peut justifier du paiement de l'indemnité de fin de collaboration dans les conditions prévues par la loi. Ailleurs, la complexité et l'insécurité juridique engendrées par l'inflation des lois sociales et les évolutions de la jurisprudence laissent tout de même la possibilité au juge de garantir les droits fondamentaux des salariés. Ainsi, à la hauteur de l'affront, l'employeur était amené à verser des sommes dont le paiement avait un but dissuasif pour ne pas rompre le contrat du salarié sur des motifs fallacieux. Mais hélas, un amoindrissement des sanctions consécutives à l'abus du pouvoir de l'employeur de licencier dans le cadre du licenciement individuel a été consacré.

⁷¹ MUIR WATT (H.), « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP*, 1986, pp. 425 et s.

⁷² GBAGUIDI (A. N.), « La coordination du système de transfert de propriété Ohada, ..., op. cit.

⁷³ Art. 8 de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, révisé le 7 novembre 2019 par loi n° 2019-40.

⁷⁴ GNAHOUI DAVID (R.), « Intérêt de l'entreprise et des droits des salariés », *Ohadata* D-04-31.

⁷⁵ VERDIER (J. M.), « Relations de travail et droits fondamentaux », in *Mélanges DRAI*, Paris, Dalloz, 2000, p. 653.

⁷⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e édition, 2018, p. 615.

2- Un cantonnement rigide de la réparation du licenciement abusif

Le salarié a des droits acquis et il pouvait compter sur ce bouclier. Le rempart majeur qui tenait lieu de bouclier au salarié est la force de la sanction attachée au licenciement dont la procédure est irrégulière. Le juge, dernier rempart dans un Etat démocratique, actionne la force des garanties procédurales que l'opinion publique mesure à la sévérité de la sanction applicable à l'employeur. Pour tenter de promouvoir une dynamisation du marché du travail, le législateur béninois a transposé un cantonnement rigide de la réparation du licenciement abusif. Or, l'essor de la précarité sur le marché de l'emploi, semble émaner du licenciement. D'ailleurs, au profit d'une plus grande sécurisation de l'emploi, la déconstruction du droit du travail dans son essence et par conséquent, l'affaiblissement des droits du salarié ont été préférés. De plus, la sécurité des droits du salarié devient aléatoire en raison d'une sensation de surprotection injustifiée des intérêts économiques de l'employeur. Or, dans le même temps, le contexte régional offre des solutions plus subtiles comme la réparation intégrale souple⁷⁷ ou le cantonnement flexible⁷⁸. La réparation légale imputable à l'employeur en cas de licenciement abusif est plafonnée à 9 mois de salaire et le plancher est de 3 mois⁷⁹. Il lui est aisé d'évaluer préalablement les implications financières de sa décision et ne pas craindre une quelconque surestimation du préjudice par le juge⁸⁰. Bien évidemment, le plafonnement des dommages et intérêts apportent une certaine « sécurisation des affaires »⁸¹, mais ne garantit pas forcément un dédommagement intégral du préjudice subi par le salarié⁸² et ne garantit pas la sécurité de l'emploi. Certains Etats ont pris individuellement le pari d'assurer davantage de flexibilité dans les relations de travail par une relative exacerbation de la

⁷⁷ Loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant Code du Travail sénégalais.

⁷⁸ Loi n°2021-012 du 18 juin 2021, portant Code du Travail togolais, (JO 2021-26 ter).

⁷⁹ Le plafond de ce montant est fixé à 9 mois de salaire et le plancher à 3 mois. Cf. article 30 al. 5 de la loi 2017-05.

⁸⁰ AUVERGNON (Ph.), « Des esprits présents dans le projet d'Acte uniforme OHADA portant droit du travail », *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul GERARD POUGOUE*, Wolters Kluwer-Credij, 2014, p. 122. L'auteur a souligné que des « juges condamnent des employeurs ayant procédé à des licenciements injustifiés à des dommages-intérêts très élevés pouvant atteindre trois, voire cinq années de salaire sans motivation d'aucune sorte sur le préjudice réellement subi par le salarié ».

⁸¹ AUVERGNON (Ph.), « Des esprits présents dans le projet d'Acte uniforme OHADA portant droit du travail » op. cit., p. 122, note 41 : « Du point de vue de la sécurisation des affaires, le plafonnement des dommages-intérêts est logique ».

⁸² Le plafonnement peut constituer une situation d'insécurité pour le salarié, GUEDEGBE (S. I. B.), « La violation des règles de procédure du licenciement en droit du travail béninois », *RBSJA*, Supplément du N°32, 2014, p. 118. Mais il peut l'être aussi pour l'employeur et l'entreprise si la borne supérieure est exagérée haute. En droit congolais par exemple, le législateur prévoit par exemple un plafond de 36 mois de la dernière rémunération. Cf. l'article 63, alinéa 3 de la loi n° 015-2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail au Congo.

liberté contractuelle des partenaires dans l'entreprise⁸³. L'opportunité économique⁸⁴ et sociale d'une régionalisation d'un droit du travail modernisé s'est imposée en dépit de la circonspection raisonnée d'une partie de la doctrine⁸⁵, comme le moyen d'instaurer « un ordre juridique relativement uniformisé, relativement homogénéisé et suffisamment musclé »⁸⁶. De plus, le droit social a « une place importante, quoique longtemps sous-estimée, dans l'émergence de politiques incitatives à l'investissement et à la création d'emplois dans l'espace communautaire »⁸⁷. L'une des finalités sociales du droit est de « conduire au plus grand bonheur du plus grand nombre de salariés »⁸⁸. La réforme a permis à la loi de refléter la capacité d'optimisation économique⁸⁹ de l'entreprise. Le rendez-vous manqué de la réparation intégrale⁹⁰, montre la prééminence des intérêts de l'entreprise⁹¹ sur la protection du contrat de travail face au triomphe de la désyndicalisation, résultante de la crainte révérencielle d'un probable abus face au licenciement abusif. On assiste à la banalisation de la rupture des relations contractuelles. A l'article 29 de la nouvelle loi de 2017-05, le législateur dispose que le licenciement même irrégulier en la forme n'est pas abusif ; l'indemnité y relative ne peut excéder deux (2) mois de salaire brut. Pour y prétendre, l'employé devra justifier d'une année de travail effectif. Dans la même optique, l'employeur dispose du pouvoir de procéder à un licenciement abusif. Même dans cette hypothèse, la réparation à verser au salarié est comprise entre trois (3) et neuf (9) mois⁹². La sécurité de l'emploi n'est plus une garantie par l'employeur. Le renouvellement indéfini, l'autorise autant de

⁸³ MOHAMADOU (B.), « La contractualisation du droit sénégalais du travail », *Penant* 2012, p. 91.

⁸⁴ ISSA-SAYEGH (J.), « questions impertinentes (?) sur la création d'un droit social régional dans les États africains de la zone franc », *Bulletin de droit comparé du travail et de la législation sociale*, 1999, spéc. p. 87 s.

⁸⁵ POUGOUE (P.-G.), « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in *POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1321, n° 15.

⁸⁶ MBAYE (K.), « L'unification du droit en Afrique », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, n° 10, p. 67 s.

⁸⁷ « Droit africain du travail », *Revue TPOM, Revue mensuelle d'actualité juridique*, Paris, Juris Africa, n° 930, p. 183.

⁸⁸ LOKIEC (P.), « L'adaptation du travail à l'homme », *R.D.S.*, 2009, p. 755.

⁸⁹ AFFICHARD (J.) et LYON-CAEN (A.), « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT*, 2009, p. 631. AFFICHARD (J.) et LYON-CAEN (A.), « L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes », recherche réalisée par l'Institut international pour les études comparatives, *Modèle de courrier (travail-emploi.gouv.fr)*.

⁹⁰ L'art. 30 de la loi sur l'embauche consacre le rejet de l'application du principe de réparation intégrale en cas de rupture abusive du contrat de travail par l'employeur. La réforme législative organise un nouveau système de réparation avec un seuil planché et un seuil plafond.

⁹¹ Sur la question de la prééminence des intérêts de l'entreprise sur la protection des droits du salarié, voir GNAHOUI DAVID (R.), « Intérêt de l'entreprise et des droits des salariés », *Ohadata* D-04-31. Selon l'auteur, « L'accent a surtout été mis sur la promotion de l'entreprise, en vue d'attirer les investissements capables de redonner à l'économie nationale une expansion, et ainsi, générer des emplois. En conséquence, la protection de l'entreprise a été projetée au-devant de la scène, au grand dam des droits des travailleurs ».

⁹² Art. 30 de la loi.

fois qu'il le désire à renouveler le contrat de travail qui le lie à son salarié »⁹³. Le plafonnement peut constituer une situation d'insécurité pour le salarié⁹⁴, mais il peut l'être aussi pour l'employeur et pour l'entreprise si la borne supérieure est exagérément fixée au firmament. Le législateur béninois à l'instar de son homologue congolais aurait pu prévoir un plafond de 36 mois de la dernière rémunération⁹⁵. Dissuasif, il aurait un tant soit peu garantir la stabilité et au mieux des cas, la sécurité de l'emploi.

II- UNE SECURITE DE L'EMPLOI CONSOLIDEE

*Le droit sans dignité n'est que médiocrité et la dignité sans droit n'est que déraison*⁹⁶. C'est pourquoi, le salarié béninois sous l'égide de la loi 2017-05, en tant qu'être de raison, ne devrait être réduit à subir les injustices. Et en vertu de cette évidence, le droit de retrait lui a été accordé alors même que l'employeur est garant de sa sécurité dans l'entreprise⁹⁷. La quête de la sécurité de l'emploi tant recherchée se heurte à la consécration d'un contraste institué face au subtil renforcement des pouvoirs de l'employeur qui contraint les salariés au renforcement de ses compétences pour conserver son emploi. Ainsi, la consécration d'un contraste instituée (A) sera suivie des pouvoirs contraignants de l'employeur (B).

A- La consécration d'un contraste institué

Le besoin de protection de l'individu contre une liberté exacerbée préjudiciable à son être⁹⁸ ne saurait objectivement justifier un ordre public économique de direction⁹⁹, un ordre public

⁹³ Cf. *La nouvelle tribune*, <https://lanouvelletribune.info/2019/04/tout-devient-possible-la-lettre-ouverte-de-victor-topanou-a-patrice-talon>, consulté le 22 janvier 2020.

⁹⁴ GUEDEGBE (S. I. B.), « La violation des règles de procédure du licenciement en droit du travail béninois », *RBSJA*, Supplément du N°32, 2014, p. 118.

⁹⁵ Cf. l'article 63, alinéa 3 de la loi n° 015-2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail au Congo.

⁹⁶ *Blaise Pascal, Pensées*.

⁹⁷ TCHAKOUA (J.-M.), *Dignité et droits fondamentaux des salariés : réflexion à partir des droits camerounais et français*, op. cit., p. 80.

⁹⁸ FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D*, 2008, chron. 35.

⁹⁹ L'ordre public économique de direction manifeste la volonté de l'Etat d'intervenir dans le mécanisme de l'offre et de la demande par exemple en matière de prix. D'où la multiplication des lois impératives au nom de l'intérêt général.

économique de protection¹⁰⁰ voire un ordre public paternaliste¹⁰¹ qui a engendré le recul de la toute-puissance de la volonté des parties dans le lien contractuel. La recherche de l'employabilité dans la réforme du droit béninois du travail, a permis une meilleure adaptation du droit du travail aux mutations économiques et sociales. Cependant, elle s'est heurtée dans le contexte béninois à l'absence des outils de promotion (1), ce qui a occasionné un manque de sécurisation de la relation de travail (2).

1- Une absence d'outils de promotion

L'ambition de la loi n° 2017-05 transparait nettement dans l'exposé des motifs qui envisage de « rendre plus flexible le marché du travail et de l'emploi au Bénin »¹⁰². La réforme est calquée sur les lois françaises n° 2008-596 du 25 juin 2008 dite de modernisation du marché du travail que celle de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹⁰³. Et pourtant, force est de constater la fragilisation du statut du salarié et une possible amélioration du taux d'employabilité. Selon l'Organisation Internationale du Travail (OIT), l'employabilité est « *l'aptitude de chacun à trouver et conserver un emploi, à progresser au travail et à s'adapter au changement tout au long de la vie professionnelle* »¹⁰⁴. Les politiques sociales sont confrontées à la difficile, mais primordiale, tâche de réglementer le marché du travail qui ne cesse d'évoluer dans le contexte de la mondialisation de l'économie. L'expression flexibilité rend compte de la rationalité du nouveau modèle choisi. La promotion de l'entreprise, grâce à la prépondérance des pouvoirs accordés à l'employeur, constitue le principal état juridique posé par la réforme béninoise¹⁰⁵. Dans le contexte d'une rupture pour sauvegarder les intérêts de l'entreprise, cette rupture imputable à l'employeur ne saurait donner droit à une qualification de rupture abusive car elle paraît être justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Pour le professeur Joseph DJOGBENOU, « la loi n°98-004 du 27 janvier

¹⁰⁰ L'ordre public économique de protection traduit la volonté de l'Etat de limiter les conséquences de l'inégalité économique des contractants en multipliant les règles impératives protectrices du contractant jugé le plus faible : le droit de la consommation par exemple soumet les contrats de consommation, passés entre un professionnel et un consommateur, à un ensemble de règles impératives et protectrices, dérogoires au droit commun.

¹⁰¹ BIOY (X.), « Dignité et responsabilité, genèse d'une rencontre entre éthique et droit », GIRARD (C.) et HENNETTE-VAUCHEZ (S.) (dir.), *La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridiction*, PUF, 2005, p. 196.

¹⁰² Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, p. 4.

¹⁰³ SACHS (T.), « Les fonctions et les mots. La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT* 2016, p. 748.

¹⁰⁴ L'Organisation Internationale du Travail (OIT).

¹⁰⁵ On s'en convainc à la lumière, entre autres, des dispositions de l'art. 24, al.2.

1998 portant code du travail en République du Bénin a fait le lit à un chômage dont le taux excessif et inadmissible ne saurait encore longtemps laisser insensible le législateur. Un déséquilibre caractérise l'offre et la demande d'emploi aux dépens de celle-ci alors que les jeunes de quinze (15) à trente-cinq (35) ans représentent plus de 60% de la production active »¹⁰⁶. Les premières statistiques renseignent sur la progression nette du taux d'embauche¹⁰⁷. En considérant l'évolution de l'effectif des travailleurs, on peut noter qu'en 2018, l'effectif total des travailleurs affiliés à la CNSS s'élève à 341 258 contre 306 896 en 2017, ce qui correspond à une progression de 11%, contre 287 757 en 2016¹⁰⁸. Il ressort de l'analyse des premières statistiques de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale qu'entre 2016 et 2017, le taux est de 6, 65%.

2- Une sécurisation manquée de l'emploi

« L'indemnisation peut donner le sentiment que tout est possible pour celui qui dispose des moyens de payer »¹⁰⁹. Et même dans cette hypothèse, la réparation à verser au salarié est comprise entre trois et neuf mois¹¹⁰. A travers la consécration de la vulnérabilité du salarié, le législateur béninois de 2017 a sonné le glas de la protection du salarié. En droit du travail, la doctrine met en lumière trois pouvoirs qui sont reconnus à l'employeur : le pouvoir réglementaire, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction¹¹¹ lesquels se trouvent purement forcés par la flexibilité. Il faut rappeler que la crise économique a mis en avant la nécessité pour le droit du travail de ne plus se contenter seulement de la protection des salariés, mais de rechercher également la sauvegarde et la bonne marche de l'entreprise pourvoyeuse d'emplois¹¹². Ces diverses préoccupations difficilement conciliables entre elles, aboutissent à un ensemble législatif qui donne au droit du travail camerounais un visage dominé pêle-mêle par le souci de protéger le travailleur, l'exigence de l'emploi et l'efficacité économique »¹¹³. Le législateur béninois quant à lui, a affiché la volonté

¹⁰⁶ Préface de GUEDEGBE (S. I. B.), *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1ère éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019.

¹⁰⁷ Rapport d'activités exercice 2018 de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS), p.13.

¹⁰⁸ Rapport d'activités exercice 2018 de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS), p.13.

¹⁰⁹ RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant*, 20ème éd., Paris, Liaisons, 2012, p. 351.

¹¹⁰ Art. 30 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹¹¹ COUTURIER (G.), *Traité de droit du travail, t. 2, les relations collectives de travail, coll. Droit fondamental*, Paris, PUF, 2001, p. 50.

¹¹² GNAHOUI DAVID (R.), « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », in *Revue Sénégalaise des affaires*, n°1, janv.-juin 2003, n°16, p.2

¹¹³ POUGOUE (P.-G.), « Le petit séisme du 14 août 1992 », *Revue Juridique Africaine*, 1994, p. 67.

d'« instaurer une dynamique de création d'emplois intensifs et durables qui réduisent le taux du chômage endémique des jeunes. Il a ensuite donné « aux entreprises la possibilité d'accroître leur productivité et leur compétitivité »¹¹⁴. De nombreuses critiques sont faites à la flexibilisation de l'emploi. Il est loisible de voir dans la flexibilité grandissante la preuve d'une grande précarité et d'une qualité plus que médiocre. Selon certains auteurs¹¹⁵, une telle flexibilisation de la relation de travail irait dans un sens tout à fait opposé à une plus grande sécurité et stabilité du travailleur¹¹⁶. Le législateur aurait pu associer à la flexibilité, la sécurité pour encourager une « flexicurité ». Elle requiert, mais aussi favorise, un taux d'emploi élevé. A défaut d'entreprises compétitives, aptes à faire évoluer leur main-d'œuvre en fonction des conditions du marché, les résultats resteront médiocres en termes d'emploi. La flexibilité dans les relations entre employeurs et salariés renvoie à la souplesse, à la malléabilité et à l'absence d'intangibilité¹¹⁷. Dans les relations de travail, la modification des emplois, leurs adaptations aux besoins économiques de l'entreprise engendre un assouplissement, une flexibilisation des règles sociales, en l'occurrence celles du licenciement rigides. Cette réalité sociale contraste avec la sécurité de l'emploi¹¹⁸ qui se métamorphose et se transforme en une réalité fuyante. Certes, la sécurité de l'emploi n'est plus une fin en soi, elle se doit de se concilier avec les défis de survie de l'entreprise. Mais, le changement des paradigmes de la nouvelle loi, semble prôner la flexibilité, la précarité et l'insécurité, galvaudée comme une exigence de l'efficacité¹¹⁹. Toutefois, un niveau élevé de flexibilité du marché du travail ne résout le problème du chômage que si les travailleurs jouissent d'une sécurité suffisante de l'emploi et du revenu, grâce à des dispositifs d'aide intensive à la recherche d'emploi, à des programmes de politiques actives du marché du travail et à un soutien financier qui les incitent à accepter

¹¹⁴ Exposés des motifs, loi 2017.

¹¹⁵ FONTANA-BERARD (S.), « Licencier un salarié pour motif économique. Des difficultés économiques ? Il peut être nécessaire de « couper » dans les effectifs », <https://www.expertpublic.fr/licencier-salarie-motif-economique>, Publié par le 1er juin 2007, consulté le 12 juin 2020, à 15h32mn.

¹¹⁶ KOIVI (B. I. A.), « La flexibilité de l'emploi au cœur des mutations en droit social béninois », *Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"*, Vol. 4, n°2, 2021, pp. 184-211.

¹¹⁷ DJOGBENOU (J.), « Et demain, le contentieux du droit des affaires OHADA », In *L'effectivité du droit. De l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier, Mélanges en l'honneur du Professeur François Anoukaha*, L'harmattan, Paris, 2021, p. 1012. DJOGBENOU (J.), « L'informel et le règlement des litiges par application du droit OHADA » in CADIET (L.), (Dir.), *Droit et attractivité économique: le cas de l'OHADA*, Travaux de l'association pour l'efficacité du droit et de la justice dans l'espace OHADA, éd. IRJS, Paris 2013, pp. 148 ss. KITIO (E.), « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 2 - Mars 2013, *Jurisprudence*.

¹¹⁸ PELISSIER (J.), « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *R.J.S.* 9/08, p. 679.

¹¹⁹ SUPIOT (A.), « Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L. 122-12 alinéa 2) », *R. D.S.*, 2006, p. 264.

davantage de mobilité et de flexibilité, et favorisent leur adaptation. Le dialogue entre les gouvernements, les travailleurs et les employeurs sur la politique à adopter est le fondement d'un système axé sur la « flexicurité ». Mais seul le temps permettra de conclure si les fruits vont tenir la promesse des fleurs. Dans cette perspective, on peut envisager l'assurance professionnelle qui poursuit l'objectif de sécurisation de la trajectoire des salariés. Y concourent également les dispositifs visant à développer l'employabilité des salariés, grâce à des outils collectifs ou individuels, et à leur offrir des possibilités d'évolution par la diffusion de l'accès à la formation professionnelle. La cessation d'une relation d'emploi peut être une expérience traumatisante pour un travailleur et la perte de son revenu, a une incidence directe sur le bien-être de sa famille. À mesure que davantage de pays cherchent à accroître la flexibilité de l'emploi et que la mondialisation déstabilise la sphère traditionnelle du travail, de plus en plus de travailleurs devront probablement faire face à la cessation involontaire de leur relation d'emploi à un moment ou à un autre de leur carrière. L'analyse économique du droit du travail, montre comment les acteurs concernés peuvent s'en saisir dans leurs comportements économiques. Les effets potentiels de la protection de l'emploi sur les comportements d'absentéisme du salarié, sur certains comportements de l'employeur et sur les facteurs influençant la décision du juge en cas de contentieux sont autant d'éléments que la loi a mis en exergue. Il faut dire que la possibilité de faire intervenir un juge modifie le pouvoir de négociation des acteurs ex-post, ce qui peut réduire, sous certaines conditions, les comportements opportunistes et accroître le niveau d'investissement choisi ex-ante. L'efficacité de la relation de travail dépend nécessairement de la façon dont les agents peuvent anticiper le comportement du juge. Aujourd'hui au Bénin, le juge n'a pas grand pouvoir discrétionnaire en matière de conflit de travail.

Or, la décision de saisir voire, de faire appel pour le plaignant est accrochée à trois (03) conditions cumulatives. Il s'agit du coût de faire appel, le gain attendu en appel et la probabilité de gagner en appel. Il faut dire que le législateur a fait montre d'objectivité plus « le niveau de protection de l'emploi est élevé, plus la probabilité d'absentéisme est faible. Par contre, plus le régime d'indemnisation des arrêts maladies est généreux, plus la probabilité d'absence au travail est considérable¹²⁰.

¹²⁰ Données individuelles européennes de l'European Community Household Panel in BOURREAU-DUBOIS (C.) et DEFFAINS (B.), « Analyse économique du droit du travail », recherche réalisée par l'université Nancy 2.

Par ailleurs, la possibilité de réduire les effectifs et de licencier les travailleurs qui ne donnent pas satisfaction est nécessaire pour que les entreprises continuent d'être productives et que l'emploi soit stimulé. Les normes de l'OIT sur la cessation de la relation d'emploi tentent de trouver un équilibre entre préserver le droit d'un employeur de licencier un travailleur pour des motifs valables et garantir que ce licenciement est juste, qu'il constitue le dernier recours et qu'il n'aura pas de conséquences négatives disproportionnées sur le travailleur.

B- Les pouvoirs contraignants de l'employeur

Ces pouvoirs obligent le salarié à acquérir plus de compétences. La loi 98-004 du 27 janvier 1998 portant code du travail en République du Bénin, dite rigides vis-à-vis de l'employeur avait pourtant accordé plusieurs avantages au salarié. Ces avantages ont été dissipés sous l'égide de la loi 2017-05 du 29 août 2017. Il est beaucoup plus facile pour l'employeur de se débarrasser des salariés incompetents ou peu compétents. C'est pourquoi, le renforcement subtil des pouvoirs de l'employeur induirait une certaine sécurité de l'emploi. Ces pouvoirs qui sont entre autres, le pouvoir de direction, comme une invitation à la sécurisation personnelle (1) et celui de gestion grâce à la modulation de la relation de travail (2).

1- Une sécurisation du pouvoir de direction de l'employeur

L'entreprise africaine présente un certain nombre de caractéristiques qui sont observées dans tous les pays en développement : faible taille, absence de croissance interne et externe, faible qualification des salariés, structures de financement défaillantes et prédominance du secteur informel¹²¹. Ce subtil renforcement du pouvoir patronal de direction et de gestion¹²², ne doit pas

¹²¹ GALIÈGUE (X.) et MADJIMBAYE (N.), « Le management africain, entre contraintes économiques et contingences culturelles : Résultats d'une enquête à N'Djaména, Tchad », 2007.

¹²² GNAHOUI DAVID (R.), « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », in *Revue Sénégalaise des affaires*, n°1, janv-juin 2003, n°16, ou www.Ohada.com (*Ohadata* D – 04 – 31). On peut alors facilement comprendre les différents mécanismes d'implication des salariés dans la gouvernance de l'entreprise. En ce qui le concerne, le législateur OHADA entend associer les travailleurs à la gestion et au résultat de l'entreprise. Voy. BADJI (S.), « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSC-GIE révisé », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 6 - Janvier 2016, Doctrine. L'auteur affirme notamment : « Rendre le prolétariat propriétaire et l'ouvrier boursicotier, voilà une vieille lune qui a la vie dure ». Voilà un bien lointain souhait car les démocraties sont des régimes égoïstes, qui ne se préoccupent pas de l'intérêt des non-citoyens, hier les esclaves, aujourd'hui les étrangers. En droit OHADA, les dispositions de l'article 626-1 AUSC-GIE prévoient que : « L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Les délibérations prises à défaut des rapports prévus au présent

permettre de bousculer les intérêts du salarié. Le premier intérêt que tire le salarié dans l'entreprise reste le salaire, contrepartie de l'effort fourni pour la production ; le second pouvant être un emploi décent et stable. L'un des pouvoirs reconnus à l'employeur par le législateur reste, en effet, la modification du contrat de travail¹²³. Cette modification peut résulter d'une réorganisation de l'entreprise¹²⁴, en raison de difficultés économiques, d'innovations technologiques ou de nécessités de la concurrence¹²⁵. La loi de 2017, marque la prépondérance du pouvoir patronal. Il engendre un déséquilibre significatif entre l'employeur qui détient l'emploi et le salarié qui souhaite le pérenniser.

Par la flexibilité interne, on entend la mobilité du personnel en fonction des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, la conjoncture économique et sociale et le renforcement des aptitudes professionnelles des salariés. Cette mobilité peut conduire à une mutation professionnelle voire géographique. La mobilité due à une mutation professionnelle voire géographique du salarié implique une modification du contrat de travail. En marge du principe de la force obligatoire du contrat, l'employeur peut imposer au salarié une modification de son contrat, affectant son poste ou sa catégorie professionnelle, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie¹²⁶. Les dirigeants n'ont que faire des employés qui se contentent de leur rapporter des problèmes sans suggérer la moindre solution. Les modalités en matière de modulation de la relation de travail ont été renforcées par le nouveau législateur béninois.

2- Une attractivité comme source de réformes

Les employés encore en fonction reconnaissent la possibilité ouverte par la nouvelle loi aux employeurs de se séparer des agents non performants sans grandes difficultés. Ils sont sous la

alinéa sont nulles... ». Le nombre total des actions attribuées gratuitement ne peut excéder dix pour cent (10%) du capital social à la date de la décision de leur attribution par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas.

¹²³ Art. 24 et 25 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹²⁴ Art. 25 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

¹²⁵ SUPIOT (A.), *Droit du travail, Que sais-je*, Paris, 2019, 128 p.

¹²⁶ Articles 24 et 25 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin.

hantise quotidienne de la perte de leur emploi¹²⁷. La lecture croisée de l'exposé des motifs de la loi n° 2017-05 et la loi 98-004 du 27 janvier 1998 permet de déclarer la plus ancienne des lois défavorable à l'investissement et aux exigences de compétitivité découlant de l'intérêt de l'entreprise. La promotion de l'emploi a été le creuset de la référence fondamentale de la réforme législative opérée en droit béninois du travail. Le législateur a rompu avec la surprotection du salarié, les rigidités contenues dans la loi 98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du travail en République du Bénin. Le renforcement des conditions de la modulation de la relation de travail est à saluer. Le dessein de la loi est de garantir un mieux-être aux salariés, or, les rigidités contenues dans d'autres lois sociales sont le malheur de pas mal d'entreprises qui sont obligées de déposer le tablier. Cette modulation, on l'espère laisse croire que le législateur donnerait l'envie de recruter et ainsi de promouvoir l'emploi. Si le salarié perçoit la gravité des dangers qui le guettent, il va renforcer ses capacités managériales et ainsi forcer que l'employeur lui garantisse la sécurité de l'emploi. Les qualités personnelles, connues sous le vocable de *l'intuitus personae* vont bientôt irriguer les relations juridiques, innover et consolider les qualités personnelles dans les contrats de travail. Les salariés doivent désormais acquérir les qualités recherchées par l'employeur. Ces qualités sont entre autre, l'honnêteté, la proactivité, le sens de l'organisation personnelle, etc. Par l'honnêteté, le salarié cherche et estime avec une plus grande précision le temps dont il a besoin pour mener à bien les tâches à lui confiées. Ces prises en compte des acquis du salarié doit faire régulièrement état de son progrès tout en projetant à l'employeur une image d'efficacité et de fiabilité. Ces employés auront une sécurité de l'emploi garanti. En réalité, aucun employeur ne peut se séparer des salariés qui permettent à l'entreprise de progresser et d'avoir une bonne performance. Grâce à l'intelligence artificielle, les travailleurs sont aujourd'hui plus libres qu'il y a deux décennies. Mais, cette liberté s'accompagne d'une plus grande responsabilité. Le salarié doit alors organiser ses tâches avec professionnalisme et de manière efficace en travaillant aussi bien à la maison, au bureau ou partout où besoin sera. Le salarié doit fixer des priorités pour l'atteinte des objectifs de l'entreprise qui lui assure son gagne-pain. L'employeur recherche des employés qui efficacement pourraient travailler sous pression et en équipe. Les salariés qui prennent l'initiative de se répartir des tâches, d'apporter des essais de solutions aux problèmes et de réaliser les missions qui leur sont confiées d'une façon collégiale et créative sont d'une valeur

¹²⁷ DELORS (J.), « Pourquoi ce rapport sur la sécurité de l'emploi ? », in « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », *Rapport n°5 du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale, la documentation française*, Paris, 2005, p. 5.

inestimable pour l'entreprise. L'employeur d'une telle équipe est fier parce qu'il est déchargé de certaines tâches. L'employeur qui a une équipe soudée est satisfait de l'ambiance positive qui règne sur le lieu de travail et surtout des résultats non moins négligeables qui font de l'entreprise une bonne qui résiste à la compétition et aux aléas. L'employeur recherche le travailleur idéal qui doit être en mesure d'anticiper sur les besoins à venir. La proactivité permet à l'employeur de mettre ses propres attentes et besoins en veilleuse pour réfléchir au bon fonctionnement de l'entreprise et à son évolution future. D'ailleurs, l'employeur tient compte des qualités du salarié non seulement, au moment de recruter de nouveaux collaborateurs mais en même temps, de se débarrasser de ses employés incompetents.

Conclusion

La réforme béninoise paraît se justifier par le souci du législateur de conserver une certaine souplesse indispensable à l'attractivité des activités économiques. Le législateur a fait un choix, celui de promouvoir l'emploi pour endiguer le chômage des jeunes diplômés. Certes, la sécurité recommande qu'il ne soit pas porté des atteintes aux droits existant par suite de réformes législatives et réglementaires. Mais, au-delà des remous que la réforme a pu susciter, elle aura le mérite d'opérer une courageuse révolution législative des plus significatives dans un contexte mouvant où le droit du travail et le salarié sont condamnés à s'adapter¹²⁸. Le salarié doit désormais avoir les qualités recherchées et qui font de lui un pion incontournable pour le bien-être de l'entreprise qui l'emploie.

Tous les services de l'entreprise permettent de renforcer son attractivité, mais il est essentiel de construire une marque employeur forte basée sur le bien-être et l'évolution des salariés. L'employeur doit offrir les conditions d'attractivité à son entreprise en ce sens que les salariés doivent trouver satisfaction morale d'appartenir à une équipe qui gagne. Il doit permettre aux salariés d'évoluer professionnellement au sein de l'entreprise. Les salariés doivent avoir le sentiment de travailler avec une équipe ouverte et disponible. L'entreprise attractive est celle qui donne envie de travailler pour elle. C'est celle qui attire spontanément des candidats et dont les salariés sont fiers d'en faire partie. Dans ces situations, les salariés et employeurs sont conscients

¹²⁸ LASSEHIN (B. C.), « La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche », *Revue de l'ERSUMA*, 2020-2, n° 13, pp. 299-332.

des challenges pour rendre plus compétitive leur unité de production. Ils doivent profiter de chaque opportunité. La nouvelle loi recherche toutes ses qualités aussi bien du salarié que de l'entreprise qui, à terme, permettra au consommateur d'être mieux protégé. Ceux-ci peuvent se prévaloir de la qualité des produits et qui respectent les normes de production. Il échet à l'entreprise d'avoir une santé financière et économique lui permettant d'être enviée. Par conséquent, l'entreprise pourra résister à l'attractivité d'autres entreprises et à la rude concurrence. Elle pourra s'ériger comme l'une des meilleures au plan national, communautaire voire, international.



Le licenciement des salariés protégés au Mali*The dismissal of protected employees in Mali*

Par :

Souleymane DIARRA

Page | 60

Docteur/Ph.D en droit privé

Enseignant-chercheur à la Faculté de droit Privé de l'Université des Sciences
Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)**Résumé :**

La représentation des salariés dans les entreprises et la protection de ceux qui l'exercent demeurent aujourd'hui des préoccupations majeures du droit du travail au Mali. Parce qu'il représente une garantie du respect des droits des salariés, le salarié investi de fonctions représentatives doit être protégé lors de la rupture de son contrat de travail.

La procédure de licenciement des salariés protégés constitue une branche spéciale du droit qui se situe à la « confluence du droit public et du droit privé ». C'est une procédure de droit public qui revêt un caractère d'ordre public et confère à l'inspecteur du travail, le pouvoir de statuer sur le licenciement de ces salariés. Cette procédure exorbitante du droit du travail se justifie par le fait que les salariés exerçant une fonction de représentation, participant au dialogue social et à la négociation collective bénéficient d'une protection.

Et partant, les services du ministère du travail, sous le contrôle du juge administratif, doivent vérifier que le motif est de nature à justifier le licenciement d'un salarié protégé et n'est pas entaché de discrimination.

Le syndicalisme malien au sein des entreprises se caractérise essentiellement par ce dilemme : un droit prévu et protégé par la loi et les conventions internationales de l'OIT mais un droit constamment violé dans sa mise en œuvre.

L'ossature de la construction du contentieux des autorisations de licenciement des salariés protégés au Mali se reconnaît d'être l'œuvre du Conseil d'Etat français dont les juridictions maliennes « reprennent volontiers, voire, parfois, servilement, les solutions ».

Mots clés : Salariés protégés- Licenciement-Droit malien.

Abstract :

Employee representation in companies and the protection of those who exercise it remain major concerns of labour Law in Mali. Because it represents a guarantee of respect for the rights of employees, employees with representative functions must be protected when their employment contract is terminated.

Page | 61

The procedure for the dismissal of protected employees constitutes a special branch of law which lies at the “confluence of public and private Law”. It’s a public Law procedure which is of a public nature and confers on the labour inspector the power to decide on the dismissal of these employees. This exorbitant labour law procedure is justified by the fact that employees exercising a representational function, participating in social dialogue and collective bargaining, are protected.

Consequently, the departments of the Ministry of Labour, under the supervision of the administrative judge, must verify that the reason is such as to justify the dismissal of a protected employee and is not tainted by discrimination.

Malian trade unionism within companies is essentially characterized by this dilemma : a right foreseen and protected by law and international conventions of the but a right constantly violated in its implementation.

The backbone of the construction of the dispute of the authorization of dismissal of protected employees in Mali is recognized to be the work of the French Council of State whose Malian jurisdictions « willingly, sometimes slavishly, take back the solutions».

Keywords: Protected employees- dismissal-Malian Law.

Introduction

En entreprise, les lois et normes internationales ainsi que la jurisprudence ont tendances à apporter une meilleure sécurité au salarié a raison du besoin de protection qui lui est accordée dans une certaine mesure. D'après M. KONE¹ parmi les types de salariés protégés figurent d'une part les femmes et les enfants, les malades et les handicapés et, d'autre part les représentants des travailleurs que sont les membres des syndicats, les délégués du personnel et les membres du CHS. Le licenciement d'un salarié d'une de ces catégories de travailleurs nécessite une attention particulière à la situation de l'individu.

Page | 62

Selon M. KONE, la protection tient souvent à l'observation d'une procédure particulière notamment en ce qui concerne le travailleur malade. Parfois, il s'agit des contraintes, des obligations vis-à-vis de l'employeur d'obéir à certaine restriction telles les dispositions relatives au travail de la femme et des enfants.

Par ailleurs, la protection du travailleur est fonction de la culture des entreprises et des valeurs qu'elles comptent véhiculer à l'endroit de ses parties prenantes au regard de sa responsabilité sociale et sociétale conclut-il². Si la notion de travailleur protégé peut être considérée dans une dimension plus étendue, cette étude se focalisera sur la situation des représentants des salariés.

La représentation des salariés dans les entreprises et la protection de ceux qui l'exercent demeurent aujourd'hui des préoccupations majeures du droit du travail au Mali. Parce qu'il représente une garantie du respect des droits des salariés, le salarié investi de fonctions représentatives doit être protégé lors de la rupture de son contrat de travail.

La conciliation des impératifs de production pour maintenir la survie de l'entreprise, la nécessaire réalisation des profits pour les actionnaires avec la défense des intérêts moraux et économiques des travailleurs, influencée par l'oscillation du contexte macroéconomique et l'environnement social de l'entreprise, nourrit les germes d'un dialogue social marqué par des

¹ Entretien avec M. Yaya Sompé KONE le 11 janvier 2023, responsable des Ressources Humaines et chargé de la communication à la mine de SOMILO SA.

² Idem.

dissensions diverses³. L'opération de conciliation de ces intérêts visiblement opposés crée une atmosphère de tension voire de violence.

L'une des manifestations de cette tension sociale est la grève Au Mali, de 2019 à 2021, les différents syndicats ont déposé plus de 342 préavis de grève.⁴ Au cours des dix dernières années, plus de 2000 travailleurs ont été licenciés dont 140 syndicalistes dans les entreprises minières.

BCM Mali, une entreprise sous-traitante de la société des mines de Loulo SA a licencié 462 travailleurs en 2012 consécutivement à la gestion des conséquences d'un préavis de grève illimitée observé par les salariés de ladite entreprise sous-traitante. Dans l'entreprise G4S, 550 travailleurs licenciés entre 2018 et 2019 pour fait de grève.⁵

Au point que la Confédération Syndicale des Travailleurs du Mali (CSTM) a saisi l'Organisation Internationale du Travail (OIT) pour des « *faits de licenciements massif et abusif sans droit de ses militants dont les leaders syndicaux par la complicité de certains cadres de l'administration du travail* ». ⁶ L'OIT après une mission au Mali, a produit un rapport intimant le gouvernement malien au respect des engagements internationaux.

Le terme « salariés protégés » a été utilisé tant par le juge administratif⁷ que le juge judiciaire⁸ et a été reprise par la doctrine française⁹ pour désigner les salariés élus ou mandatés dont la rupture du contrat de travail est subordonnée à la délivrance d'une autorisation préalable de l'administration. Les salariés dits « protégés » sont exposés à des risques de représailles en raison de l'exercice de leur mandat et la protection dont ils bénéficient s'avère nécessaire.

Ainsi, l'employeur se voit-il privé de son droit de rompre le contrat de travail. En effet, il ne peut en principe, prononcer le licenciement qu'après avoir obtenu l'autorisation de l'autorité publique chargée d'assurer « l'ordre public social ». ¹⁰ Cette protection est conférée au salarié, en

³ N.M. GERMAIN, *Le licenciement des salariés protégés : processus et enjeux*, <https://www.cair.info/revue-droit-et-société1-2006-1-page-179.htm>, consulté le 30 décembre 2022.

⁴ Discours de Mme la Ministre de l'Emploi, de la fonction publique et du dialogue social, lors de l'ouverture des travaux de la conférence dans le domaine du travail respectivement du 17 au 22 octobre 2022.

⁵ Rapport OIT cité par le journal Info-Matin, Edition n°7141 du mercredi 18 mai 2022.

⁶ Plainte N° N° 3030 (Mali) du 15 mai 2013-CSTM (licenciement massif dans les mines).

⁷ Cour Suprême, section administrative, Arrêt N°732 du 22/12/2016.

⁸ Cour Suprême, Chambre Sociale, Arrêt du 30 septembre 2021, Affaire SEMOS-SA/Comité syndical CSTM.

⁹ Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, 33^e édition, Précis Dalloz, 2020 ; Borenfreund G., Souriac M.-A. *Syndicats et droit du travail*, Dalloz 2008 ; Kerboure'h J.-Y., *Le statut protecteur des représentants du personnel*, Litec, 2003)

¹⁰ BOETSCH C., et al., *Droit du licenciement des salariés protégés*, 6^{ème} éd, ECONOMICA, 2020, p.2.

sa qualité de représentant du personnel, « **dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent** ». En vue d'exercer en toute indépendance sa mission, le représentant ne doit pas avoir sur sa tête l'épée Damoclès que constitue le licenciement. D'où la nécessité d'aménager un statut protecteur, afin de garantir aux représentants du personnel l'indépendance nécessaire à l'exercice de leur mandat et de les protéger contre les mesures arbitraires, aux quelles leurs fonctions mêmes les exposent.

Cette nécessité a été reconnue tant au niveau national qu'international. L'OIT a d'abord adopté en 1949 la Convention n°98 relative au droit d'organisation et de négociation collective. Cette convention ratifiée par le Mali le 2 mars 1964 dispose en son article 1^{er} :

« Les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. Une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de :

-(a) subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat

(b) congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales... »

L'OIT a ensuite adopté en 1971 la Convention n°135 ayant pour objet la protection des représentants des travailleurs. Cette convention qui sera ratifiée par le Mali le 12 juin 1995 dispose en son article 1^{er} :

« *Les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales... »*

Au plan interne, l'article 257 du code du travail (CT) « *interdit à tout employeur de prendre en considération les opinions, l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions... »*

Dans sa définition du licenciement, le législateur malien rejoint la convention n°158 de l'O.I. T de 1982¹¹ en précisant que : « *le licenciement est la rupture volontaire du contrat de travail à l'initiative de l'employeur* ». ¹² Le licenciement a lieu pour deux motifs : personnel et économique.

Le licenciement pour motif personnel peut être défini comme la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pour des raisons inhérentes à la personne même du travailleur. ¹³

Quant au licenciement pour motif économique, le code du travail le définit comme : « *Tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, constitue un licenciement pour motif économique.* » ¹⁴

La procédure de licenciement des salariés protégés constitue une branche spéciale du droit qui se situe à la « *confluence du droit public et du droit privé* ». ¹⁵ C'est une procédure de droit public ¹⁶ qui revêt un caractère d'ordre public ¹⁷ et confère à l'inspecteur du travail, le pouvoir de statuer sur le licenciement de ces salariés. Cette procédure exorbitante du droit du travail se justifie par le fait que les salariés exerçant une fonction de représentation, participant au dialogue social et à la négociation collective bénéficient d'une protection.

A ce titre, ils ne sauraient être soumis au seul pouvoir du chef d'entreprise. Et partant, les services du ministère du travail doivent vérifier que le motif est de nature à justifier le licenciement d'un salarié protégé et n'est pas entaché de discrimination. Le code du travail malien consacre cette vérification :

« *L'autorisation de l'inspecteur du travail est requise, avant tout licenciement d'un délégué du personnel, titulaire ou suppléant, envisagée par l'employeur ou son représentant* ». ¹⁸

¹¹ Article 3.

¹² Art 52 du code du travail.

¹³ T. Debard, S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, 2021-2022, Dalloz, 29^{ème} éd.

¹⁴ Art 46 du code du travail.

¹⁵ Préface de Jean-Denis Combexelle, *in Droit du licenciement des salariés protégés*, 6^{ème} éd, ECONOMICA, 2020.

¹⁶ Arrêts Safer d'Auvergne et Abellan

¹⁷ Cass.crim.4 février 1992 ; JCP 1993 éd. E, II, 382, note F. Taquet ; Cass.soc.2 décembre 1992 Bull. civ. V n°578 ; JCP 1993 éd. E, II,404, note F. Taquet.

¹⁸ Art 277 du code du travail.

Comment l'administration du travail et les tribunaux maliens appréhendent-ils, très concrètement le licenciement des salariés protégés ?

Cet article se propose de mesurer la protection des représentants des salariés sous l'angle de leurs licenciements à l'aune des pratiques administratives et judiciaires. Il s'agira d'analyser l'encadrement normatif du droit du licenciement des salariés protégés et sa pratique quotidienne.

Nous déterminerons le principe de protection des salariés protégés (I) avant d'examiner la mise en œuvre de cette protection à travers la procédure spéciale de rupture du contrat de travail de dits salariés (II),

I- LE PRINCIPE DE PROTECTION DES SALARIES PROTEGES

En principe, seuls certains travailleurs bénéficient de la protection en raison de leur mandat(A). Toutefois, cette protection ne joue que pour une durée limitée(B).

A- Les Salariés bénéficiaires de la protection

Il s'agit des délégués syndicaux, des délégués du personnel et des membres du Comité Hygiène et de Sécurité.

1- Délégué Syndical

Une meilleure compréhension du rôle du syndicalisme dans l'affirmation du nationalisme africain d'hier à aujourd'hui procède d'une approche historique. C'est dans un contexte de répression que le syndicalisme est né en Afrique. En effet, vers la fin des années 1930, la conjugaison des actions politiques et des actions proprement syndicales favorisent la naissance des « *Iers vrais syndicats en Afrique francophone.* »¹⁹

L'émancipation des travailleurs résultera de l'œuvre des travailleurs eux-mêmes, à partir d'action individuelle ou collective. C'est ainsi qu'à partir de 1919, on assiste à la révolte des ouvriers et mécaniciens du dépôt central de Kayes-Niger à Toukoto contre le comportement de

¹⁹ DEMBELE M., Syndicalisme et discriminations coloniales en AOF, in *Le Syndicalisme en Afrique*, Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques de Bamako (REMASUP p.54) N°9, Presse de l'Université de Toulouse1 Capitole.

leur chef.²⁰Le meneur de cette action sera arrêté et condamné à trois mois de prison avant d'être licencié.

En janvier 1921, à Kayes, sous la direction de Tiémoko Garan Kouyaté, les fonctionnaires et les cheminots déclenchèrent une grève pour protester contre les brimades de l'administration coloniale. En représailles, les responsables syndicaux subirent des mutations arbitraires²¹. D'après Siaka DIAKITE²², Tiémoko Garan Kouyaté et l'ouvrier Faganda Keita furent licenciés et s'exilèrent en France.²³

Il a fallu attendre l'avènement, en France, du Front populaire en 1936 pour que la loi du 25 février 1927 relative aux syndicats professionnels en France soit étendue par décret du 11 mars 1937 aux seuls soudanais titulaires du certificat d'étude primaires.²⁴ Par la suite, la constitution française du 27 octobre 1946 transforma les colonies françaises en départements et territoires d'outre-mer et reconnaissait la liberté syndicale aux ressortissants d'outre-mer.

A son accession à l'indépendance, le Mali a adopté une constitution le 22 septembre 1962 qui reconnaît et garantit la liberté syndicale : « *la liberté syndicale est garantie. Les syndicats exercent leurs activités sans contrainte et sans limites autres que celles prévues par la loi.* »²⁵

En phase avec l'option socialiste, le gouvernement travailla à l'unification des différentes branches syndicales. C'est ainsi que l'union nationale des travailleurs du Mali (UNTM) vit le jour le 28 juillet 1963, comprenant 12 syndicats nationaux, avec à sa tête Mamadou Famady Sissoko comme Secrétaire General.²⁶ Il convient de souligner que jusqu'aux événements de mars 1991²⁷, il n'existait au Mali qu'une seule centrale syndicale, l'UNTM, à laquelle étaient affiliés tous les syndicats des différentes branches professionnelles. Par la suite, nous avons assisté à une floraison de création de syndicats autonomes.

²⁰ Cette action 1^{ère} du genre, bloquera 24heures durant, toute activité ferroviaire dans la localité concernée.

²¹ Certains atterrirent en Haute -Volta.

²² Livre d'Or de l'UNTM de 1998 : intervention de Siaka DIAKITE, ancien secrétaire général de l'UNTM, au colloque de Conakry sur « l'histoire du Mouvement Syndical Africain », p.7

²³ Voir SIDIBE H., *Histoire politique du syndicalisme malien : de ses origines à nos jours*, L'Harmattan, 2019, 258 pages.

²⁴ Ibid.

²⁵ Art 20 de la constitution de 1962.

²⁶ Voir ALKALY F., *Le mouvement syndical au Mali*, thèse de doctorat 3^{ème} cycle de sociologie, tome I, université de Toulouse-le-Mirail II, UER des sciences sociales, 1986, p.57 ; SIDIBE D. « *Evolution du syndicalisme au Mali (1900-2000)* », in *Le syndicalisme en Afrique*, Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques N°9, p318.

²⁷ Mars 1991 est considéré comme le point de départ de l'Etat de droit au Mali.

Et finalement, de 1992 à nos jours, suite à une crise de leadership syndical au Mali, quatre grandes centrales syndicales ont vu le jour : l'UNTM, la confédération syndicale des travailleurs du Mali (CSTM), la centrale démocratique des travailleurs du Mali (CDTM) et la confédération des travailleurs du Mali (CTM).

A la question de savoir, à quoi sert le syndicat, le CT répond : « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels, économiques, sociaux et moraux, tant collectifs qu'individuels, de leurs membres.* »²⁸

Dès son origine, le droit du travail s'est inscrit dans une logique de protection des travailleurs contre les pouvoirs de l'employeurs.²⁹ Cette protection se manifeste tant à travers les textes nationaux qu'internationaux.

Au plan national l'article 20 de la constitution du Mali confère au droit syndical le prestige d'un droit constitutionnel : « *la liberté syndicale est garantie. Les syndicats exercent leurs activités sans contrainte et sans limite autres que celles prévues par la loi.* »³⁰

Outre la constitution, le code du travail à travers une kyrielle d'articles³¹ consacre d'une part la liberté syndicale et protège d'autre part le travailleur syndical. D'abord, tout travailleur ou employeur peut adhérer librement à un syndicat de son choix dans le cadre de sa profession. Et partant, le code du travail, conformément à ses articles L255, 257, 277 et 281, prévoit un régime spécifique de licenciement des représentants des travailleurs et interdit à l'employeur de fonder ses décisions sur le statut et l'activité des mandataires du personnel.

Un comité syndical peut être constitué par tout syndicat représentatif dans chaque entreprise ou établissement employant habituellement 11 salariés.³² Les délégués syndicaux représentent le syndicat auprès du chef d'entreprise. Ils doivent faire partie de l'entreprise depuis un an.³³ A ce titre, ils jouissent d'un certain nombre de prérogatives :

- liberté d'affichage et de distribution de communications à caractère professionnel,

²⁸ Art 232 du CT.

²⁹ Cette protection ne se manifeste pas seulement à travers les dispositions de textes internationaux, mais aussi dans différents actes législatifs et règlementaires qui régissent le rapport entre travailleurs et employeurs au Mali.

³⁰ Constitution du 25 février 1992.

³¹ Les articles 232, 256, 263, 277, et 281 du code du travail malien.

³² Art 258 du Code du travail.

³³ Art 261 du code du travail.

- réunion des délégués syndicaux une fois par mois en dehors des heures de travail dans un local mis à leur disposition par le chef d'entreprise,
- réception sur leur demande par le chef d'entreprise

Par ailleurs, une chose est d'affirmer des principes, une autre est d'en assurer leur mise en œuvre. Qu'en est-il de l'effectivité des prorogatives reconnues aux représentants syndicaux ?

Dans la pratique, les travailleurs connaissent énormément de difficultés pour mettre en place des comités syndicaux dans des entreprises. Ces difficultés sont rapportées très régulièrement aux inspecteurs du Travail, malgré les garanties juridiques découlant du Code du travail ou des conventions internationales de l'OIT. Il n'est pas rare de voir licencier des travailleurs ayant tenté simplement de créer un comité syndical dans leur entreprise.

Ce fut le cas en décembre 2016 : les initiateurs de la création d'un comité syndical dans une entreprise ont été purement et simplement remerciés par la société des cubes jumbo dénommée « Baramusso ».³⁴ Malgré l'intervention de l'inspection du Travail du district de Bamako, les dits travailleurs ont tous été licenciés par le directeur.

D'après M. Fassoum COULIBALY³⁵ nombreux cas de violations de la liberté syndicale, rapportés par les comités syndicaux aux inspections du Travail, font souvent l'objet de conflits collectifs. C'est ainsi que toutes les tentatives de regroupement de travailleurs au sein de certaines entreprises sont réprimées par des suspensions ou des licenciements.

Un exemple concret illustre cette violation. En effet, courant avril 2016, le directeur de l'Ecole privée « Lahidou de Boukassoumbougou » de Bamako, a empêché et même interdit à ses enseignants de créer un comité syndical. Il est allé jusqu'à porter plainte contre les enseignants initiateurs de la création du comité syndical, pour trouble à l'ordre et entrave à la liberté de travail. Lorsque l'inspection du Travail de Bamako a voulu enquêter sur l'éventuelle violation de la liberté syndicale, le directeur en question s'est opposé à l'entrée des inspecteurs du Travail dans son établissement.

³⁴ Qui veut dire « la femme qui est chouchoutée par son mari ». C'est une société de fabrication de bouillons culinaires à base de poulet et autres condiments.

³⁵ Directeur National du Travail de 2014 à nos jours et chargé d'enseignement du droit du travail et de la sécurité sociale à la Faculté de droit privé de Bamako.

La section syndicale nationale de l'Éducation et la Culture s'est saisie du dossier en déposant un préavis de grève au niveau de national pour protester contre la détention illégale au commissariat du 3^{ème} arrondissement des enseignants initiateurs du comité syndical. Le préavis de grève national déposé par le SYNEC³⁶ a permis au Ministre de l'Éducation nationale de se saisir du dossier pour éviter des troubles au niveau national. Ainsi, un avertissement a été adressé au promoteur par le Ministre de l'Éducation nationale pour violation de la liberté syndicale garantie par le Code du travail et les conventions internationales de l'OIT.

La Direction nationale du Travail avait aussi été saisie par le comité syndical de la Société d'abattoir du Mali en 2013 en raison de la non-reconnaissance dudit comité par l'employeur.³⁷ Le Secrétaire général avait été licencié pour trouble et déstabilisation de l'entreprise, accusé de vol et de détournement ; il a fallu un préavis de grève de la section nationale affiliée à la CSTM pour que la direction de l'entreprise accepte de réintégrer le Secrétaire général.

De tout ce qui précède, selon le Directeur national : « *Nous pouvons attester au regard de ces violations réelles que le dialogue social est inexistant dans beaucoup d'entreprises et que les travailleurs sont bien souvent muselés dans la défense de leurs droits.* »³⁸

En somme, le syndicalisme malien au niveau des entreprises se caractérise essentiellement par ce dilemme : un droit prévu et protégé par la loi et les conventions internationales de l'OIT mais un droit constamment violé dans sa mise en œuvre.

Enfin, les fonctions de délégué syndical peuvent se cumuler avec celles de délégué du personnel.

2- Délégué du personnel

Conformément à l'article 265 du code du travail, « *les délégués du personnel sont élus dans chaque établissement comprenant plus de dix travailleurs. La durée de leur mandat est de trois ans. Ils peuvent être réélus* ».

³⁶ Syndicat National pour l'Éducation et la Culture ; il regroupe tous les comités syndicaux de base des lycées, des éducations préscolaires et spécialisées, de l'enseignement fondamental et le personnel non enseignants de certaines facultés ainsi que les travailleurs de la culture.

³⁷ Extrait du procès-verbal de conciliation du 24 juin 2009 entre les Abattoirs Frigorifiques du Mali et la CSTM.

³⁸ COULIBALY. F., *Dialogue social au Mali : réalités et enjeux*, thèse, université de Bordeaux, 2019, p.14-15.

Le chef d'établissement est tenu de laisser aux délégués du personnel, le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Ce temps est considéré comme temps de travail et rémunéré comme tel.³⁹ Pour ce faire le chef d'établissement doit mettre à la disposition des délégués du personnel le local et le mobilier nécessaires pour leur permettre de remplir leur mission.

La super protection des délégués du personnel est consacrée dans un article charnière du code du travail. En effet l'art 277 alinéa 1^{er} dispose : « *L'autorisation de l'inspecteur du Travail est requise, avant tout licenciement d'un délégué du personnel, titulaire ou suppléant, envisagée par l'employeur ou son représentant. L'autorisation ou le refus de cette autorisation doit être notifié à l'employeur et au délégué du personnel concerné. Le défaut de réponse de l'inspecteur du Travail dans les quinze jours du dépôt de la demande vaut autorisation de licenciement...* »

Tout licenciement intervenu en violation de cette procédure est nul de plein droit et le délégué sera rétabli dans ses droits et réintégré dans l'entreprise. Toutefois, en cas de faute lourde, l'employeur peut prononcer immédiatement la mise à pied provisoire de l'intéressé en attendant la décision définitive.⁴⁰

Cet article constitue la pièce maîtresse dans la protection des représentants des salariés. C'est ainsi, qu'indépendamment du délégué du personnel, du délégué syndical, le délégué du comité d'hygiène et de sécurité bénéficie pour l'exercice de ses fonctions du même temps et de la protection accordée par l'article L.277.

3- Membres du Comité Hygiène et de Sécurité

Les articles 280 à 282 du code du travail qui sont consacrés aux membres du comité d'hygiène et de sécurité, ne donnent aucune précision ni sur la mission ni sur le rôle du comité d'hygiène et de sécurité. Mais l'article 281 ne laisse point de doute quant à leur protection : « *Les représentants du personnel au comité bénéficient de la même protection et du même crédit d'heures que les délégués du personnel.* »

³⁹ Art 271 du code du travail.

⁴⁰ Article 277alinéa 3.

Le CHS a pour mission de participer à l'amélioration des conditions de travail et de veiller surtout à la mise en œuvre, par les chefs d'entreprise, des prescriptions du code du travail relatives à **la santé et la sécurité au travail**.⁴¹

Au Mali le code du travail exige la mise en place d'un CHS d'abord dans les entreprises industrielles employant 50 salariés au moins. Ensuite, le CHS est obligatoire dans toute autre établissement (quel que soit sa nature) occupant de façon habituelle 100 travailleurs au moins.⁴²

Cependant, pour les établissements ne comptant pas les effectifs requis, mais dont les travaux présentent une insécurité particulière en termes d'accident de travail ou de maladie professionnelle, l'inspecteur du travail peut imposer la création d'un CHS dans ces établissements.⁴³ Pour l'OIT, l'expression « établissement industriel » désigne en priorité « les mines, carrières et industries extractives de toute nature ».⁴⁴

Ainsi la raison d'être du CHS réside dans la prévention des risques liés au travail. De façon générale, selon le Larousse 2002, la prévention regroupe toutes les dispositions prises pour empêcher l'apparition, l'aggravation ou l'extension d'un danger, d'un risque, d'un accident, d'une maladie ou, plus généralement, de toute situation (sanitaire, sociale, environnementale, économique, etc.) dommageable comme une épidémie, un conflit, une catastrophe, une crise.

Enfin la protection de ces salariés ne saurait être illimitée.

B- Le temps de la protection

Quelles est la date à laquelle s'apprécie la qualité de salarié protégé ? Le dernier alinéa de l'article 277 détermine la durée de la protection entre avant, pendant et à la fin du mandat de représentant des salariés. En effet, la protection est applicable aux « *travailleurs candidats aux fonctions de délégués pendant la période comprise entre la date d'affichage des listes et celle du scrutin, ainsi qu'aux délégués élus jusqu'à la date des nouvelles élections et pendant une période de 6 mois consécutive à l'expiration du mandat du délégué* ».

1- Avant le mandat :

⁴¹ MINE M. et & al. *Le droit du licenciement des salariés protégés*, Paris, Economica, 1996, p36.

⁴² Art280 alinéa 1^{er} du code du travail.

⁴³ Art 280 alinéa 2 du code du travail.

⁴⁴ OIT, Recommandation n° 31 sur la prévention des accidents du travail, 1929.

Cette période concerne la phase de la candidature. Elle s'applique aux « candidats aux fonctions de délégués ». La protection court à compter du jour du dépôt de la liste des candidatures jusqu'au jour du scrutin. Si en France, la candidature doit être envoyée à l'employeur par lettre recommandée⁴⁵, au Mali, le seul affichage de la liste de candidature fait foi. En principe la candidature doit être aussi déposée avant une convocation à un entretien préalable en vue du licenciement. Cependant, l'inspecteur doit prendre en compte le nouveau mandat acquis postérieurement au dépôt de la demande dans son appréciation de l'opportunité du licenciement.⁴⁶

Le droit Français crée une spécificité de salariés protégés « au titre de l'imminence de leur candidature ». Dans cette hypothèse, le point de départ est la date à laquelle « l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la candidature »⁴⁷

2- Pendant le mandat :

Les représentants des salariés élus sont protégés pendant l'exercice de leur mandat. La protection demeure subordonnée à la condition que le salarié ait été élu dans le cadre des opérations électorales transparentes.⁴⁸ C'est pourquoi la jurisprudence française distingue entre l'élection inexistante et en dehors des formes légales qui ne peut ouvrir droit à la protection.⁴⁹ En tous les cas, l'employeur ne peut se faire juge de la validité des opérations électorales et ne peut licencier un représentant du personnel qu'il estimerait irrégulièrement élu.⁵⁰ Partant, seul le juge judiciaire peut annuler la désignation d'un salarié syndical.⁵¹ La jurisprudence malienne est attendue sur toutes ces questions.

Tout en déterminant avec exactitude la durée du mandat (contrairement au code français), le code du travail malien précise que la protection s'applique aux « *délégués élus jusqu'à la date de nouvelles élections* ». On pourrait en déduire, que malgré l'arrivée à terme du mandat, si les

⁴⁵ CE 11 juillet 1991, Stés Chaussurezs Bailly France c/Ministre des affaires sociales

⁴⁶ BOETSCH C., et al, Droit du licenciement des salarié protégés, op.cit., p.160.

⁴⁷ Idem, p.162.

⁴⁸ MINE M. et al. *Le droit du licenciement des salariés protégés*, Paris, Economica, 1996, p31.

⁴⁹ Cass. Soc. 23 mars 1983, Mme Lemoine contre M. Leriau, bull. V n°189 ; Cass.Soc. 13 juin 1990, SCP Chiffolleau Bezlgues contre M. Chauvin, Bull.V n°277, RJS 1990 n°595.

⁵⁰ Cass.Crim. 09 mars 1982, union Locale CGT de Lille, Bull.n°74.

⁵¹ Cass.Soc 22 juillet 1991 Laboratoires Beecham-Séviigné et autres contre syndicat CGT-FSM et autres, Bull. 1981 n°755.

conditions ne sont pas réunies pour aller à de nouvelles élections, les représentants élus prolongent leur mandat jusqu'au jour de l'organisation de nouvelles élections.

Tel fut le cas du secrétaire général du Syndicat National de l'Enseignement Supérieur (SNESUP) en 2012.⁵² Cependant, il faut craindre une volonté de se maintenir dans les affaires, à faire du dilatoire et ne pas vouloir organiser des élections à temps. C'est pourquoi, dans la pratique, une assemblée générale extraordinaire des salariés est nécessaire pour acter la prolongation du mandat.

La prorogation du mandat reste problématique au Mali. Les discussions lors de la conférence du 17 au 22 octobre 2022 n'ont pas permis de définir une conduite à tenir. Elle a été à l'origine de la création d'un second syndicat au sein de l'enseignement supérieur au Mali. En effet pour les frondeurs, le Comité Exécutif National du SNESUP « évolue dans l'illégalité car son mandat ayant pris fin depuis 2012 »⁵³ Ces frondeurs ont réclamé en vain la convocation d'un congrès extraordinaire. Ne l'ayant pas obtenu, ils se sont contentés de créer une nouvelle structure représentant les enseignants du supérieur suite à une assemblée du 18 juillet 2020.⁵⁴ Le juge malien est impatientement attendu pour préciser qui des deux camps bénéficierait de la protection. Mais la question semble être réglée en France où la Cour de cassation a décidé que l'exercice du mandat représentatif au-delà de la durée du mandat ne confère pas le bénéfice de la protection au salarié⁵⁵.

3- A la fin du mandat :

D'après le dernier membre de la phrase du dernier alinéa de l'art 277 du CT, la protection s'applique « pendant une période de 6 mois consécutive à l'expiration du mandat du délégué ». C'est dire donc que les anciens représentants des salariés bénéficient du statut protecteur pendant un délais de 6 mois à compter de l'expiration de leur mandat.

Il est évident que le mandat des représentants des travailleurs prend fin par le décès, la démission ou la rupture du contrat de travail.⁵⁶ Si la démission de ses fonctions de représentants

⁵² Suite au coup d'Etat en 2012, le Mali fut plongé dans une crise institutionnelle et sécuritaire, le Secrétaire général du SNSUP M. MALLE a continué son jusqu'à ce jour.

⁵³ Selon Dr. Sékou Amadou Traoré, le secrétaire général du SECMA au cours d'une conférence de presse tenue le mercredi 03 novembre 2021 à la Faculté d'histoire et de Géographie.

⁵⁴ Le Syndicat des Enseignants Chercheurs du Mali (SECMA)

⁵⁵ Cass.soc. 28 sept. 2016, n°16-16.984.

⁵⁶ MINE M. et & al. *Le droit du licenciement des salariés protégés*, op.cit., p.47.

des travailleurs met fin au mandat,⁵⁷ elle ne prive pour autant le salarié de la protection prévue par le CT en tant qu'ancien délégué syndical ou du personnel.⁵⁸

Mais si le contrat de travail est rompu à l'initiative du salarié protégé par sa démission, l'employeur n'aura plus besoin de saisir l'autorité administrative pour obtenir une autorisation.⁵⁹ Il en est de même pour le salarié démissionnaire qui ne pourrait plus invoquer l'inobservation de la procédure spéciale.⁶⁰

Après l'affirmation du principe de protection, il reste à examiner sa mise en œuvre.

II- LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES SALARIÉS PROTÉGÉS

La mise en œuvre de la protection des salariés protégés sera examinée à l'aune du contentieux de leur licenciement qui recouvre d'abord la procédure de licenciement ensuite les voies de recours. La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé exige le respect d'une procédure spéciale(A) au bout de laquelle, le représentant des salariés conserve son droit de recours(B).

A- La procédure de licenciement des salariés protégés

La procédure spéciale de licenciement des salariés protégés se compose de deux étapes. La 1^{ère} se déroule au sein de l'entreprise (1) et la seconde qui est administrative donne lieu à une décision de l'inspection du travail (2).

1- La Procédure interne à l'entreprise

L'exclusion du salarié de l'entreprise justifie la mise en place des règles procédurales devant être respectées. Ces règles d'origine légales pour l'essentiel, peuvent être complétées par des règles conventionnelles notamment les conventions collectives et le règlement intérieur.

Nous étudierons la demande d'explication et le conseil de discipline.

a- La demande d'explications

⁵⁷ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 03 janvier 1989, SA Farledis c./Cosson, RJS n°355.

⁵⁸ CE, Marcian, 27 janvier 1982, rec.p.766.

⁵⁹ MINE M. et & al. *Le droit du licenciement des salariés protégés*, op.cit., p.49.

⁶⁰ Cass.Soc. 08 janvier 1981, Sté Sofragraf, Bull. n°70.

Dans le cadre d'une enquête interne, l'employeur qui a connaissance d'une faute disciplinaire imputable à un salarié, peut recueillir les explications de ce dernier.

Il faut tout d'abord clarifier la demande d'explications n'est ni une procédure propre aux salariés protégés ni une exigence du code du travail dans le cadre du licenciement au Mali. Au Mali, l'article L62 du code du travail, sous le contrôle de l'inspection du travail,⁶¹ oblige les entreprises à mettre en place un règlement intérieur lorsque l'effectif excède 10 personnes. Son contenu est limité à l'organisation technique du travail, à la discipline, à l'hygiène et à la sécurité. En application des dispositions du règlement intérieur ou des conventions collectives, les entreprises peuvent être tenues au respect de procédures spécifiques, telle que la demande d'explication et la convocation d'une instance disciplinaire.

Dans la pratique au Mali, la plupart des règlements intérieurs prévoit que l'employeur adresse préalablement une demande d'explications au salarié, qui commet une faute disciplinaire. La demande d'explications introduit dans le conflit entre l'employeur et son salarié l'élément de la contradiction nécessaire à l'équité et à la manifestation de la vérité dans le processus de la sanction disciplinaire. Une demande d'explications permet au salarié d'apporter sa version des faits ainsi les arguments en faveur de sa défense.

Il convient de souligner que, la plupart des entreprises conçoit le processus disciplinaire comme un outil d'éducation, de correction et enfin de répression du salarié. La demande d'explications permet au salarié de se justifier, en tout d'exposer les circonstances de la faute qui parfois laisse entrevoir des motifs d'atténuation d'une éventuelle sanction ou permettre à l'employeur de considérer des alternatives à la punition : formation, coaching, dotation d'outils plus adaptés, etc. dans le but cette fois ci d'éduquer ou perfectionner le salarié.

Ainsi, les mentions de la demande d'explication et les délais de réponse du salarié varient-ils d'une entreprise à une autre. Il arrive souvent que l'inspection du travail refuse d'autoriser le licenciement pour non-respect de cette formalité.⁶² Il y a lieu de déplorer, selon le directeur

⁶¹ Art 66 dernier alinéa dispose « Dans le délai d'un mois, l'inspecteur du travail vise ou communique son avis au chef d'entreprise en requérant, s'il y a lieu, le retrait ou la modification des dispositions contraires aux lois, aux règlements et aux conventions collectives en vigueur.

⁶² Entretien le 30 juin 2022 à Bamako avec M. KONATE, Inspecteur du Travail et de la Sécurité Sociale, ancien chef de division de décembre 2019 au 16 décembre 2021 à Bamako, Directeur Régional du Travail de Douentza depuis le 14 décembre 2021.

régional du travail de Douentza M. KONATE,⁶³ que « *beaucoup d'entreprises maliennes n'ont pas de règlement intérieur* ».

Pour la cour de cassation française, la demande d'explications écrites faisant suite à des faits considérés comme fautifs par l'employeur et faisant l'objet d'un procès-verbal consigné dans le dossier du salarié doit être considérée comme une sanction disciplinaire.⁶⁴

Contrairement à la France, la demande d'explication ne figure pas dans la catégorie des sanctions disciplinaires au Mali. On parlera plutôt de procédure disciplinaire. Très généralement, la demande d'explication est mise en œuvre pour une faute relativement grave⁶⁵ et vise à ouvrir enquête, une sorte de pré-investigation. Elle peut éventuellement aboutir à un conseil de discipline.

b- Le conseil de discipline

A la suite des réponses données par le salarié lors d'une demande d'explications, l'employeur peut décider d'ouvrir un cadre d'investigation plus approfondie en convoquant un conseil de discipline.⁶⁶ Très généralement au Mali, ce sont les Conventions collectives qui instituent le conseil de discipline. En effet, lors de l'adoption ces dernières années des conventions collectives, l'inspection du travail exige que la procédure disciplinaire y figure.⁶⁷ A ce titre, la convention collective des mines est une illustration parfaite.⁶⁸

En effet la Cour de cassation française estime que, par engagement de poursuites disciplinaires, il faut entendre, en principe la date d'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable.⁶⁹

Cependant, cette procédure conventionnelle doit être mise en œuvre dans le respect des garanties de défense du salarié.⁷⁰ C'est pourquoi, la lettre de convocation au conseil de discipline doit contenir certaines mentions notamment l'objet, la date, l'heure et le lieu du conseil.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Cass. Soc. 19 mai 2015 : RG n°13-26916.

⁶⁵ Entretien avec M. Yaya Sompé KONE le 29 juin 2022, responsable des Ressources Humaines et chargé de la communication à la mine de SOMILO SA.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Entretien avec M. KONATE, inspecteur du travail, op.cit.

⁶⁸ Convention collective des sociétés minières, géologiques et hydrogéologiques du Mali du 24/03/ 2010.

⁶⁹ Cass. soc., 5 février 1997, n°94-44538, Bull. V, n°52 ; Cass.soc., 14 septembre 2016, n°14-22.225.

⁷⁰ Respect de délai raisonnable entre la convocation et la comparution du salarié.

Le conseil de discipline se compose de deux délégués du personnel, le supérieur direct du salarié, le chef d'entreprise ou son représentant et le salarié mis en cause.⁷¹ Le rôle du conseil de discipline est d'abord de mener une enquête, en rassemblant tous les éléments de preuve. Ensuite, il produit un rapport à l'employeur permettant à ce dernier de prendre une décision de licenciement ou de mise à pied. Très souvent en pratique dans le souci de l'équité, l'employeur peut simplement décider de ne pas sanctionner mais d'envisager ou mettre en œuvre une mesure palliative pour prévenir une faute future

En tout état de cause, le juge du travail conserve son droit d'appréciation si le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse alors même qu'il est prononcé pour une cause prévue par la convention collective.⁷²

Toutefois, s'agissant d'un salarié protégé, l'employeur doit recourir l'inspecteur du travail avant de prononcer un licenciement.

2- L'office de l'inspecteur du travail

De façon générale, avant tout licenciement, il y a simplement une obligation d'information qui pèse sur l'employeur. Conformément à l'article 40 alinéa 3 du CT, « l'employeur qui désire licencier un travailleur, est tenu d'informer l'inspecteur du travail du ressort par lettre recommandée... »

Toutefois, s'agissant des salariés protégés, le CT requiert systématiquement l'autorisation préalable de l'inspecteur avant tout licenciement.⁷³ Nous verrons d'abord les diligences imposées à l'inspecteur (a) avant d'étudier les recours pouvant être exercés contre ses décisions (b)

a- Les diligences de l'inspecteur

Toute la démarche de l'inspecteur du travail, de sa saisine (a) à sa réponse (b), fait l'objet d'un encadrement rigoureux non seulement par le législateur mais aussi par la jurisprudence.

-De sa saisine...

⁷¹ Art 28 alinéa 4 de la Convention collective des sociétés minières, géologiques et hydrogéologiques du Mali.

⁷² Cass. soc., 13 octobre 2004, n°02-45.285, Bull. V. n°256, RJS 2004 n°1260.

⁷³ Art 277 code du travail.

La demande d'autorisation doit être adressée par l'employeur à l'inspection du travail du ressort. Pour la jurisprudence française si une autorisation est accordée à une personne n'ayant pas la qualité d'employeur, elle est entachée d'irrégularités.⁷⁴ Il en est de même pour le juge judiciaire, le licenciement prononcé par une personne qui n'a pas ce pouvoir est dépourvu de cause réelle et sérieuse.⁷⁵

Enfin, la demande d'autorisation de licenciement doit préciser les mandats représentatifs du salarié. Pour certains auteurs « cette exigence est naturelle » bien qu'elle ne figure pas dans le code du travail.⁷⁶

Ainsi, l'ignorance du mandat du salarié dans la demande d'autorisation de licenciement et par l'inspecteur du travail, le Conseil d'Etat estime que la procédure est irrégulière et que l'autorisation accordée doit être annulée.⁷⁷

Une fois saisi, l'inspecteur du travail émet une convocation aux salarié concerné et à l'employeur. Dès lors, il doit diligenter une enquête contradictoire, au cours de laquelle le salarié protégé peut se faire assister par un représentant de son syndicat. L'enquête contradictoire impose l'audition de l'employeur et du salarié.⁷⁸ Pour le conseil d'Etat français, une confrontation entre le salarié et l'employeur est possible mais pas obligatoire.⁷⁹ Il va jusqu'à estimer que si l'inspecteur du travail ne mène pas d'enquête contradictoire, sa décision est entachée de nullité.⁸⁰ Également, l'enquête contradictoire ne peut être remplacé par des entretiens téléphoniques.⁸¹, les parties comparaissent en personne devant l'Inspecteur du travail sous peine d'amende. Pour certains d'application du CT malien « la non-comparution des parties devant l'Inspecteur du travail aux fins de conciliation, est fixée à cinq (5000) CFA ».⁸²

⁷⁴ CE, 9 avr.2004, n°233.630, Ste Endel et Me Jacques, Tablesp.897,G. Bachelier.

⁷⁵ Cass.soc.6 juill.2011, n°09-71.494,RJS 2012 n°959.

⁷⁶ MINE M. et & al. *Le droit du licenciement des salariés protégés*, op.cit., p.649.

⁷⁷ CE, Cirelli 22.07.92, RJS n°1276-1992,Rec.p1348.

⁷⁸ PUIGELIER C., la rupture du contrat de travail des salariés protégés, *ECONOMICA*, 1998, p46.

⁷⁹ CE 20 février 1995, req. n°123-757.

⁸⁰ CE, 9 mars 1983, Durand, n°40052, T.p.224 ; CE, 24 juillet 2019, n°411058.

⁸¹ CE 21 aout 1996 ; JCP 1996, éd. E, Pan 1064 ; RJS 1996 ? 770 N°1191.

⁸² Article A.190 de l'arrêté n°1566/MEFPT-SG du 7 Octobre 1996 portant modalité d'application de certaines dispositions du code du travail. La conférence sociale a décidé de revoir à la hausse le montant de l'amende qui devrait passer de 5000 FCFA à 500.000FCFA

-...A sa réponse

L'inspecteur doit apprécier les éléments de fait et de droit⁸³ pour statuer dans un délai de 15 jours. L'employeur doit faire état avec précision de la cause justifiant le licenciement et de l'ensemble des éléments déterminant le motif de licenciement dans sa demande d'autorisation de licenciement.⁸⁴

La loi régissant les relations entre l'administration et les usagers du service public au Mali impose à l'autorité administrative de motiver sa décision.⁸⁵

La Cour suprême malienne a jugé que l'inspecteur du travail qui « *accorde la demande d'autorisation de licenciement des salariés protégés sans chercher à déterminer la cause réelle à partir des et circonstances objectives, a agi contre son devoir et les prérogatives que la loi lui confère* ». ⁸⁶ Aussi, doit-il vérifier si la mesure de licenciement présente un lien avec le mandat ou les fonctions syndicales du salarié. Naturellement, l'autorisation est refusée si la demande est en rapport avec l'exercice du mandat. C'est pourquoi la haute juridiction malienne estime que : « *le licenciement qui vise des objectifs répressifs à coloration syndicale est purement et simplement abusif* ». ⁸⁷

L'inspecteur doit également contrôler si la faute reprochée au salarié protégé est suffisamment grave pour justifier le licenciement.

En France l'administration et le juge ont une manière tout similaire d'apprécier la faute du salarié protégé. Ainsi, pour le salarié de droit commun, la présence d'une violation réelle et sérieuse⁸⁸ doit être vérifiée pour que le licenciement ait lieu. On est en face d'une violation

⁸³ Selon les conventions collectives ou le règlement intérieur de l'entreprise.

⁸⁴ CE, 26 sept. 2018, n° 401.509 à n° 401.511.

⁸⁵ L'article 9 de la loi n°98-012 du 19 Janvier 1998.

⁸⁶ Arrêt N°483 du 12 Novembre 2021.

⁸⁷ Chambre Sociale, Arrêt n° 1 du 26 janvier 1998.

⁸⁸ Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

objective, existante, exacte⁸⁹ et la faute est « *d'une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement* ». ⁹⁰

En revanche dans le cas précis du licenciement du salarié protégé, la « violation d'obligations préexistantes »⁹¹ doit atteindre un certain degré d'intensité pour justifier une rupture du contrat de travail. Dans l'affaire *Safer d'Auvergne* de 1976, le Conseil d'Etat a défini ce manquement comme une « *faute caractérisant des faits reprochés au salarié d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat* ». ⁹²

Le changement de vocable est déterminant. On ne parle plus de manquement « *sérieux* », mais de faute « *suffisamment grave* ». Pour Virgile PRADEL, « *une faute suffisamment grave est donc plus importante qu'une faute sérieuse* »⁹³: il faut une faute plus conséquente pour licencier un salarié protégé.

La jurisprudence malienne semble intégrer la même posture que son homologue française dans une espèce de 2017. En effet, la Bank Of Africa a formulé une demande d'autorisation de licenciement contre Mme Wandé Samb Traoré qui a été refusée par le directeur régional du travail. La Banque reprochait à Mme Traoré, déléguée syndicale, d'avoir commis une faute lourde en violation de ses obligations contractuelles. Elle a débloqué au profit de certains clients un montant de plus d'un Milliard sept cent soixante-deux millions (1.762.000.000 FCFA).

La banque attaque le refus d'autorisation de l'inspecteur devant le tribunal administratif de Bamako qui confirme la décision de de l'inspecteur.⁹⁴ Finalement, la banque a interjeté appel devant la section administrative de la Cour suprême.

Dans son mémoire ampliatif, le conseil de la banque estime d'une part que la décision de l'inspecteur et le jugement de tribunal ne sont pas motivés ni en droit ni en fait. Qu'en ne prenant

⁸⁹ La trilogie du « objectif/existant/exact » procède du caractère réel du manquement exigé lors d'un licenciement. Ces notions sont exposées par Jean PELISSIER et alii, *Droit du travail* (23e édition), 2006 Précis Dalloz, pp. 525-531.

⁹⁰ Définition du ministre du Travail pendant les débats précédant l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 ; JO débats AN 30 mai 1973, p. 1699, col. 2.

⁹¹ Définition de la faute par Marcel Planiol, in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Pichon, 1901, P. 302.

⁹² CE, Ass., 5 mai 1976, *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture*.

⁹³ *Le contrôle du licenciement disciplinaire du salarié protégé*, thèse, université Paris Descartes, 2013, p.19.

⁹⁴ Tribunal administratif de Bamako, jugement n°506 du 27 décembre 2017.

pas en compte tous les faits de cette espèce, le directeur régional du travail a commis une appréciation erronée des faits et n'a pris en considération des faits qui auraient dû lui permettre d'autoriser le licenciement de Mme Traoré. Ensuite, que la faute de cette déléguée syndicale est suffisamment grave et ne présente aucun lien avec son mandat.

La cour suprême tranche que **le mandat du délégué syndical n'est point une immunité** au regard de la gravité de la faute qui n'a pas non plus de lien avec le mandat de représentation :

« Considérant que dans ses conditions, les motifs avancés par son employeur, en l'occurrence la Bank of Africa tiennent à la faute lourde pour licencier sont donc fondés. D'où la décision n°00578/DRT-DB du 04 aout 2017 par laquelle le directeur régional du travail s'oppose à la mesure sollicitée est illégale ; et le jugement n°506 du 27 décembre 2017 du tribunal administratif de Bamako le validant, procède d'une mauvaise appréciation des faits et mérite d'être infirmé. »⁹⁵

Par ailleurs la décision de l'inspecteur, d'autorisation ou de refus de licenciement doit être notifiée à l'employeur, et au délégué du personnel concerné. Le défaut de réponse de l'inspecteur du travail dans les 15 jours du dépôt de la demande vaut autorisation de licenciement.⁹⁶ Exceptionnellement, face à la nécessité d'une expertise, l'inspecteur peut décider de proroger ce délai à 30 jours en informant l'employeur.

Le silence de l'inspecteur paraît préoccupant. En effet, le code ne prévoit aucune sanction même face à un silence coupable de l'inspecteur. Par son silence l'inspecteur consent au licenciement du salarié protégé sans donner son autorisation expresse. Imaginons l'hypothèse où l'inspecteur du travail *« pour des raisons inconnues, s'est refusé de donner une suite dans les quinze jours, délai au-delà duquel même l'article L277 autorise le licenciement sans aucune considération de statut de délégué du personnel »*.⁹⁷

Dans ce cas, ne devrait-on pas assimiler le silence de l'inspecteur à un « déni de justice » dont il se serait rendu coupable ? A défaut, on pourrait inverser les conséquences dommageables pour le salarié. Et partant, le silence gardé par l'inspecteur devrait correspondre à son refus tacite

⁹⁵ Arrêt N°508 du 30 aout 2018.

⁹⁶ Art 277 alinéa 1^{er} du code du travail.

⁹⁷ Cette hypothèse a été formulée par la cour suprême du Mali dans son arrêt n°12 du 14 juin 2004.

d'autorisation de licenciement. Cette mesure peut s'expliquer par la tradition légendaire du législateur de protéger la partie faible des contractants notamment le salarié.⁹⁸

Mais quel que soit la décision de l'inspection du travail, le salarié tout comme l'employeur conserve un droit de recours.

B- Les Voies de recours contre la décision de l'inspecteur

Contre la décision de l'inspecteur, il existe le recours gracieux, le recours hiérarchique et le recours pour excès de pouvoir. Les deux 1ers recours étant utilisés de façon insignifiante, ne seront pas évoqués dans le présent travail. L'inspecteur KONATE nous confia : « *En 15 ans de service, je n'ai connu que 2 cas de recours hiérarchiques.* »⁹⁹ Cela s'explique d'abord par la méconnaissance et la méfiance des plaideurs envers l'administration, ensuite leur confiance plutôt à la justice. Nous nous focaliserons donc sur le recours pour excès de pouvoir.

Pour mieux appréhender les données du problème, il sied de retracer la chronologie judiciaire. Tout d'abord une vive altercation s'est manifestée au sujet de la nature juridique de l'autorisation administrative entre les diverses formations de la Cour suprême, ensuite entre celles-ci et les juges du fond. S'agit-il d'un avis ou d'un acte administratif unilatéral décisoire ? De cette détermination, découlera la compétence du juge administratif. Ainsi, nous analyserons les positions de la cour suprême et des tribunaux administratifs face au recours pour excès de pouvoir.

1- La position de la Cour Suprême

Une espèce enrichissante de 2011 opposa la société Universal Prestations Services (UPS) au comité syndical CSTM de la mine d'or de Loulo. En raison d'une fin de chantier, UPS a sollicité le directeur régional du travail de Kayes en vue d'obtenir une autorisation de licenciement de l'ensemble des membres du comité syndical. Le directeur régional, après avoir mené ses enquêtes et investigations a autorisé le licenciement sollicité.¹⁰⁰

C'est contre cette autorisation que le syndicat, représenté par son secrétaire général Moussa Kanté, a exercé un recours devant le tribunal administratif de Kayes qui accéda à leur requête en

⁹⁸La relation contractuelle étant favorable à l'employeur, le but du droit du travail est de rétablir l'équilibre entre le salarié et l'employeur. Ce droit est le droit protecteur du salarié. Il a pour but l'amélioration de la condition salariale.

⁹⁹ Entretien le 05 avril 2022 avec Moctar Konate, inspecteur du travail à Douanza, ayant déjà servi à Bamako et Kayes.

¹⁰⁰ Décision N°0056/DRTEFP-K du 19 février 2009 du Directeur Régional de Kayes.

annulant ladite autorisation.¹⁰¹ A son tour, la société UPS a interjeté appel contre ce jugement du tribunal administratif de Kayes. Leur conseil soulève l'incompétence du tribunal administratif car l'autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail ne serait pas un acte administratif décisoire mais simplement « **un avis** ». Dans son mémoire ampliatif, l'avocat de l'UPS fait valoir :

Page | 84

« Que cet avis ne crée aucun droit et ne porte aucune atteinte ni à l'intérêt général, ni aux intérêts particuliers ; Qu'il constitue un préalable au licenciement ; Que cette autorisation du directeur régional du travail n'a aucun effet sur l'ordonnancement juridique et ne constitue pas pour autant un acte administratif unilatéral décisoire ; Que l'acte attaqué devant le tribunal administratif porte sur un objet de droit privé et régit des rapports de droit privé (les rapports entre l'employeur et le travailleur [...]) »

Qu'il y a manifestement incompétence du tribunal administratif à statuer sur une autorisation de licenciement qui n'est qu'un avis de son auteur et ne **peut pas constituer un acte administratif au sens du droit** ; Qu'en l'espèce un avis de licenciement donné par un directeur n'est pas exécutoire ; Que même l'employeur bénéficiaire de cette autorisation peut passer outre ;

Que la situation juridique de cet avis précède le licenciement, **relève de la compétence exclusive du juge judiciaire** »

Comme par extraordinaire, la cour d'appel (section administrative de la cour suprême) entérine cette argumentation du conseil de l'UPS, en décidant d'écarter la compétence du tribunal administratif :

« Considérant que la décision querellée est liée à la procédure de règlement de conflit entre employeurs et employés, que le contentieux de ce conflit relève de la juridiction de travail ; Considérant que le juge administratif est incompétent à connaître du contentieux des relations de travail entre employeurs et employés ;

Statuant publiquement, contradictoirement en appel, en matière de recours pour excès de pouvoir et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Au fond : Annule le jugement n°048 du 30 décembre 2009 du TA de Kayes ;

¹⁰¹ Jugement N°48 du 30 décembre 2009.

Statuant à nouveau : Déclare le tribunal administratif de Kayes incompetent. »¹⁰²

Le raisonnement de la cour suprême paraît assez alambiqué et jure avec la loi portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.¹⁰³ C'est pourquoi, 10 ans tard, la cour suprême malienne reconnaît sa compétence dans une affaire similaire.

Page | 85

Courant 2020 la société Faboula Gold SA a sollicité auprès du directeur régional du travail de Sikasso, une autorisation de licenciement du sieur Lassiné Napo syndicaliste pour fautes professionnelles. Le 04 janvier 2021, le directeur régional refusa d'accorder l'autorisation de licenciement.

Le 19 janvier 2021, Faboula Gold saisit le directeur régional du travail de Sikasso d'un recours gracieux en annulation de la décision sans succès. C'est ainsi que le 04 mars 2021, la société saisit le Ministre du travail d'un recours hiérarchique en vue d'un réexamen de la décision du directeur régional du travail. Quatre mois plus tard, le Ministre n'a daigné réserver aucune suite au recours initié. Faboula Gold saisit alors la Cour suprême pour contester l'illégalité du refus implicite du Ministre du travail confirmant les décisions du directeur régional du travail et d'annuler lesdites décisions.

En contrariété manifeste avec sa position de 2011, la Cour suprême décide :

« Considérant que le contentieux de la décision implicite de rejet émanant d'une autorité administrative centrale, de surcroît Ministre de son Etat, implique subsidiairement celui des décisions du DRT qui est à la base de ce recours ;

*Que la section administrative est par conséquent compétente pour connaître le contentieux de la décision implante de rejet du Ministre du travail et subséquentement celui du directeur régional du travail. »*¹⁰⁴

S'agit-il d'un revirement de jurisprudence de la haute juridiction malienne ? Il est tout même aisé de constater qu'entre 2011 et 2022, beaucoup d'eaux ont coulé sous le pont.

¹⁰² Arrêt n°105 du 05 mai 2011.

¹⁰³ Loi n°2018-031 du 12 juin 2018.

¹⁰⁴ Arrêt n°063 du 28 janvier 2022.

Dans la même dynamique, quatre ans plutôt, en 2016, dans une espèce banale, la Cour suprême admet sa compétence et celle des juridictions administratives de fond à statuer sur les autorisations de licenciement des salariés protégés.

En effet, pour des besoins supposés d'efficacité, le groupe Securicom SA procéda à la mutation sur un autre site de dix agents aéroportuaires, tous délégués syndicaux. Lesdits salariés refuseront de rejoindre leurs nouveaux postes, en raison disent-ils de leur qualité de délégués syndicaux. Face à ce qu'elle considère comme un refus incompréhensible et non justifié, Securicom SA inflige à ces délégués une mise à pied conservatoire avant de saisir le directeur régional du travail de Bamako pour autorisation de licenciement.

Face au refus du directeur régional du travail d'accorder l'autorisation, l'employeur exerce un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif qui a connu son épilogue devant la cour suprême. C'est ainsi que la haute juridiction s'est appropriée largement de la position de son homologue française en reprenant *mutatis mutandis* l'arrêt du conseil d'Etat :

« *Considérant que par ses arrêts Safer d'Auvergne et Ministre de l'Agriculture contre Bernette (A.P., 5 mai 1976) et Abellan (Section, 18 février 1977), le conseil d'Etat a décidé qu'il lui appartient désormais de contrôler les autorisations administratives de licenciement des salariés protégés [...]*

Que c'est à bon droit que le tribunal administratif de Bamako par jugement n°292 du 16 avril 2016, a annulé les décisions incriminées [...] »¹⁰⁵

La servilité de la cour suprême du Mali devant la jurisprudence française se passe de tout commentaire. L'inconstance dans le raisonnement de la Cour suprême ne constitue pas un gage de sécurité juridique pour les salariés protégés. Qu'en est-il de la posture des juridictions de fond ?

2- La position des tribunaux administratifs

Le recours pour excès de pouvoir est soumis aux règles de droit commun du contentieux administratif.¹⁰⁶ A part un jugement isolé,¹⁰⁷ les tribunaux administratifs ont toujours considéré les refus ou les autorisations de licenciement de l'inspecteur du travail comme des actes administratifs

¹⁰⁵ Arrêt n°732 du 22 décembre 2016.

¹⁰⁶ Art 7 de la loi n°2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.

¹⁰⁷ Tribunal administratif de Bamako, jugement n°248 du 25 janvier 2020.

décisoires et non pas un simple « avis ». Si le rôle du juge administratif est prédominant en la matière, il n'est pas exclusif. Le juge judiciaire reste le juge du licenciement et il lui appartient de faire le lien entre ce dernier et la procédure devant l'inspecteur du travail. Ce postulat est même partagé par la chambre sociale de la cour d'appel de Bamako.¹⁰⁸

C'est d'ailleurs pourquoi dans une série de décisions à Bamako ou à Kayes, les juridictions administratives se sont déclarées compétentes dans le cadre du recours pour excès de pouvoir s'agissant des refus ou des autorisations de licenciement des salariés protégés. Examinons quelques-unes :

- Courant 2020 : L'entreprise Plan International Mali saisissait la direction régionale du travail de Bamako d'une demande tendant au licenciement du sieur Aguibou Coulibaly délégué du personnel. Le motif évoqué portait sur une suppression de poste suite à la restructuration de l'entreprise, donc un motif économique.

Le directeur régional du travail autorise la mesure sollicitée¹⁰⁹ et Plan International procéda au licenciement du sieur Coulibaly. Ce dernier exerça un recours devant le tribunal administratif de Bamako qui admit sa compétence et annula l'autorisation de licenciement.¹¹⁰

- Courant 2021 : La société BRAMALI SA¹¹¹ sollicite la direction régionale du travail de Koulikoro pour une autorisation de licenciement de deux délégués syndicaux. Il leur est reproché d'avoir fait arrêter les lignes de productions de l'usine pendant 04 heures de temps pour une assemblée générale non autorisée, entraînant une perte financière estimée à plus de 25 Millions. Le directeur régional du travail autorise le licenciement, contre lequel les syndicalistes exercent un recours devant le tribunal administratif de Bamako. Le tribunal reçoit le recours et annule la décision de l'inspecteur.¹¹²

Une analyse minutieuse de ces jugements du tribunal administratif permet de faire le constat que cette juridiction sauvegarde au mieux les intérêts des salariés protégés en annulant très

¹⁰⁸ Arrêt du 30 septembre 2021, SEMOS-SA contre Comité Syndical de la CSTM représenté par Bakary BATHILY.

¹⁰⁹ Décision n°0327 du 7 mai 2019.

¹¹⁰ Tribunal administratif de Bamako, jugement n°186 du 14 mai 2020.

¹¹¹ C'est une société anonyme de droit malien qui produit et commercialise des boissons gazeuses, bières et eaux minérales.

¹¹² Tribunal administratif de Bamako, jugement n°483 du 12 novembre 2021.

généralement les autorisations de licenciement de l'inspecteur du travail. En outre, on peut relever que depuis 2016, les tribunaux administratifs sont en phase avec la cour suprême.

Conclusion

La jurisprudence malienne relative au licenciement d'un salarié protégé est assez complexe. Les juges sont tenus de prendre en considération des règles de public et de droit privé.

L'ossature de la construction du contentieux des autorisations de licenciement des salariés protégés au Mali se reconnaît d'être l'œuvre du Conseil d'Etat français dont les juridictions maliennes « *reprennent volontiers, voire, parfois, servilement, les solutions* ». ¹¹³ Toutefois, dans cette dynamique, elles ne suivent pas les nombreux revirements. On peut utilement se demander à quand l'amorce d'une émancipation des juridictions maliennes face au Conseil d'Etat français. Le problème vient notamment du fait qu'en Afrique et particulièrement au Mali, la construction d'une pensée juridique autonome reste encore très problématique. ¹¹⁴

Ce qui est attendu de nos magistrats, ce n'est pas forcément de prendre le contrepied de ce dictat prétorien français, mais d'arriver à penser par eux-mêmes. Dans tous les cas, le droit du licenciement du salarié protégé met en exergue le souci constant du législateur d'assurer le plein exercice d'un mandat représentatif sans représailles. A ce propos, les juges maliens semblent bien l'intégrer dans l'ensemble et l'on ne peut que s'en féliciter.

Quant aux inspecteurs du travail, ils doivent être beaucoup plus regardant avant d'accorder une autorisation de licenciement, en intégrant les réalités concrètes de l'entreprise. Comme en France, on pourrait même permettre la mise en cause de la responsabilité de l'Etat par le salarié protégé dont le licenciement a été illégalement autorisé. ¹¹⁵

Pour une meilleure harmonisation du droit du licenciement des salariés protégés au Mali, il urge de mettre en place des cadres de concertation entre les praticiens du droit (juge et avocat), les inspections du travail et les représentants des salariés. C'est d'ailleurs l'un des objectifs du

¹¹³ Avocat et jugent tous évoquent ce qu'ils appellent « la jurisprudence constante du Conseil d'Etat ».

¹¹⁴ Sur le difficile accouchement d'une théorie juridique africaine, voir : O.O. Sidibé, *Quels modèles d'inspiration pour le droit du travail malien depuis le code de 1952 ?*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Comptrasec, Bordeaux, 2005, p.139.

¹¹⁵ Le conseil d'Etat avait admis que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée par un salarié licencié à la suite d'une autorisation administrative illégale, CE, 02.07.82, Encoignard, Rec, p. 265, Dr Social 1982 p.767-773.

projet d'acte uniforme OHADA portant droit du travail.¹¹⁶ En tout état de cause, le salarié qui est investi de fonctions représentatives, reste subordonné à son employeur. Si le statut protecteur a pour effet de « relâcher » ce lien de subordination, il ne le supprime pas.



¹¹⁶ Un projet d'acte uniforme portant droit du travail a été discuté et approuvé sous quelques réserves lors de la Conférence des commissions nationales OHADA des États membres à Lomé en 2010. Depuis lors ce projet n'a pas été adopté.

La Délégation De L'autorité Parentale En Droit Positif béninois*The delegation of parental authority in beninese positive law*

Par:

KPENGLA-SOUNOU Zowatchy Oswald.

Page | 90

Assistant à la FDSP de l'Université de Parakou

oswald1er@yahoo.fr**Résumé :**

La parenté exige le respect de certains devoirs et droits de l'enfant. Si les parents ne les respectent pas ou qu'ils ont du mal à les assumer, une délégation de l'autorité parentale peut être effectuée pour le bien de l'enfant. Mais l'autorité parentale étant une fonction d'ordre public, il nécessite des critères clairs pour en déléguer l'exercice à autrui. L'objectif poursuivi par la présente étude est la recherche et l'analyse de ces critères en droit positif béninois. C'est donc en réalisant que la règle de droit appliquée ici, est imprégnée des valeurs et objectifs des droits fondamentaux, que se justifie l'analyse quasi-systématique avec le soutien des travaux disponibles de la doctrine en la matière. Ceci permet de constater que, justifiée par les difficultés familiales, la situation particulière de l'enfant ou les circonstances particulières affectant son épanouissement, la délégation de l'autorité parentale est toujours fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré comme un impératif catégorique. La détermination de cet intérêt se fait sous le prisme de la double dimension matérielle et psychologique. Ainsi, au regard des faits, beaucoup d'enfants sont placés dans des situations où on pourrait envisager le déplacement de l'autorité des parents vers les tiers, par voie de délégation, même si la pratique judiciaire en la matière n'est pas toute aussi florissante. Aussi la forte propension à vivre en concubinage rend-elle les choses plus complexes.

Mots clés : Délégation ; Autorité parentale ; Intérêt supérieur de l'enfant- parent – tiers ; désintérêt- ; délaissement ; épanouissement ; bien-être.

Abstract:

Kinship requires respect for certain duties and rights of the child. If the parents do not respect them or find it difficult to assume them, a delegation of parental authority can be made for the good of the child. But parental authority being a function of public order, it requires clear criteria for delegating its exercise to others. The objective of this study is the research and analysis of these criteria in Benin positive law. It is therefore by realizing that the rule of law applied here is imbued with the values and objectives of fundamental rights that the quasi-systematic analysis is justified with the support of the available works of the doctrine in the matter. This shows that, justified by family difficulties, the particular situation of the child or the particular circumstances affecting his development, the delegation of parental authority is always based on the best interests of the child, considered as a categorical imperative. The determination of this interest is made under the prism of the double material and psychological dimension. Thus, with regard to the facts, many children are placed in situations where one could envisage the transfer of the authority of the parents towards the thirds, by way of delegation, even if the legal practice in the matter is not all also flourishing. Also the strong propensity to live in concubinage makes things more complex.

Key words : Delegation; Parental authority; Best interests of the child; parent ; third party; disinterest; abandonment; fulfillment; well-being.

Introduction

« Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet si ce n'est dans les cas et selon les procédures déterminées »¹. C'est en ces termes que le législateur béninois ouvre les dispositions sur la délégation de l'autorité parentale. L'enfant est « présent dans tous les moments de la vie sociale et familiale »². Le mouvement vers la spécificité de l'enfance trouvera, en moins d'un siècle, une traduction juridique internationalement consacrée³. L'enfance⁴ est de plus en plus soignée, choyée et... contrôlée⁵.

La fonction éducative déléguée aux parents par la société contemporaine a pour objet principal de concourir à l'éveil de l'enfant, et non plus à son obéissance⁶. Dans l'ancienne loi, l'autorité exercée sur l'enfant était connue sous le vocable de puissance paternelle⁷. Il a fallu attendre le Code des personnes et de la famille de 2004⁸ pour que le législateur lui substitue l'autorité parentale, désormais dévolue concurremment au père et à la mère. Cependant, si elle appartient automatiquement aux parents, l'autorité parentale n'est pas toujours facile pour eux à assumer. Ils peuvent rencontrer des difficultés d'ordre matériel, ou bien les difficultés peuvent être plus profondes et provenir d'une véritable défaillance de leur part. Il faut alors trouver une solution pour que l'enfant puisse être éduqué dans les meilleures conditions possibles. Cette solution se trouve dans la délégation. Ce qui préoccupe dans le cadre de cette étude, c'est la délégation de

¹ Art 418 du Code des personnes et de la famille (CPF).

L'art 521 du Code burkinabé des personnes et de la famille dit exactement la même chose.

² A. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 2014, p 3.

³ La CIDE a été ratifiée le 03 Août 1990 : En 2002 déjà, plus de quatre cents enfants de cent cinquante-deux pays ont proclamé un texte, devant soixante chefs d'État, faisant part de leurs souhaits. Ils déclaraient : « (...) *Nous sommes les enfants dont les voix sont ignorées : il est temps qu'on nous écoute* (...) ». En écho à la parole « officielle » des enfants, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan disait : « *Ces droits vous reviennent indéniablement. Et pourtant, nous, les adultes, avons malheureusement failli à notre devoir de les défendre tous* ».

⁴ L'enfant paie en effet sa récente centralité au prix d'un contrôle accru. Partant de la réflexion selon laquelle l'histoire de l'enfance est l'histoire de son contrôle, Jacques Donzelot fait un parallèle entre le contrôle progressif de l'État sur la famille et le contrôle des enfants par la famille.

⁵ Ph De DINECHIN, *Les droits de l'enfant : Une fausse bonne idée ?*, Editions du Cygne, Paris, 2009, p. 8.

⁶ S. PIEDELIEVRE, *Droit civil : tout le programme de la L1 - introduction à l'étude du droit, les personnes, la famille*, Ed. Ellipses, Paris, 2018, p. 35.

⁷ Dans le Code civil de 1804, l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372) et ne peut quitter la maison paternelle sans l'autorisation du père (art. 374).

⁸ Loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille, modifiée par la loi N° 2021-13 du 20 décembre 2021.

l'autorité parentale⁹ en droit positif béninois. Pour l'appréhender une définition des concepts et une conceptualisation du thème sont indispensables.

La délégation, « du latin *delegatio* signifie *procuration* qui évoque la substitution d'une personne à une autre dans l'accomplissement d'un acte ou d'une activité juridique »¹⁰. Elle¹¹ permet au délégataire d'exercer jusqu'à nouvel ordre une autorité qu'il ne possède pas. La délégation n'a pas la même physionomie et la même finalité dans toutes les disciplines qui la consacrent. En droit du travail, la délégation désigne « un mode de représentation du personnel. Le salarié titulaire d'un mandat représentatif est appelé délégué du personnel ou délégué syndical, selon qu'il est élu par les salariés ou par un syndicat »¹². Selon l'article 1336 du Code civil applicable au Bénin, « c'est une opération par laquelle une personne le délégant, obtient d'une autre, le délégué quelle s'engage envers une troisième, le délégataire qui l'accepte comme débiteur ». En droit administratif, la délégation est définie comme l'opération par laquelle « l'organe titulaire d'une compétence prend l'initiative de décider qu'un autre organe en disposera pour un certain temps, sans que soit pour autant abrogée la règle initiale ; l'investiture de compétence qui en résulte présente un caractère exceptionnel en ce qu'elle se présente comme une dérogation à l'ordre normal des compétences »¹³. Dans le cadre de cette réflexion, la délégation de pouvoirs est considérée comme : une représentation qui institue le bénéficiaire représentant les intérêts de l'enfant à la place du représentant légal. Plus précisément, la délégation de pouvoirs devra être comprise ici comme le mécanisme par lequel un juge désigne une personne à l'exercice du pouvoir dont il est investi.

Lato sensu, l'autorité s'entend du pouvoir de protection de la personne et des biens et cette acception amène à distinguer, à la manière du droit romain, l'autorité et le pouvoir, l'auctoritas et la potestas¹⁴. Le droit positif assimile l'autorité et le pouvoir et définit la première comme le pouvoir de commander, voire la confond avec l'organe possédant ce pouvoir. Mais un troisième

⁹ C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest : Approche comparative entre le Bénin, le Burkina-Faso, le Sénégal et le Togo*, Thèse de doctorat en droit privé, Université D'Abomey Calavi, 2012, p. 190.

¹⁰ Dictionnaire de la culture juridique. Quadrigue/Lamy PUF, Paris, 2003. p. 358

¹¹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, 20^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 2017, p. 1127.

¹² B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, Paris, 2018. p. 145

¹³ J-C GROSHENS, La délégation administrative de compétence. D. 1958. Chr. XXVIII. p. 197

¹⁴ F. TERRE, C. PUIGELIER, « Autorité et pouvoir. Lectures de Montesquieu », in *L'autorité*, op. cit., p. 248.

sens peut être relevé, celui de la valeur attachée à certains actes¹⁵ et c'est cette dernière acception qui mérite d'être notée. Étymologiquement, l'autorité est augmentation¹⁶ et peut être définie comme « *ce supplément d'âme qui anime et intensifie le pouvoir.* »¹⁷ Le pouvoir est, en effet, une prérogative juridique en vertu de laquelle une personne gouverne d'autres personnes ou gère les affaires d'une autre personne. Elle est « *une prérogative finalisée, une prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »¹⁸. « *Il implique une décision mais prise dans l'intérêt d'autrui. Il s'agit donc à la fois d'une aptitude à agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien.* »¹⁹ C'est « *une prérogative consistant dans le droit de prendre une décision contraignante pour autrui* »²⁰. L'autorité parentale peut être définie comme « *l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé afin d'accomplir leurs devoirs de protection, d'éducation et d'entretien et d'assurer le développement de l'enfant, dans le respect dû à sa personne* »²¹. Elle est donc un ensemble de pouvoir de protection de l'enfant dont disposent les parents. L'article 405 du Code des personnes et de la famille²² en est une déclinaison²³. L'autorité parentale recouvre un ensemble de droits et de devoirs que l'on peut réduire à un « *droit-fonction* »²⁴ à la charge des parents. « *Elle découle de la filiation et permet, en raison de la minorité, le devoir d'entretien, d'éducation et de formation de l'enfant* »²⁵. Elle rend compte d'une «

¹⁵ Voir « Autorité », in *Vocabulaire juridique, Op. Cit.*

¹⁶ « Autorité » est issu de auctoritas, dérivé de augere, augmenter, croître.

¹⁷ S. KERNEIS, « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p.111.

¹⁸ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Ed. Economica, Paris, 1985, p. 137.

¹⁹ E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », in *Droits*, 1987/6, p. 90 cité par J. POIRRET, dans : *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, Université Paris- Est, 2011, p.93.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil. La famille*, 4ème éd., Defrénois, Paris, 2011, p. 599, n° 1520.

²² « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère et à ses autres ascendants* ».

²³ Certains auteurs font de l'autorité parentale la cause de l'incapacité. V. J. CARBONNIER, *Op. Cit.*, p. 130 : l'autorité parentale et la condition juridique du mineur sont « *inséparables comme la convexité et la concavité d'une même courbe. L'autorité parentale imprègne la condition juridique du mineur et y diffuse un esprit de soumission et de timidité* ».

²⁴ L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J., Paris, 2004, nos 242 et s. ; P. MURAT, « *CIDE : on aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer...* » : Dr. fam. 2009, repère no 10 ; J. ROCHFELD, « *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale* », RTD civ. 2002, p. 377 ; J. HAUSER, « *La finalité de l'autorité parentale* », in RTD civ. 2007, p. 327.

²⁵ C. AGOSSOU, *Op. Cit.* p. 129.

supériorité hiérarchique »²⁶ des parents sur l'enfant et renvoie aussi à la notion de responsabilité commune des père et mère.

Selon J. CARBONNIER, cité par G. DOHOU, « *la parenté peut être définie comme un lien unissant deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté en ligne directe) ou qui descend d'un auteur commun (parenté en ligne collatérale)* ». ²⁷ Plus largement ce mot désigne « *la personne avec laquelle on a un lien de parenté* »²⁸. « *La parenté résulte de la filiation et d'elle seule*²⁹ ». Elle concerne les personnes unies entre elles par des liens du sang³⁰. Dès lors, l'intérêt supérieur de l'enfant commande en principe que seuls les parents exercent l'autorité parentale, conformément au principe d'ordre public d'indisponibilité de l'autorité parentale³¹.

Enfin, quel sens donner à la délégation d'un tel pouvoir ? La délégation d'autorité parentale³² est « *l'acte par lequel le juge (...) transfère l'autorité parentale, totalement ou partiellement selon les cas à une personne autre que les père et mère* »³³. La délégation de l'autorité parentale est proche de l'assistance éducative³⁴ mais ne s'y ramène guère³⁵. Elles ont en commun « *le manque de surveillance qui mettrait l'enfant en danger, le désintérêt, le défaut de soins ou le manque de direction* »³⁶.

²⁶ F. BOULANGER, « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », in D. 2002, p. 1571.

²⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 21^e éd., Coll. Thémis, 2002, p. 37.

²⁸ G. DOHOU, *Le tiers en droit africain de la famille*, Thèse de doctorat en droit privé, Université D'Abomey Calavi, 2015 p. 13.

²⁹ Art. 378 CPF.

³⁰ L. DOSSOU, *L'ordre public dans le droit de la famille en République du Bénin*, Thèse de doctorat en Droit privé, université d'Abomey-Calavi, 2019, pp.13 et suiv.

³¹ C. AGOSSOU *Op. Cit.* p. 176.

³² Ch. MBA-OWONO, *Précis de Droit Civil Gabonais*, Ed. L'harmattan, Paris, 2019, p.521.

³³ N. BAILLON-WIRTZ, Y. HONHON, M.-C. Le BOURSICOT, A. MEIER-BOURDEAU, I. OMARJEE, C. PONS-BRUNETTI, *L'enfant sujet de droit*, Lamy, Axe Droit, Paris, 2010, p. 260.

³⁴ Art. 425 CPF.

³⁵ Lire à ce propos C. AGOSSOU, *Op. Cit.* pp. 189-191.

³⁶ C. AGOSSOU, *Op. Cit.*, p 169.

Le droit positif béninois signifie l'ensemble des règles applicables au Bénin actuellement. Ce droit regroupe le code des personnes et de la famille³⁷, le code de l'enfant³⁸ et autres dispositifs réglementaires³⁹, puis les normes internationales⁴⁰ adoptées par le Bénin en la matière.

Cette étude est tournée vers l'enfant au nom de la recherche de son intérêt, leit motiv du droit de l'autorité parentale. La notion d'intérêt de l'enfant⁴¹, quant à elle, émerge en jurisprudence qui la pose comme un rempart aux abus de puissance paternelle⁴². Elle « constitue la pierre angulaire de l'autorité parentale. Elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin. »⁴³

L'enfant est donc perçu comme l'objet de devoirs de protection spécifiques reposant sur les parents et la société⁴⁴. Il serait vain de définir, la délégation et l'autorité parentale sans définir le concept d'enfant ou d'enfance qui en sert de socle ou auquel il se greffe pour donner du sens à cette étude. Envisagée au travers du concept de minorité, l'enfance englobe un très large panel d'individus dont la vulnérabilité, la dépendance et l'exposition potentielle au danger, ne sont pas remis en cause. L'enfant dérive du latin *infans*, qui signifie « celui qui ne parle pas ». Aujourd'hui,

³⁷ Loi n° 2002-07 *Op. Cit.*

³⁸ Loi n° 2015-08 portant code de l'enfant en République du Bénin. L'Assemblée Nationale l'a délibéré et adopté en sa séance du 23 janvier 2015.

³⁹ DÉCRET N° 2009-694 du 31 décembre 2009 portant conditions particulières d'entrée des enfants étrangers sur le territoire de la République du Bénin ; DÉCRET N° 2009-695 DU 31 DECEMBRE 2009 portant modalités de délivrance de l'autorisation administrative de déplacement des enfants à l'intérieur du territoire de la République du Bénin ; DÉCRET N° 2009-696 DU 31 DECEMBRE 2009 Portant modalités de délivrance de l'autorisation administrative de sortie des enfants béninois du Territoire de la République du Bénin; DÉCRET N° 2009-708 du 31 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des Centres de Sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence (CSEA). DÉCRET 2009-507 du 12 octobre 2009 portant création, attributions, organisation et fonctionnement du Fonds d'Appui à la Réadaptation et à l'Intégration des Personnes Handicapées (FARIPH). DÉCRET N° 99-559 du 22 Novembre 1999 portant création d'une Commission Nationale des Droits de l'enfant DÉCRET No 2012-416 du 06 Novembre 2012 Fixant les normes et standards applicables aux Centres d'accueil et de Protection d'enfants (CAPE) en République du Bénin. ARRÊTÉ N° 74 M.J.L./D.J. du 27 juin 1963 portant modalités d'application du décret n° 62-455 P.R./M.J.L., portant création d'un Bureau social pour mineurs délinquants.

⁴⁰ Entre autres : La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. A/RES/39/46, 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, recueil des instruments internationaux des Nations Unies, Volume I (première partie), New York et Genève 1994 ; La convention relative aux droits de l'enfant, A/RES/44/25, 20 novembre 1989 ; La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. A/RES/2106 A (XX), 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 ; La Convention 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants le 6 novembre 2001 ; la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant en février 1997.

⁴¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille : liber amicorum*, PUS, LGDJ, 1994, p. 69.

⁴² L. JUZAN, *L'enfant refusé*, Ed. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2022, p. 25.

⁴³ *Ibid.* p. 175.

⁴⁴ Req. 27 janvier 1879, D. 1879, 1, 223 ; S. 1879, 1, 464 ; Paris 18 décembre 1894, S. 1897, 2, 73, note Wahl (sur l'émancipation abusive de l'enfant dans l'intérêt du père).

il désigne l'être humain de la naissance à l'âge adulte. « Le terme « enfant » désigne toute personne âgée de moins de dix-huit (18) ans »⁴⁵.

« Le pouvoir de diriger et d'imposer une décision demeure le socle de l'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant en étant la mesure et la finalité. L'autorité parentale est certes un ensemble indissociable de droits et de devoirs, elle n'en demeure pas moins une prérogative des parents sur l'enfant, prérogative qu'ils détiennent en vertu du lien de filiation. »⁴⁶ Ce pouvoir dont l'attribution, l'exercice et le contrôle sont légalement organisés, ne s'exerce pas sur la scène du droit mais dans le monde très concret de la vie quotidienne. La parentalité exige en effet le respect de certains devoirs et droits de l'enfant. Mais pour diverses raisons, dépendant soit d'eux-mêmes ou du juge, ce pouvoir leur sera retiré totalement ou partiellement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais la volonté des parents de renoncer à l'exercice de leur autorité ne lie pas le juge, qui exerce un contrôle non seulement de la légalité mais également de l'opportunité du pacte par référence à l'intérêt de l'enfant. Une décision du juge est toujours nécessaire, sans laquelle la convention des père et mère ne produit aucune conséquence en droit. Ainsi, la délégation d'autorité parentale ne peut être que judiciaire, qu'elle soit demandée par les parents ou qu'elle leur soit imposée. Il s'agit d'un acte empreint d'une large gravité dans la mesure où elle permet de toucher à ce qu'il y a de plus précieux dans le rapport entre les parents et leurs enfants mineurs, et qui plus est considéré comme indisponible. Si on devrait en arriver là, il faut bien qu'il y ait des raisons plus fortes et des considérations plus puissantes que le maintien de ce droit entre les mains des titulaires originaires. Se pose donc la question principale de savoir sur quels critères⁴⁷ se fonde le juge pour déléguer l'autorité parentale ? Autrement dit, à partir de quels repères sont évaluées les circonstances qui conduisent à déléguer l'autorité parentale en droit positif béninois ?

Cette étude se propose d'avoir recours à une utilisation fonctionnelle du droit positif béninois et à la pratique pour examiner la délégation de l'autorité parentale sous l'angle d'une garantie satisfaisante des droits de l'enfant.

⁴⁵ Art 3 de la Loi N° 2006-04 DU 10 AVRIL 2006, Portant conditions de déplacement des mineurs et répression de la traite d'enfants en République du Bénin.

⁴⁶ J. POIRRET, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, Thèse de doctorat, Université Paris- Est, 2011, p.88.

⁴⁷ Lire à ce propos : L. DOSSOU, *Op. Cit.*, p 240 et suiv.

L'objectif que la présente étude se donne est de rechercher et d'analyser les critères sur lesquels le juge fonde sa décision de déléguer ce pouvoir d'essence parentale. Ceci permettra de mieux appréhender l'effectivité et l'efficacité de la délégation de l'autorité parentale au Bénin à travers sa capacité à protéger véritablement l'intérêt de l'enfant. La protection de l'enfance étant généralement en droit une question réellement sensible, l'intérêt d'une telle orientation réside dans la nécessité d'une préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant, pupille de l'État. Sur le plan théorique, il est envisagé d'apporter un brin de lumière à la compréhension d'un sujet dont la mise en œuvre dans les juridictions béninoises est limitée. En effet, telle qu'elle a été organisée par la loi, la délégation d'autorité parentale n'est pas une institution à la mode. Elle occupe une place réduite dans les ouvrages consacrés au droit de la famille. La jurisprudence béninoise est, à son propos, peu abondante et peu accessible. Il est donc intéressant de réfléchir sur cette question pour en découvrir les dimensions actuelles. Cependant, son utilité au sein du dispositif de protection de l'enfance est incontestable. Sur le plan pratique, le manque d'engouement pour la délégation de l'autorité parentale au Bénin peut aussi s'expliquer par sa portée ambiguë, et la forte propension de certains à chercher à en déduire les effets d'une adoption nécessite que soient donc recherchés quelques solutions pour en faciliter la pratique.

C'est donc en réalisant que le droit applicable ici était imprégnée des valeurs et objectifs des droits fondamentaux de l'enfance, que cette étude justifie son analyse quasi-systématique avec le soutien des travaux disponibles de la doctrine en la matière. Ceci permet de constater que juridiquement encadrée, la délégation de l'autorité parentale n'est autorisée que si les circonstances⁴⁸ l'exigent et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. « *Cette notion indéterminée, mais certes, pas indéterminable, joue un rôle varié : il permet soit de veiller à la bonne application de la loi, soit il autorise à ce qu'on y déroge* »⁴⁹.

Pour décider de déléguer l'exercice de l'autorité parentale, le juge examinera non seulement les circonstances de fait qui sont généralement de nature subjective (I) mais aussi plus objectivement, il opérera un arbitrage sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant (II).

I- LES CRITERES SUBJECTIFS JUSTIFIANT LA DELEGATION

⁴⁸ Art. 419 et 421 al. 3 CPF.

⁴⁹ D. NZOUABETH, « L'enfant incestueux en droit sénégalais », in *Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences juridiques et politiques* de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, N° Spécial, 2021, p. 111.

En principe⁵⁰, seuls les parents, désignés par le lien de filiation, peuvent se voir confier l'autorité parentale⁵¹. Dès lors, seuls les parents sont susceptibles d'exercer la fonction parentale. Néanmoins, le législateur a permis, dans des conditions strictes et à titre exceptionnel, le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers⁵² à l'initiative des parents⁵³ de l'enfant. « *La délégation ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision de justice rendue à la requête conjointe des parties intéressées, c'est-à-dire des délégants et des délégataires. Elle apparaît ainsi comme une convention privée homologuée par le tribunal* ».

Selon les termes de la loi⁵⁴, la délégation de l'autorité parentale trouve son point de départ dans les circonstances déterminées soit par les difficultés éprouvées par les parents qui veulent se décharger d'une partie de leur devoir (A) soit par le danger que court l'enfant en demeurant sous le joug familial, et qui déterminent le juge à priver les parents de ce droit (B).

A- Les circonstances relevant de la volonté des parents

Aux termes de l'article 420 du CPF, « *les père et mère, ou le tuteur s'il y est autorisé par le conseil de famille, peuvent déléguer en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale quand l'enfant a été remis à une personne digne de confiance* ». Cette délégation volontaire a pour cause générale et courante la pauvreté⁵⁵ ou les difficultés matérielles qui empêchent les parents d'assurer normalement leurs devoirs. Dès lors, arguant de leurs difficultés ou des facteurs de pauvreté, ils choisiront un tiers à qui confier l'enfant sur la base d'un accord dont homologation sera demandée au juge. Mais cette volonté de déléguer l'autorité parentale (1) n'est accueillie favorablement par le juge que lorsqu'elle est éclairée par une enquête sociale diligentée par celui-ci (2).

1- Une volonté justifiée

Seuls les père et mère, ou le tuteur, s'il est autorisé par le Conseil de famille, peuvent en faire la demande. Mais la décision sera prise par le juge de l'état des personnes ou le Président du TPI qui doit vérifier le respect des conditions légales et apprécier le bien-fondé de cette demande. En maintenant l'intervention du juge et son contrôle d'opportunité, le législateur entend vérifier le

⁵⁰ Ch. MBA-OWONO, *Op. Cit.* p 524.

⁵¹ Art. 422 CPF.

⁵² G. DOHOU, *Op. Cit.*, p. 22.

⁵³ Art. 420 CPF.

⁵⁴ Art. 419 CPF.

⁵⁵ Elle peut se justifier aussi par la maladie ; l'hospitalisation ; l'éloignement...

caractère d'ordre public de l'autorité parentale qu'exprime la loi⁵⁶. La référence aux père et mère, ensemble implique que cette démarche a un caractère vraiment redondant puisqu'en temps normal, l'autorité parentale est assurée par les père et mère l'un et ou l'autre⁵⁷, mais ici, le législateur insiste sur le fait que la décision doit être collégiale. On peut comprendre donc que, qu'ils soient ensemble ou séparés, les deux parents doivent donner leur consentement pour la délégation de l'autorité parentale.

La délégation volontaire⁵⁸ conduit à confier à un tiers⁵⁹ certains attributs de l'autorité parentale, sans toutefois en principe priver le ou les parents délégants de leur fonction parentale⁶⁰. Elle porte alors sur tout ou partie des attributs de droit commun⁶¹. Bien que la loi soit restée muette sur la question, il peut être compris que cette demande doit avoir pour cause des difficultés que les parents éprouvent et qui rejaillissent sur la vie de l'enfant⁶². Si celles-ci sont avérées, ils désignent un tiers digne de confiance à qui ils confient une partie de leur pouvoir ou avec lequel ils partagent l'exercice de l'autorité sur leur enfant. Le texte du CPF ne précise pas l'identité du tiers pouvant bénéficier d'une telle délégation. Il se contente de viser une personne digne de confiance⁶³. La personne digne de confiance peut donc être une personne physique ou morale ; une personne de la famille ou une personne hors de la famille. En l'absence de précision, un lien avec l'enfant ou le parent délégataire n'est pas nécessaire et toute personne peut être désignée délégataire. Le tiers a une connotation ou une définition largement entendue.⁶⁴ La loi n'a pas été claire sur les circonstances nécessitant une délégation volontaire de l'autorité parentale. Mais il ressort de nos enquêtes que certaines circonstances se prêtent bien à cette délégation, telles que la pauvreté ou l'indigence, ou le besoin de rapprocher l'enfant de son lieu de formation⁶⁵ ou de scolarisation.

La pauvreté ressentie par les père et mère de l'enfant est illustrative. Selon l'article 158 du CPF dispose que : « *le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur*

⁵⁶ TPI Cotonou, Ord. N° 062/2020/PTPIPCC du 02/10/2020.

⁵⁷ J. SOLE RESINA, M. BRUGGEMAN, *Être parents*, Ed. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2018, p. 176.

⁵⁸ C. PETIT, *Droit de la famille*, Ed. 2, Ed. Ellipses, Paris, 2021, p. 254.

⁵⁹ Lire à ce propos, l'Ord N° 062/2020/TPIPCC.

⁶⁰ Ch. MBA-OWONO, *Précis de Droit Civil Gabonais, Op. Cit.*, 720 p.

⁶¹ Droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation.

⁶² Ord-PL-CIV/020/22 du 10/08/2022.

⁶³ Art. 420 CPF.

⁶⁴ F. TERRE et alii, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile (GAJA)*, Dalloz, Paris, 2017 p. 363.

⁶⁵ Ord N° 048/CH. CIV. MINEURS/20 du 28 OCTOBRE 2020.

mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants ». L'obligation alimentaire des père et mère est fondamentale⁶⁶ pour le mineur. Ladite obligation prend en compte une multitude d'aspects : nourriture, vêtements, loisirs, logement, frais de scolarité, frais médicaux, argent de poche. Les parents ne peuvent pas renoncer à ce devoir en raison de son caractère d'ordre public⁶⁷. « *Les situations dans lesquelles les parents peuvent rencontrer des difficultés à assumer la prise en charge financière de leur enfant sont variées* »⁶⁸.

Les auteurs voient « *l'indigence comme un phénomène structurel dans laquelle pauvreté et exclusion sociale se combinent* »⁶⁹. La pauvreté est la situation d'une personne qui dispose de peu de biens, de ressources financières ou de richesses. Elle affecte la cellule familiale économiquement, culturellement ou socialement. Des parents vivant dans des situations de grande pauvreté, ne sont souvent plus en mesure d'assumer leurs responsabilités parentales et leur rôle protecteur et éducatif. Ceci compromet sérieusement l'épanouissement, le développement et l'avenir de leurs enfants. Fondés sur cette circonstance particulière, les parents vont chercher à mettre l'enfant dans un centre d'accueil⁷⁰ créé ou supervisé par l'Etat qui a l'obligation de les financer. En effet, les textes internationaux font peser sur l'Etat une obligation positive d'assurer pour toute personne le respect de leur droit à un niveau de vie suffisant⁷¹. Il importe de remarquer que ces centres recueillent souvent les enfants avant d'amorcer le processus de la délégation de l'autorité parentale qui devrait être le préalable de l'acceptation de l'enfant. Dans cette logique un certain nombre de principes doivent être respectés pour s'assurer que les parents n'ont pas d'autres options et que le centre⁷² est digne d'intérêt. L'article 3al 2 du décret N° 2012-416 du 06 Novembre 2012, fixant les normes et standards applicables aux Centres d'accueil et de Protection d'enfants (CAPE) en République du Bénin dispose que « *la famille étant la cellule fondamentale de la société et l'environnement naturel pour la croissance, le bien-être et la protection des enfants, les*

⁶⁶ Ceci est rappelée par l'article 27 de la CIDE.

⁶⁷ Cass. civ., 15 février 2012, n° 11-13.883 Cass. civ. 1ère., 5 décembre 2012, n° 11-19.779. En ce sens : Cass. civ. 1ère., 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 388.

⁶⁸ L. JUZAN, *Op. Cit.*, p. 318.

⁶⁹ V. RIDDE et J-P JACOB, *Les indigents et les politiques de santé en Afrique*, Ed. Academia, Louvain-la-Neuve, 2013, p.24.

⁷⁰ Au Bénin, tel que défini par l'article 3al 2 du décret N° 2012-416, il s'agit du Centre d'accueil et de Protection d'enfants (CAPE), qui un centre reconnu par l'Etat qui s'investit dans le domaine de l'accueil et de la protection d'enfants en situation difficile, pour une durée variable et limitée.

⁷¹ A. GOUTTENOIRE, « La protection internationale de l'enfant contre la pauvreté », in *Droits de l'enfant et pauvreté*, sous la dir. de C. NEIRINCK, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 41.

⁷² Ord. – RT-Civ/22 :22 du 10 /08/22 du TPI Abomey.

efforts doivent d'abord être orientés vers le maintien ou le retour de l'enfant à ses parents ou, dans la mesure du possible, aux autres membres de sa famille. Les institutions de protection devront utiliser des critères rigoureux pour analyser et évaluer la situation de l'enfant et de sa famille, et la capacité actuelle ou potentielle de celle-ci à prendre en charge son enfant, pour prévenir la séparation familiale ».

« La pauvreté et la misère sévissent dans la majorité des pays en voie de développement »⁷³, et rend hypothétique le développement des enfants. Le Concept de pauvreté infantile s'apprécie à travers l'état de privation des enfants des ressources matérielle, spirituelle et affective nécessaires à la survie, au développement intégral et à l'épanouissement. Ces privations plongent les enfants dans la détresse et réduisent leur développement. Elles sont généralement associées à trois facteurs structurels : faible revenu du ménage ; l'insuffisance d'infrastructures physiques adéquats et la faiblesse des institutions. Les juridictions ont retenu par exemple le cas où « les enfants manquent de suivi et leur éducation scolaire peine à évoluer »⁷⁴.

D'autres demandes sont sous-tendues par une exigence administrative, imposée aux parents désireux de fournir certains dossiers. On rencontre aussi des cas liés à d'autres problèmes familiaux tels que la recomposition pour cause de décès, de déplacement. Des statistiques ont révélé qu'il existe des familles recomposées de plus en plus nombreuses en mariage, comme hors mariage dans un contexte de vie commune enregistrée ou non. Les statistiques montrent que 81 % des enfants de 0 à 17 ans ne sont pas orphelins et n'ont pas été confiés, 12 % ne sont pas orphelins, mais ont été confiés, 4 % sont orphelins, mais n'ont pas été confiés et 3 % sont des orphelins confiés. Au total, environ 7 % des enfants sont des orphelins⁷⁵. Aussi d'autres enquêtes ont révélé qu'à la « marge », c'est-à-dire à côté de la « norme » que semble représenter le mariage et la vie commune qu'il implique, au Bénin, les enfants vivent dans « une diversité de structures de ménages, regroupant des individus sans lien de parenté, des ménages monoparentaux féminins et masculins ainsi que des ménages qui n'impliquent pas de cohabitation entre les conjoints (couples non corésidants) mais qui entretiennent cependant des liens forts (affectifs, monétaires,

⁷³ D. DJIOGAP, *La pratique du service social au Cameroun*, Ed L'Harmattan, Cameroun, 2014, p. 17.

⁷⁴ Ord. N° 21/Ch. Civ Mineurs/22 du 04 Mai 2022 du TPI d'Abomey

⁷⁵ N. KPADONOU, *La scolarisation des enfants orphelins au Bénin : synergie entre décès de parents et confiage*, Rapport de recherche de de l'ODSEF, Québec, février 2017.

d'entraide...). D'autres enfin, incluent des enfants qui n'ont aucun parent à leur côté⁷⁶. Quand ceux qui les abritent ou les accueillent ne sont pas les parents, il se pose la question de savoir sur quel fondement juridique se gèrent les intérêts de ceux-ci. Dans la plupart des cas enregistrés dans le cadre de la recherche, la délégation est homologuée après les enquêtes sociales⁷⁷ ordonnées et supervisées par le tribunal.

2- Une volonté éclairée

« Le juge étant chargé de la protection de l'enfant contrôle l'exercice de l'autorité parentale. Il statue alors sur l'ensemble des questions relatives à l'autorité parentale »⁷⁸. Pour le faire, il demandera bien parfois, une enquête sociale. L'enquête sociale est réalisée par des services sociaux agréés. « Le service social en tant que profession dont l'objectif premier est d'aider les individus, les familles, les groupes et les communautés à résoudre les problèmes qu'ils rencontrent dans leurs rapports avec l'environnement, semble être la réponse la plus appropriée à ces gangrènes sociales »⁷⁹ dont la principale est la pauvreté.

L'enquête sociale⁸⁰ est une mesure urgente prise en vue de protéger l'enfant⁸¹. Elle constitue une « mesure d'instruction spéciale »⁸² qui s'appuie sur des critères précis et objectifs pour déterminer ce qui est mieux pour l'enfant. Elle permet au juge d'apprécier concrètement les faits pour rendre une décision acceptable. « Afin de l'aider à prendre sa décision, le juge peut ordonner une enquête sociale ou une expertise psychologique. Le rôle de ces enquêteurs ou experts consiste à préciser certains points de la situation vécue par l'enfant et ses parents. Ils sont choisis par l'institution judiciaire elle-même »⁸³. Elle est réalisée par les assistants sociaux agréés près la juridiction concernée⁸⁴. Les dispositions de l'article 266 du CPF peuvent servir à ce titre de référence, vu que la question n'est pas directement abordée en ce qui concerne la délégation de

⁷⁶ B. GASTINEAU et A. ADJAMAGBO, « Représentations et vécus d'enfants autour de la famille à Cotonou (Bénin) », Espace populations sociétés [En ligne], 2022/1 | 2022, mis en ligne le 01 mars 2022, consulté le 23 août 2022. URL : <http://journals.openedition.org/eps/12466> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/eps.12466>.

⁷⁷ Jugement ADD N° 01/CM/ 22 du 16 Février 2022 du TPI d'Abomey.

⁷⁸ C. AGOSSOU, *Op. Cit.* p 196.

⁷⁹ D. DJIOGAP, *Op. Cit.* p. 17.

⁸⁰ - Voir Ord. RJT-CIV/05/22 du 06/04/2022 TPI Abomey ;

- Voir jugement n°013 du 02/09/10 TPI Abomey-Calavi.

⁸¹ Cass. 1ère civ., 6 juil. 2005, Bull. Civ. I, n° 303, p. 252, pourvoi n° 03-13357 ; Gaz. Pal. 2006, n° 68, p. 21.

⁸² T. GARE, « L'enquête sociale dans la désunion des parents », RTD civ., 1987, p. 692 et s.

⁸³ J. PHELIP et M. BERGER, *Le livre noir de la garde alterné*, Ed. Dunod, Paris, 2013, p. 40.

⁸⁴ Cour suprême, décision N°74-22/CJC du 22-07-1977.

l'autorité parentale. Ce texte dispose en effet que « ... le juge peut donner mission, à toute personne qualifiée, d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants, et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt ». L'article 257 du Code de l'enfant propose la même définition finaliste dans les termes suivants « le juge d'instruction chargé des mineurs recueille, par une enquête sociale, des renseignements sur la situation matérielle et morale de l'enfant poursuivi, sur le caractère, sur les antécédents et la personnalité de l'enfant, sur sa fréquentation scolaire, sur son attitude à l'école, sur les conditions dans lesquelles il a vécu et a été élevé, sur les moyens appropriés à sa rééducation, ainsi que sur la situation morale et matérielle de ses parents ». Le texte de l'article 1082 du Code de procédure civile béninois n'est pas davantage claire⁸⁵. De ces définitions il peut être inféré que l'enquête sociale est une mesure d'investigation, destinée à aider le juge, portant sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et ainsi que sur la situation familiale, c'est-à-dire la situation professionnelle, matérielle et morale des parents.

Le but de l'enquête sociale⁸⁶ est de permettre d'apprécier *in concreto* les conditions de vie de l'enfant. Elle s'intéresse en effet au cadre de vie de l'enfant qui doit être stable et harmonieux, ce qui renvoie aux éléments de caractérisation de la notion. L'enquête sociale constitue dès lors, un outil d'appréciation précieux. Elle donne une véritable illustration des circonstances qui relèvent ou non du bien de l'enfant. Elle permet aussi de s'assurer que les parents sont dans une situation de pauvreté, et ont vraiment des raisons cohérentes et sérieuses de demander à déléguer leur pouvoir. Cette démonstration s'inscrit dans le cadre d'appréciation *in concreto* des faits par les juges du fond.

Des événements extérieurs à la volonté des titulaires de l'autorité parentale peuvent aussi conduire à la délégation de son exercice.

⁸⁵ Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information. Il peut notamment faire procéder à une enquête sociale ou à des constatations par telle personne de son choix. Il entend lui-même, autant qu'il est possible, les parents, alliés et amis de la personne à protéger.

⁸⁶ J. PHELIP et M. BERGER, *Op. Cit.* p. 40.

B- Les circonstances extérieures à la volonté des parents

Il s'agit surtout du désintérêt parental. En principe, la notion de désintérêt ne se confond pas avec le fait pour les parents de ne pas chercher à maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Il arrive que des circonstances indépendantes de la volonté d'un parent soient la cause d'un tel comportement⁸⁷. Il s'agit du désintérêt simple qui s'apparente au délaissement (1) et du désintérêt caractérisé (2).

1- Le désintérêt simple

Il s'apparente au délaissement par ses manifestations. Le dictionnaire LITRE définit le délaissement comme « l'action de mettre en abandon », « le résultat de cette action »⁸⁸. Le mot « délaissé » se réfère à ce « dont on fait abandon », « enfant délaissé »⁸⁹. Le dictionnaire Larousse précise que le délaissement est l'« action de délaissé quelqu'un, état de celui qui est délaissé, laissé sans secours », « abandon »⁹⁰. Il ajoute ensuite que « délaissé » consiste à « ne plus avoir d'intérêt pour quelque chose, ne plus s'en occuper », « abandonner ». Enfin, « être délaissé » signifie « être laissé sans affection, être seul, abandonné ou négligé, en parlant de quelqu'un »⁹¹. Délaissé une personne revient à l'abandonner en la négligeant, en la privant d'affection ou de la constance qui lui est due, c'est-à-dire en la laissant seule et démunie. Au plan juridique, le délaissement est l'« action d'abandonner quelqu'un, de le laisser en un lieu où il est livré à lui-même (notamment afin de se soustraire à l'obligation de le garder », dérélition (dont l'exposition d'enfant est un exemple antique) aujourd'hui incriminée »⁹². L'enfant délaissé est une notion connue du droit pénal aussi puisque l'article 573 du Code pénal incrimine expressément le délaissement de mineur⁹³. L'enfant délaissé par sa famille serait celui dont les parents n'assurent pas sa protection en raison du désintérêt qu'ils lui portent. En d'autres termes, délaissement et désintérêt appartiennent aux mêmes registres. Le code des personnes et de la famille, utilise le mot

⁸⁷ Un état dépressif, par exemple.

⁸⁸ Dictionnaire de la langue française Emile LITRE, Voir «délaissement».

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Le Petit Larousse illustré, Voir délaissement.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² G. CORNU, [ss. dir.], *Op. Cit.*, p. 39.

⁹³ « Ceux qui ont exposé ou font exposer, délaissé ou font délaissé en un lieu solitaire un enfant ou un incapable hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, sont, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un (01) an à trois (03) ans et à une amende de cinquante mille (50.000) à quatre cent cinquante mille (450.000) francs CFA ».

désintéressés et parfois abandon. L'article 419 du CPF dispose en effet que : « *Lorsqu'un enfant mineur aura été recueilli sans l'intervention de ses parents ou du tuteur et lorsque ceux-ci se seront désintéressés de lui pendant plus d'un an, la délégation de l'autorité parentale pourra être prononcée par un jugement du tribunal du lieu du domicile du mineur dans les conditions fixées ci-dessous.* » Plus loin, l'article 433 précise que « *les enfants, recueillis par un particulier ou une œuvre privée, dont les parents se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an, peuvent être déclarés abandonnés par le tribunal de première instance à moins qu'un parent n'ait demandé dans les mêmes délais à en assurer la charge et que le tribunal n'ait jugé cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Enfin, le corps du texte de l'article 434 al 3 révèle en substance que le délaissement, le désintéressé et l'abandon sont synonymes en disposant que « *lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal, par la même décision, délègue l'autorité parentale à toute personne susceptible de s'intéresser à l'enfant, à un service public spécialisé* ». La déclaration judiciaire d'abandon suppose que les parents de l'enfant s'en sont désintéressés dans l'année qui précède la demande en déclaration d'abandon⁹⁴.

Le délaissement est constitutif d'une carence parentale grave créatrice de danger pour l'enfant. C'est ce qui conduit le juge à intervenir. Seul le manquement grave aux obligations découlant de l'autorité parentale justifie que l'État pénètre la sphère familiale⁹⁵ car la carence éducative est source de danger pour l'enfant. Le mauvais usage peut résider tant dans des négligences que dans la commission d'actes dommageables. Le juge dispose d'une faculté d'appréciation souveraine quant à l'existence de la faute. Les négligences parentales sont établies par le désintéressé des parents à l'égard de leur enfant pouvant consister en un défaut de soins, un manque de direction, une privation d'aliments, un délaissement de l'éducation de l'enfant, un défaut volontaire d'exercice des droits parentaux lorsque ceux-ci ont bénéficié d'une mesure d'assistance éducative, une absence de relations affectives entre l'enfant et ses parents.

Les défaillances parentales sont entendues comme l'exercice incorrect de la mission de protection⁹⁶. Mais le mauvais usage de l'autorité parentale, tel que présenté, à travers le

⁹⁴ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil : les personnes*, 8ème Ed. Dalloz, Paris, 2012, p. 599.

⁹⁵ M.-P. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Ed. Defrénois, Paris, 2006, n° 407 et s.

⁹⁶ C. DELAPORTE-CARRE, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. D. Gutmann, Dalloz, 2008, n° 80.

délaissement, n'aura toutefois de conséquences juridiques que si un danger pour l'enfant est avéré⁹⁷. Ce n'est en effet qu'en cas de danger avéré que le pouvoir judiciaire s'autorise à intervenir dans la sphère familiale⁹⁸. Le critère de danger est indéterminé et relève d'une appréciation au cas par cas par le juge afin de conférer une certaine souplesse à la protection de l'enfant⁹⁹. Lorsque les parents s'abstiennent de « *satisfaire les besoins matériels essentiels de l'enfant (nourriture, vêtements, chauffage, logement, soins médicaux et chirurgicaux à donner à un enfant malade) et ses besoins d'ordre moraux et intellectuels (frais d'études et de formation intellectuelle)* »¹⁰⁰, il y aurait un délaissement de leur part.

La notion de danger intervient également dans les motifs graves fondant un aménagement de l'exercice de l'autorité parentale¹⁰¹. La notion de désintérêt manifeste des parents reflète également le danger encouru par l'enfant dans la mesure où les parents ne garantissent pas sa protection¹⁰².

Enfin, le défaut de soins, le manque de direction ne sont pris en compte par le juge que si ces comportements mettent manifestement en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant. C'est l'exemple du *débiteur de l'obligation alimentaire qui s'est abstenu volontairement et sans motifs graves d'exécuter l'obligation qui lui incombe pendant plus de deux mois* ». Pour conduire au prononcé de la délégation forcée de l'autorité parentale, le désintérêt doit être caractérisé.

2-Le désintérêt¹⁰³ caractérisé

Le désintérêt « *doit émaner des parents dans une situation de lucidité bien éclairée. Leur consentement de vouloir déléguer l'autorité parentale doit exister et intègre. Ils ne doivent subir*

⁹⁷ C. DELAPORTE-CARRE, *Op. Cit.*, n° 100. Il convient cependant de noter que la notion de danger ne peut être réduite à la faute parentale dont elle ne résulte pas nécessairement. Ainsi en est-il de l'enfant qui refuse d'obéir à ses parents et par ses mauvaises fréquentations se met en danger, ou de l'enfant dont les parents possèdent un niveau culturel insuffisant. *Ibid.*, n° 587.

⁹⁸ Bordeaux 4 décembre 1991, D. 1993.129, note Th. Dubaele.

⁹⁹ C. DELAPORTE-CARRE, *Op. Cit.*, n° 67.

¹⁰⁰ M. REBOURG, « Vocation alimentaire », in MURAT (P.), [ss. dir.], *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} Ed., Paris, 2013, § 612.09.

¹⁰¹ C. DELAPORTE-CARRE, *Op. Cit.*, n° 84. Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, pourvoi n° 09-13686, préc. La violence continue du père à l'égard de ses enfants et ses accès de colère à l'encontre de son épouse actuelle ont justifié un exercice unilatéral de l'autorité parentale sans droit de visite et d'hébergement.

¹⁰² *Ibid.*, n° 92 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », RLDC 2010/ 69, n° 3747.

¹⁰³ Ch. MBA-OWONO, *Op. Cit.*, p. 524.

aucune violence, erreur ou dol pouvant les amener à faire ce choix contre leur volonté »¹⁰⁴ ; c'est cela le désintéret manifeste ou caractérisé. Cette exigence permet de prendre en compte les difficultés personnelles du parent. Sa preuve, comme toutes les preuves négatives est difficile. Le désintéret manifeste permet de qualifier juridiquement une situation de délaissement parental¹⁰⁵. Pour qu'il soit pris en compte, il faut démontrer l'existence d'un réel désintéret du parent¹⁰⁶. Il faut dès lors remarquer que le désintéret manifeste des parents n'exige pas une faute de leur part. Les père et mère ne doivent « plus porter intérêt d'une manière évidente »¹⁰⁷ à l'enfant. Autrement dit, le désintéret des père et mère doit être conscient et volontaire¹⁰⁸. L'abstention des parents doit procéder d'un libre choix et non pas d'évènements indépendants de leur volonté¹⁰⁹, qui les empêcheraient d'exercer leurs prérogatives, comme la maladie ou l'éloignement notamment lié à l'emprisonnement du parent¹¹⁰.

Cette notion suppose obligatoirement lucidité et volonté des parents, ce qui ne permet pas de recourir à une déclaration judiciaire d'abandon lorsque « la cause du comportement parental réside dans la vulnérabilité mentale »¹¹¹. Le désintéret manifeste est présumé volontaire jusqu'à preuve du contraire¹¹². La démonstration du caractère involontaire du désintéret constaté par les juges doit être rapportée par les parents¹¹³.

¹⁰⁴ C. AGOSSOU, *Op. Cit.* p. 195.

¹⁰⁵ En ce sens : P. BONFILS et P. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2014, § 872.

¹⁰⁶ C.A Nancy, 27 sept. 1991, Juris-Data n° 05423 : « Le non-exercice du droit de visite précédemment accordé à la mère n'établit pas un désintéret tel que sa suppression doive être ordonnée ».

¹⁰⁷ Délégation d'autorité parentale : C.A Paris, 8 juin 1973, Gaz. Pal., 1973, II, p. 871.

¹⁰⁸ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1ère., 23 octobre 1973, Bull. civ. I, n° 276 Cass. civ. 1ère., 23 octobre 1973, Bull. civ. I, n° 277 Cass. civ. 1ère., 3 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 285 Cass. civ. 1ère., 28 mai 1980, Bull. civ. I, n° 158 Cass. civ. 1ère., 8 décembre 1998, Bull. civ. I, n° 347 ; Dr. famille, 1998, comm. n° 14, note P. MURA Cass. civ. 1ère., 2 mai 2001, n° 98-18.917 Cass. civ. 1ère., 23 novembre 2011, n° 10-30.714.

¹⁰⁹ Déclaration judiciaire d'abandon : CA Agen, 13 octobre 2004, Jurisdata n° 2004-256579.

¹¹⁰ En ce sens pour la délégation d'autorité parentale : CA Lyon, 7 mai 2002, Jurisdata n° 2002-197874 (le père a en outre reçu la visite de ses enfants).

¹¹¹ V. DOUMENG, « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent », in C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN, [ss. dir.], *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2014, p. 55.

¹¹² L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2004, § 603.

¹¹³ Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1ère., 6 mars 1985, Bull. civ. I, n° 88.

Il convient aussi de relever que le désintéret manifeste des parents doit être certain et actuel au jour où la demande est formée¹¹⁴. Il doit en outre exister pendant toute l'année précédant l'introduction de la requête en matière de déclaration judiciaire d'abandon¹¹⁵. Plus concrètement, l'enfant doit être oublié de ses parents¹¹⁶.

En droit comparé français, il a été jugé que le désintéret est une question de fait qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁷. Ainsi, l'absence totale de contacts entre l'enfant et un parent, parfois depuis la naissance ou le décès de l'autre parent¹¹⁸, ont pu caractériser un désintéret manifeste. On voit donc le désintéret comme un comportement parental caractérisé par une négligence ou absence physique et/ou psychique envers son enfant dont les besoins (nutritionnels, sanitaires, éducatifs, affectifs, sociaux, ...) ne sont pas, par conséquent, satisfaits ». Négliger consiste à « *ne plus porter à quelqu'un l'attention, l'affection qu'on devait ou qu'on avait pour lui* »¹¹⁹. Désintéret et négligence seraient dès lors synonymes puisque le désintéret manifeste des parents pour l'enfant se traduirait par une négligence de leur part. Le désintéret manifeste résulte d'un comportement négatif. Le désintéret revêt un certain degré de gravité¹²⁰.

Le désintéret manifeste, qui conditionne tant l'application de l'article 433 que l'article 419 du CPF, fait l'objet d'une appréciation judiciaire identique. La seule différence entre les deux mécanismes tient à la durée du désintéret manifeste qui subsiste aujourd'hui pour la déclaration judiciaire d'abandon. Il doit effectivement durer un an.

¹¹⁴ Délégation d'autorité parentale : Cass. civ. 1ère., 3 février 1971, Bull. civ. I, n° 42 Cass. civ. 1ère., 8 décembre 1981, Bull. civ. I, n° 365. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1ère., 8 mai 1979, Bull. civ. I, n° 133 Cass. civ. 1ère., 29 octobre 1979, Bull. civ. I, n° 265.

¹¹⁵ Cass. civ. 1ère., 3 février 1971, Bull. civ. I, n° 41. Voir également : Cass. civ. 1ère., 1er mars 1977, RTD civ., 1977, p. 321, obs. P. RAYNAUD Cass. civ. 1ère., 3 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 286 Cass. civ. 1ère., 15 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 329.

¹¹⁶ C. NEIRINCK, « Enfance », Rép. civ. Dalloz, 2008, § 1.

¹¹⁷ Délégation d'autorité parentale : Cass. civ. 1ère., 23 juin 1998, n° 96-16.961. Déclaration judiciaire d'abandon : Cass. civ. 1ère., 6 mars 1985, Bull. civ. I, n° 88 Cass. civ. 1ère., 23 juin 2010, Bull. civ. I, n° 143 – Cass. civ. 1ère., 29 juin 2011, n° 10-19.698.

¹¹⁸ Délégation d'autorité parentale : CA Pau, 7 juin 1994, Jurisdata n° 1994-045304 – CA Rouen, 24 février 2011, RG n° 10/02822. Déclaration judiciaire d'abandon : CA Douai, 15 décembre 2005, Jurisdata n° 2005-311988 – CA Montpellier, 19 février 2008, Jurisdata n° 2008-357293.

¹¹⁹ Le Petit Larousse illustré, Voir « négliger ».

¹²⁰ Sur le caractère manifeste du désintéret, voir notamment C. ALLAER, « L'enfant oublié », JCP G., 1975, L, 2735.

Il faut enfin dire que le recours au concept de désintéret manifeste a toutefois été critiqué en raison de son caractère ambigu et subjectif lors de sa mise en œuvre, en particulier pour la déclaration judiciaire d'abandon¹²¹. Il a également été qualifié de « *notion mal définie* »¹²².

Au surplus, les circonstances qui ouvrent droit à délégation doivent s'apprécier en contemplation de l'intérêt supérieur de l'enfant¹²³.

II- L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT COMME CRITERE OBJECTIF DE LA DELEGATION

L'intérêt supérieur de l'enfant est l'unique et ultime critère objectif dont l'application autorise la délégation de l'autorité parentale, quelle que soit sa forme. En matière d'autorité parentale « l'intérêt de l'enfant est devenu un impératif catégorique »¹²⁴ et constitue « désormais la seule finalité de l'action des parents et le seul critère d'intervention de l'Etat »¹²⁵. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence n'est pas nouvelle. Dans une décision rendue par la chambre judiciaire de la cour suprême du Bénin en 1977 relativement à la détermination de la garde de l'enfant, la haute juridiction avait décidé que le désintéret doit être caractérisé., en dépit de la force de la règle coutumière, telle que précisée à l'article 156 du coutumier dahoméen¹²⁶, que « *le critère de référence d'attribution de la garde reste celui de l'intérêt de l'enfant* »¹²⁷. Il est « *la primauté à sauvegarder et à privilégier, à tout prix, les droits de l'enfant dans le sens de son épanouissement, de son bien-être, de sa croissance et de sa préparation à la vie active d'adulte mature et responsable* ». Le législateur accorde donc un privilège particulier aux quatre composantes qu'il met dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Contrairement à ce que disait CARBONNIER, il n'est plus une « *formule magique* »¹²⁸.

¹²¹ C. HESSE et P. NAVES, Rapport sur les conditions de reconnaissance du « délaissement parental » et ses conséquences pour l'enfant, Doc. fr., novembre 2009, p. 38 et s. Voir également : M. DINI et M. MEUNIR, Rapport d'information n° 655 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la protection de l'enfance, Doc. Sénat, 2013-2014, p. 79 et s.

¹²² J.-M COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, Doc. fr., 2008, p. 157.

¹²³ Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile (GAJA), p. 363.

¹²⁴ *Ibid.* p. 178.

¹²⁵ *Ibid.* p. 175.

¹²⁶ « La dot est remboursée et les enfants restent au mari. La mère garde les garçons s'ils sont trop jeunes jusqu'à l'âge de 3 ou 4 ans (période d'allaitement) ».

¹²⁷ Cour suprême, décision N°74-22/CJC du 22-07-1977.

¹²⁸ J. CARBONNIER, *Op. Cit.*, p. 85.

Devenue objective par sa précision, cette notion reste tout de même polyforme en son contenu quasi-abstrait. La lecture combinée de l'article 8 al 2 précité avec l'article 21¹²⁹ permet de cristalliser l'intérêt supérieur de l'enfant autour de la dimension matérielle (A) et de la dimension psychologique ou morale (B).

A- L'élément matériel, un critère discutable

Compte tenu de l'ensemble des responsabilités que cela exige, l'enfant a plus de chances de se développer de façon optimale dans une famille ayant la capacité financière et matérielle de l'entretenir. La prise en compte de l'élément matériel vise « *la satisfaction des besoins extérieurs, visibles et indispensables de l'enfant donc de ses besoins vitaux (se nourrir, se vêtir et se soigner)*. Sa mise en œuvre, suppose que soit prise en compte la situation matérielle globale du délégant ou du délégataire (1) qui sera mise en corrélation avec des données situationnelles et temporelles (2).

1- La prise en compte du contexte général

Ce critère tire sa pertinence de la jurisprudence¹³⁰. « *La sécurité matérielle implique une stabilité dans le revenu ainsi que dans le logement.* »¹³¹ « *La responsabilité réfère aux rôles pris par les parents pour assurer la disponibilité de ressources importantes pour l'enfant ; ces ressources pouvant tout aussi bien être physiques (nourriture, médicaments, stimulation, etc.) que sociales (une gardienne, un médecin, etc.)* »¹³².

Dans le monde capitalisé à outrance, il implique la prise en considération des ressources des parents, des infrastructures dont ils disposent et ou de leur environnement géographique »¹³³. L'enfant est vulnérable et dépendant. Il ne peut s'épanouir que si les parents ont les moyens de subvenir à ses besoins. La dépendance économique de l'enfant se traduit par l'obligation faite aux titulaires de l'autorité parentale de l'entretenir. L'obligation d'entretien découle des obligations du

¹²⁹ Article 21 « L'enfant a droit à un milieu familial, cadre idéal où ses besoins matériels, moraux et affectifs sont pris en compte pour son épanouissement ».

¹³⁰ Jugement n°021/06 du 31 janvier 2006 du TPI de Ouidah (Inédit), le juge en visant l'intérêt supérieur des enfants, a décidé de confier leur garde à leur mère au motif que celle-ci étant coiffeuse de formation exerçait toujours son activité tandis que le père n'avait aucune activité lucrative.

¹³¹ G. DOHOU, *Op. Cit.* p. 99.

¹³² G. M. PROVOST, M. A. DRAPEAU, et *alii*, L'évaluation psychosociale auprès de familles vulnérables, Ed. Presses de l'Université du Québec, 2018, p. 128.

¹³³ G. DOHOU, *Op. Cit.*, p. 100.

mariage. L'article 158 du CPF dispose que « ... les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever et éduquer leurs enfants. » Il n'est donc pas nécessaire que l'enfant soit dans le dénuement. Dans le cas où les parents mènent une vie commune, la contribution à l'entretien de l'enfant est discutée en famille et versée spontanément. Lorsque les parents vivent séparément, celui qui est titulaire de l'autorité parentale ou, celui avec qui l'enfant réside exécute son obligation d'entretien. L'obligation prend dans ce cas la forme d'« une pension alimentaire qui est fixée par le juge compte tenu des facultés du parent débiteur et des besoins de l'enfant, le montant étant toujours révisable en cas de modification de la situation.¹³⁴ ». Cette créance d'entretien ne cesse pas dès la majorité, même si l'enfant est en bonne santé. Le législateur, entérinant une telle tendance de la jurisprudence, l'a surtout envisagé lorsque les parents vivaient séparément et comme un droit du parent dont le jeune majeur est à la charge¹³⁵. Il est clair que l'obligation d'entretien prend en compte les besoins de formation, c'est-à-dire la nécessité de se qualifier avant de se lancer sur le marché du travail. L'obligation des parents est poussée très loin dans la prise en charge de l'insertion des jeunes dans la vie active. Lorsque les parents ne sont donc plus en mesure de jouer ce rôle, ils peuvent s'en remettre à un tiers digne de confiance, qui peut être une personne physique ou une personne morale. Mais toutes les fois, le juge doit vérifier que la personne concernée a les moyens d'entretenir l'enfant et de l'épanouir.

La mise en œuvre de ce critère est fonction de chaque situation¹³⁶ traversée par l'enfant et évaluée tant dans le présent que dans le futur¹³⁷.

2- La prise en compte des spécificités

Il s'agit ici de tenir compte des dimensions temporelle et situationnelle. La prise en compte de la dimension temporelle tient à rechercher l'intérêt non seulement au moment des faits présentés mais aussi son devenir. CARBONNIER l'expliquait bien en écrivant : « ce n'est pas au surplus

¹³⁴ Obs de Florence Tellier sur arrêt M. c/KM, n° 0003 du 04 /12/1998 in Revue burkinabé de droit, N° 25 janvier 1994, p 72.

¹³⁵ Cf art 414 du CPF.

¹³⁶ Lire H. GAUMONT-PRAT, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

¹³⁷ F. CAPELIER, *Comprendre la protection de l'enfance L'enfant en danger face au droit*, Ed. Dunod, Paris, 2015, p 47.

son intérêt de l'instant présent, c'est bien plutôt son intérêt à venir, son intérêt d'homme dans un futur déterminé »¹³⁸.

Dans leur prise de décisions, les juges apprécient ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte des évolutions familiales à venir. Ils tiennent compte de son intérêt futur également au regard de l'adulte en devenir qu'est l'enfant. Cette dimension temporelle est justifiée par le souci de garantir la protection de l'enfant tout au long de son enfance, voire après dans ce qu'il devient. Les juges ne doivent pas seulement tenir compte de l'intérêt futur mais aussi, bien que dans une moindre mesure, de son intérêt ancien.

De même, le juge devra tenir compte de l'histoire de l'enfant. L'intérêt actuel doit être apprécié également au regard de l'intérêt ancien de l'enfant¹³⁹. Les juges recherchent toutefois ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant pour la présente période. Ils ne sauraient en effet se référer à des preuves trop anciennes. Le caractère actuel de l'intérêt souligne l'urgence de la situation justifiant que telles ou telles mesures soient l'idéale dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La prise en compte des données situationnelles permet la construction personnelle de l'enfant au regard de sa sphère familiale. Ce n'est pas ici l'intérêt de la famille qui est pris en compte, mais bien celui de l'enfant au regard de son environnement familial. Ces deux éléments de contenu permettent de déterminer, en l'espèce, ce qui satisfait concrètement au mieux son intérêt supérieur. Le plus souvent, c'est la situation familiale en tant que telle qui se trouve prise en compte.

La situation familiale dans laquelle se situe l'enfant au moment de la prise de décision représente un niveau de lecture non négligeable de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 11 du Code de l'enfant dispose en effet que : « *toute décision prise doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial et à éviter de le séparer de ses parents, sauf s'il apparaît à l'autorité judiciaire que cette séparation est nécessaire pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant* ». La famille constitue le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous les membres et en particulier des enfants. C'est donc, au sein de sa famille que l'enfant grandit, se développe physiquement et intellectuellement ; c'est un lieu où il se sentira protégé et rassuré¹⁴⁰.

¹³⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, la famille, les incapacités*, PUF, Paris, 1989, p. 370.

¹³⁹ F. BOULANGER, « La licéité de la révision de la convention de divorce en matière d'autorité parentale », D. 1997. p. 328.

¹⁴⁰ B. LHERBIER-MALBRANQUE, *La Protection de l'enfant maltraité*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 17.

De ce fait, elle est « *le cercle social le mieux indiqué pour protéger l'enfant et assurer sa sécurité physique et affective* »¹⁴¹. Sur le plan sociologique, la famille est le principal lieu d'éducation et de solidarité. C'est donc le premier lieu de socialisation primaire de l'individu. A ce titre, « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* »¹⁴². C'est dans cette optique, que la Constitution béninoise, du 11 décembre 1990, a mis l'accent sur la protection¹⁴³ de l'enfant et de la mère par la famille, au même moment que de nombreux codes africains de la famille ont eu le souci de protéger l'enfant en réglementant l'autorité parentale qui constitue le socle des devoirs et droits des parents envers leur enfant mineur¹⁴⁴.

Au surplus, doit être envisagée sa situation scolaire. En visant l'environnement familial, les juges se réfèrent aussi le plus souvent à la prise en compte de la situation scolaire de l'enfant : lieu de l'école, intégration dans l'école, camarades de classe, échecs scolaires, évolution des notes. Au-delà de ce que peut offrir en précision une simple grille de lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant dans telle espèce considérée, la prise en compte de l'environnement de l'enfant représente aujourd'hui de plus en plus nettement un élément de caractérisation de la notion. Dans une ordonnance du tribunal d'Abomey se rapportant à la garde d'enfant et à la pension alimentaire, le juge de la chambre civile des mineurs a pu décider avec sagesse, dans l'intérêt supérieur de l'enfant et surtout pour son bien-être matériel de confier l'enfant dont la garde est querellée à sa mère parce « *qu'en tout état de cause, la garde d'enfant ne peut être un objet de manipulation ou de règlement de différends entre adultes* »¹⁴⁵. Il ordonne par ailleurs : le père à verser la somme de quarante mille (40 000) F CFA par mois pour la prise en charge de leurs enfants communs outre les frais médicaux, pharmaceutiques et scolaires ; Mets à la charge du père, les frais scolaires de tous les enfants ; Oblige chacun des parents à contribuer pour moitié aux frais médicaux et

¹⁴¹ Assemblée Générale des Nations Unies, « La violence à l'encontre des enfants », Octobre 2006, p. 11.

¹⁴² Article 16 al.3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, Fédération Française des clubs UNESCO et Ligue des Droits de l'Homme, « La conquête des droits de l'homme, Textes fondamentaux », Paris, Le Cherche Midi, 1988, p. 144.

¹⁴³ Article 26 al. 2 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 dispose que : « ..., l'Etat protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant... ».

¹⁴⁴ Les codes des personnes et de la famille des trois pays de l'Afrique de l'Ouest francophone consultés ont prévu tout un titre consacré à l'autorité parentale. En effet, le Titre VI des codes togolais et béninois prévoit les dispositions relatives à l'autorité parentale. Quant au Code des personnes et de la famille du Burkina Faso, c'est le chapitre III qui a été consacré à l'autorité parentale.

¹⁴⁵ TPI d'Abomey, Ord. N° 21/CH.CIV/MINEURS/ 22 du 06 mai 2022.

pharmaceutiques des enfants communs ; Dans l'intérêt supérieur des enfants, accorde au père des droits de visite à organiser avec la mère ; Et relativement à l'hébergement, accorde des droits d'hébergement au père, le premier et le troisième week-end de chaque mois ainsi que la première moitié des congés et des vacances scolaires ; Enfin, le juge fait en conséquence obligation à la mère, de favoriser et de faciliter, avec la diligence qui sied à un bon père de famille, les contacts réguliers entre le père et les enfants, dans l'intérêt de leur éducation.

Cette décision est à l'analyse très élaborée et complète, puisqu'elle ne laisse l'ombre d'aucun doute sur sa mise en œuvre. On y découvre tout l'intérêt que les juges accordent à l'épanouissement total des enfants.

Comme cela transparaît si bien dans le développement précédent, l'élément matériel paraît discutable car, en fondant le choix du délégataire sur les moyens matériels et financiers, on pourrait laisser croire à une chosification de l'enfant. On pourrait bien se demander aussi si la capacité financière et matérielle seule suffit pour obtenir l'épanouissement de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant commande que soit pris en compte aussi, l'élément psychologique.

B- L'élément psychologique, un critère aléatoire

« D'un point de vue moral, l'intérêt est perçu comme l'aptitude à promouvoir l'épanouissement psychique, psychologique et moral de l'enfant au moyen d'une éducation stable et adéquate compatible avec les bonnes mœurs »¹⁴⁶. Ceci suppose une certaine stabilité des parents. « Les tribunaux, dans leurs décisions en ont déduit qu'un parent constamment en voyage ne peut souscrire aux exigences d'une bonne éducation ». ¹⁴⁷ Ce critère est à tout le moins aléatoire car les éléments qui le composent sont empreintes d'incertitude. Mais, on peut de même retenir que la dimension psychologique intègre, d'une part, la prise en compte de la santé¹⁴⁸ du mineur (1) et de son opinion (2) sur les questions qui intéressent sa vie, d'autre part.

¹⁴⁶ G. DOHOU, *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁴⁷ Dans le jugement n°41 du 11 mars 1984, cité par G. DOHOU, dans sa thèse le juge en confiant à une mère la garde de son enfant a précisé qu'il en aurait été autrement si elle venait à voyager. Le juge béninois est resté dans la même ligne de conduite. En témoigne les nouveaux jugements rendus au nombre desquels le jugement n° 009 du 12 août 2010 TPI Calavi (Inédit) dans lequel le juge faisait le développement suivant : -« Attendu ... Que lorsque le père sort le matin, pour des raisons professionnelles, il rentre souvent tard, aux environs de 21h ; qu'il y a lieu de constater que cette indisponibilité ne lui permet pas de bien suivre l'enfant et de satisfaire convenablement les besoins de l'enfant ; qu'il n'existe pas au dossier d'arguments valables qui lui enlèvent ses qualités maternelles, (...) ; qu'il convient d'accorder à Y la garde de l'enfant A . »

¹⁴⁸ Physique, intellectuel et psychique de l'enfant.

1- La prise en compte de la santé

L'organisation mondiale de la santé définit la santé comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »¹⁴⁹. Elle peut revêtir différents aspects. Il peut s'agir de la santé physique ou encore de la santé mentale. En droit comparé, les législations européennes s'y réfèrent en l'appréhendant comme une fonction parentale dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale.

L'article 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant proclame « *le droit pour tout enfant de jouir du meilleur état de santé possible* ». Il précise que les Etats doivent lutter contre toutes mesures préjudiciables à la santé de l'enfant. La santé renvoie ici aux soins apportés par les parents à l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale.

La santé recouvre également la santé mentale de l'enfant. Il s'agit d'un élément de caractérisation important de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les atteintes à l'intégrité physique de l'enfant sont visibles, donc facilement démontrables, alors que les atteintes à l'intégrité mentale de celui-ci souffrent de leur caractère subjectif. D'ailleurs, le harcèlement moral¹⁵⁰ ou encore le préjudice moral sont difficilement caractérisés et réparables en droit¹⁵¹.

Les enfants ont besoin de protection parce qu'ils sont physiquement, mentalement et émotionnellement immatures et incapables de se protéger convenablement par eux-mêmes. Plus un enfant est jeune, plus il aura besoin de soins et de protection. Lorsque les enfants sont maltraités, ils sont exposés à un risque plus accru de troubles du développement durant toute leur vie, d'infection par le VIH, et d'autres désordres physiques, émotionnels et sociaux. De plus, ces conséquences compromettent le développement économique et social des sociétés. De ce fait, protéger les enfants des sévices est un aspect et primordial.

Toutes formes d'abus à leur égard devraient être évitées. L'abus envers les enfants est l'action préjudiciable la plus couramment perpétrée contre les enfants dans le monde chaque jour. Les organisations qui travaillent au service des enfants doivent le comprendre et le combattre.

L'abus envers les enfants désigne tout comportement ou acte délibéré mettant en danger la

¹⁴⁹ Préambule de la Constitution de l'OMS.

¹⁵⁰ M. F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, Paris, Syros, 1998 ; N. CATHELIN, *Harcèlement à l'école*, Paris, 1998.

¹⁵¹ A. TOULEMON, J.G MOORE, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 1957 ; F. GIVORD, *La réparation du préjudice moral*, thèse Grenoble, 1939 ; G. RIPERT, « Le prix de la douleur », D. 1948, chron. 1 ; R. SAVATIER, « Le dommage et la personne », D. 1955, chron. 1.

santé, la survie, le bien-être et le développement de l'enfant. On distingue trois types d'abus : abus physique, abus émotionnel et psychologique, et abus sexuel. La négligence peut également être considérée comme une forme d'abus envers l'enfant. L'abus physique représente tout acte qui cause un préjudice ou une blessure physique intentionnels à un enfant, tels que le gifler, le pincer, lui donner un coup de pied, le mordre, le frapper du poing, le pousser, le jeter à terre, le brûler ou le frapper avec la main ou un objet. L'abus émotionnel ou psychologique accompagne souvent l'abus physique. Les enfants qui en sont victimes sont « frappés » d'épithètes qui les humilient, les couvrent de honte, les menacent, les blâment, les intimident ou les effraient.

L'abus sexuel consiste à forcer ou à inciter un enfant à prendre part à des activités sexuelles. Ces activités peuvent inclure le contact physique tels que les attouchements aux organes génitaux ou les rapports sexuels, ainsi que des activités sans contact telles que l'exhibitionnisme, inciter les enfants à regarder du matériel pornographique ou les encourager à se livrer à des comportements sexuels inappropriés. Les filles sont beaucoup plus exposées.

Le bien-être physique (soins, nourriture...) n'est donc pas le seul élément pris en compte¹⁵². La santé de l'enfant peut être touchée émotionnellement. C'est le résultat soit de la négligence affective ou de la négligence éducative.

La négligence affective qui est l'omission régulière de prodiguer de l'affection, de la stimulation, de l'attention et des encouragements à l'enfant. La négligence affective grave des besoins de stimulation et d'attention d'un enfant peut provoquer chez celui-ci un retard de croissance et même la mort. La négligence affective peut également amener l'enfant à avoir une mauvaise image et une faible estime de soi, et conduire à l'alcoolisme et à la toxicomanie ainsi qu'à d'autres comportements destructifs plus tard dans sa vie.

La négligence éducative est l'omission d'inscrire à l'école un enfant d'âge scolaire obligatoire ou de lui fournir un enseignement approprié à domicile. La négligence éducative peut conduire l'enfant à manquer d'acquérir les compétences pratiques de base pour la vie, ce qui peut compromettre gravement son développement et son bien-être psychologique, émotionnel et social, particulièrement lorsqu'il a des besoins éducatifs spéciaux qui ne sont pas satisfaits. Dans beaucoup de cultures, les filles sont plus susceptibles d'être victimes de négligence éducative que les garçons.

¹⁵² G. DOHOU, *Op. Cit.* p. 227.

La protection de l'équilibre psychologique de l'enfant est de plus en plus nettement un élément de son intérêt supérieur. Par exemple, en droit comparé, dans un arrêt du 18 avril 2000, la Cour Française de cassation refuse de décider du retour de l'enfant, après son enlèvement par sa mère, au motif que cela créerait chez celui-ci un déséquilibre psychologique grave nuisant *in fine* à son intérêt supérieur¹⁵³. Cette Cour va se référer à la nuisance à l'équilibre psychologique de l'enfant. Le constat d'une telle nuisance implique la mise en œuvre d'un contrôle des parents dans l'exercice de leur autorité parentale au regard de l'équilibre psychologique de l'enfant.

Le développement de la santé physique, émotionnelle, cognitive et sociale du jeune enfant dépend en grande partie du comportement parental et, de façon plus large, de l'investissement parental total. La typologie de Lamb, Pleck et Levine¹⁵⁴ sur l'engagement paternel rejoint cette idée d'investissement parental en distinguant trois types d'engagement qui concernent au fond tout autant les mères que les pères: l'interaction, la disponibilité et la responsabilité. L'interaction concerne tous les contacts directs du parent avec son enfant, par exemple lors des activités de soins, de jeux ou d'éducation. La disponibilité concerne tous les moments où le parent est accessible si l'enfant le désire, sans qu'il y ait nécessairement interaction. Il importe de tenir compte aussi de l'opinion de l'enfant.

2- La prise en compte de l'opinion de l'enfant

La prise en compte de l'opinion de l'enfant est nécessaire même si dans la pratique, elle est délicate, voire incertaine. Peut-on accorder à l'enfant, le droit d'opiner sur son propre intérêt supérieur ? « *Il est vrai que parfois, à ce stade, la volonté est relativement capricieuse, mais il est exagéré de penser qu'il y a de risques sérieux, de voir l'enfant prendre ce qui n'est que simple inclination, pour son intérêt. Ce faisant, c'est le considérer comme un adulte en devenir tout en oubliant qu'on a tous pris par là. Ainsi, à voir la gravité de la matière, il n'est pas exclu de recourir directement à l'enfant* »¹⁵⁵. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose dans cette optique de prendre connaissance de l'opinion du mineur. Les articles 3-1 et 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant sont liés entre eux. Le premier fixe un

¹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 18 avril 2000, *Bull. Civ. I* n° 112 p. 76, pourvoi n° 97-20809, *Gaz. Pal.* 2000, n° 216, obs. F. GHILAIN ; *Rev. Crit. DIP* 2001. 341, note E. Gallant.

¹⁵⁴ M. E. LAMB, J. H. PLECK, E. L. CHARNOV et J. A. LEVINE, "Paternal Behavior in Humans," *American Zoologist*, Vol. 25, 1985, pp. 883-894.

¹⁵⁵ C. AGOSSOU, *Op. Cit.* p. 387.

objectif à atteindre : la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le second offre un outil pour y parvenir : l'audition de l'enfant.

L'obligation d'auditionner l'enfant garantit le droit de celui-ci à être informé et à être entendu, conformément à l'article 12 de la Convention de New York. Les législations française et grecque se conforment aux dispositions du traité. Cette reconnaissance d'une telle obligation rend compte du lien entre l'audition de l'enfant et son intérêt supérieur. L'enfant doit être entendu car cela assure une protection de son intérêt supérieur. A cet effet, le Code de l'enfant dispose que « dans toute procédure judiciaire ou administrative concernant un enfant, ses points de vue et son opinion sont entendus, soit directement, soit par le truchement d'un représentant ou par tout autre procédé déterminé par l'autorité compétente et peuvent être pris en considération par l'autorité concernée »¹⁵⁶. Plus loin, la même loi précise que « Tout enfant capable de discernement se voit garantir le droit d'exprimer librement ses opinions sur toutes les questions le concernant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité »¹⁵⁷.

L'obligation d'entendre l'enfant n'implique pas celle pour les juges de se conformer à sa parole. En donnant son opinion, l'enfant peut contribuer à éclairer les juges sur son intérêt supérieur. Certes les juges ne sont pas liés par les sentiments de l'enfant, mais ceux-ci exercent une influence certaine sur leur décision. Au TPI d'Abomey, par ordonnance du 06 Avril 2022, le juge a auditionné Mlle Z., sur la nécessité de sa réinsertion après placement au centre d'accueil « LA MAISON DE L'ESPOIR » et malgré l'avis favorable de cette dernière, a rejeté le retrait de l'enfant. Il motive son rejet par le fait que « les conditions de sa réinsertion ne sont pas garanties »¹⁵⁸ et ordonne « son maintien dans le CAPE "LA MAISON DE L'ESPOIR" jusqu'à la fin de son apprentissage »¹⁵⁹. En droit comparé, par une décision du 27 février 2012¹⁶⁰, la Cour d'appel de Lyon en France se fonde sur l'audition des enfants pour décider du fractionnement des vacances afin que le père puisse entretenir des liens plus étroits avec chacun de ses enfants, conformément à leurs intérêts. Mais à partir de quand l'enfant est-il apte ou non à faire part de

¹⁵⁶ Article 9 CE.

¹⁵⁷ Article 29 CE.

¹⁵⁸ Tribunal d'Abomey, Ord. RJT-CIV/05/22 du 06/04/22.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ C.A Lyon, 27 février 2012, n° de RG 10/06298.

ses souhaits de manière éclairée. Deux critères sont mis en avant. Il s'agit d'une part, du discernement de l'enfant, et d'autre part, de son âge. L'article 3.36 de la Convention relative à l'exercice des droits de l'enfant prévoit qu'« *il appartient aux Etats de définir les critères d'appréciation de la capacité des enfants à forger et exprimer leur propre jugement. Ils sont libres de faire de l'âge des enfants un critère* ». Le mineur « *capable de discernement*¹⁶¹ » peut donc demander à être entendu, par simple lettre adressée au juge¹⁶². Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande.

La détermination du discernement de l'enfant incombe au magistrat qui pourtant ne se voit pas imposé de recevoir l'enfant pour déterminer si ce discernement existe. Nos enquêtes dans les tribunaux ont révélé que le discernement est présumé, à partir d'éléments objectivables, tels que l'âge. Le concept de discernement constitue une protection pour eux puisqu'il évite qu'ils aient l'impression que la responsabilité de la décision leur incombe. Il est possible qu'à défaut de discernement de l'enfant, un tiers spécialement formé puisse représenter sa parole et ses besoins.

Pour mieux appréhender la situation et déterminer l'intérêt de l'enfant le juge dispose également de moyens d'expertises tels que les enquêtes sociales, abordées en première partie. L'enfant n'est pas un adulte. On ne communique pas avec un enfant ou un adolescent comme avec un adulte. Pour le comprendre, il faut de l'expérience.

Le droit à l'expression, ou en d'autres termes, le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion¹⁶³ sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité¹⁶⁴ est l'un des quatre principes généraux de la CDE¹⁶⁵.

La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant « *constitue la pierre angulaire : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin* »¹⁶⁶. L'intérêt de l'enfant est alors érigé par le législateur

¹⁶¹ C. AGOSSOU, *Op. Cit.* pp. 486 et 487 ; G. DOHOU, *Op. Cit.* et Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, 20^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 2017, p. 1143.

¹⁶² Art 29 du CDE.

Voir aussi Art 234 et 235 du Code de l'enfant.

¹⁶³ Lire à ce propos, M. BONGRAIN, *Le droit à la parole de l'enfant : Aspects juridiques*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2022, 208 p.

¹⁶⁴ Art.12 CDE.

¹⁶⁵ Convention internationale des droits de l'enfant. CDE pour la suite.

¹⁶⁶ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2011, p. 604.

bénois au rang de valeurs fondamentales et constitue, pour le juge, un critère de règlement des questions familiales¹⁶⁷. En cette matière, il articulera son raisonnement autour des éléments matériels et moraux. Il reste et demeure une notion cadre, flexible et adaptable¹⁶⁸, tant son contenu est polymorphe, discutabile et aléatoire.

Conclusion

Critère décisif de la délégation de l'autorité parentale, l'intérêt supérieur de l'enfant reste un mythe, aux attraits duquel le droit positif s'efforce de résister. Fruit de la passion des parents, source de leur espérance, l'enfant, s'il en existe, occupe une place principale dans la vie du couple. Cela s'observe avec beaucoup d'acuité dans le processus de délégation de l'autorité parentale à un tiers.

Justifiée par les difficultés familiales, la situation particulière de l'enfant ou des circonstances particulières appréciées par le juge, la délégation de l'autorité parentale est toujours fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré comme supérieur à tout autre intérêt en présence. La détermination de cet intérêt se fait sous le prisme de la double dimension matérielle et psychologique. Mais, s'il est avantageux pour le juge béninois que l'intérêt supérieur de l'enfant soit clairement défini, par le législateur, il n'en demeure pas moins délicate la mise en œuvre du contenu des critères qui le formalisent. Ceux-ci sont discutables et aléatoires, au point que l'on peut douter de l'objectivité de l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère. L'étude a permis de constater que, si au regard des faits, beaucoup d'enfants sont placés dans des situations où on pourrait envisager le déplacement de l'autorité des parents vers les tiers, par voie de délégation, la pratique judiciaire en la matière n'est tout aussi florissante. Aussi la forte propension à vivre en concubinage rend les choses plus complexes. L'enfant, a une super puissance au sein de la famille. La loi étant laconique sur les circonstances et l'intérêt supérieur de l'enfant, le pouvoir du juge devient très élevé et la délégation de l'autorité parentale devient une construction hautement jurisprudentielle.

Quel sens faut-il donner enfin aux différents éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant, surtout lorsque sont en présence différents autres intérêts, comme l'intérêt du couple et

¹⁶⁷ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9ème éd., Montchrestien, Paris, 2006, p. 14.

¹⁶⁸ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 99.

l'intérêt de la famille... ? La recherche et la réalisation d'un certain équilibre entre lesdits intérêts va alors s'imposer ; en ce moment, elle ouvre la perspective d'une autre étude.



Quelles réponses face à la violence terroriste au Cameroun : regard croisé sur une politique criminelle en quête de repères

What reponses to terrorist violence in Cameroun : a cross-view on a criminal policy in search of benchmarks

Par : Page | 123

ABA'A ELLA Pierre

Docteur Ph.D en Droit privé

Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Yaoundé II (Cameroun)

Résumé :

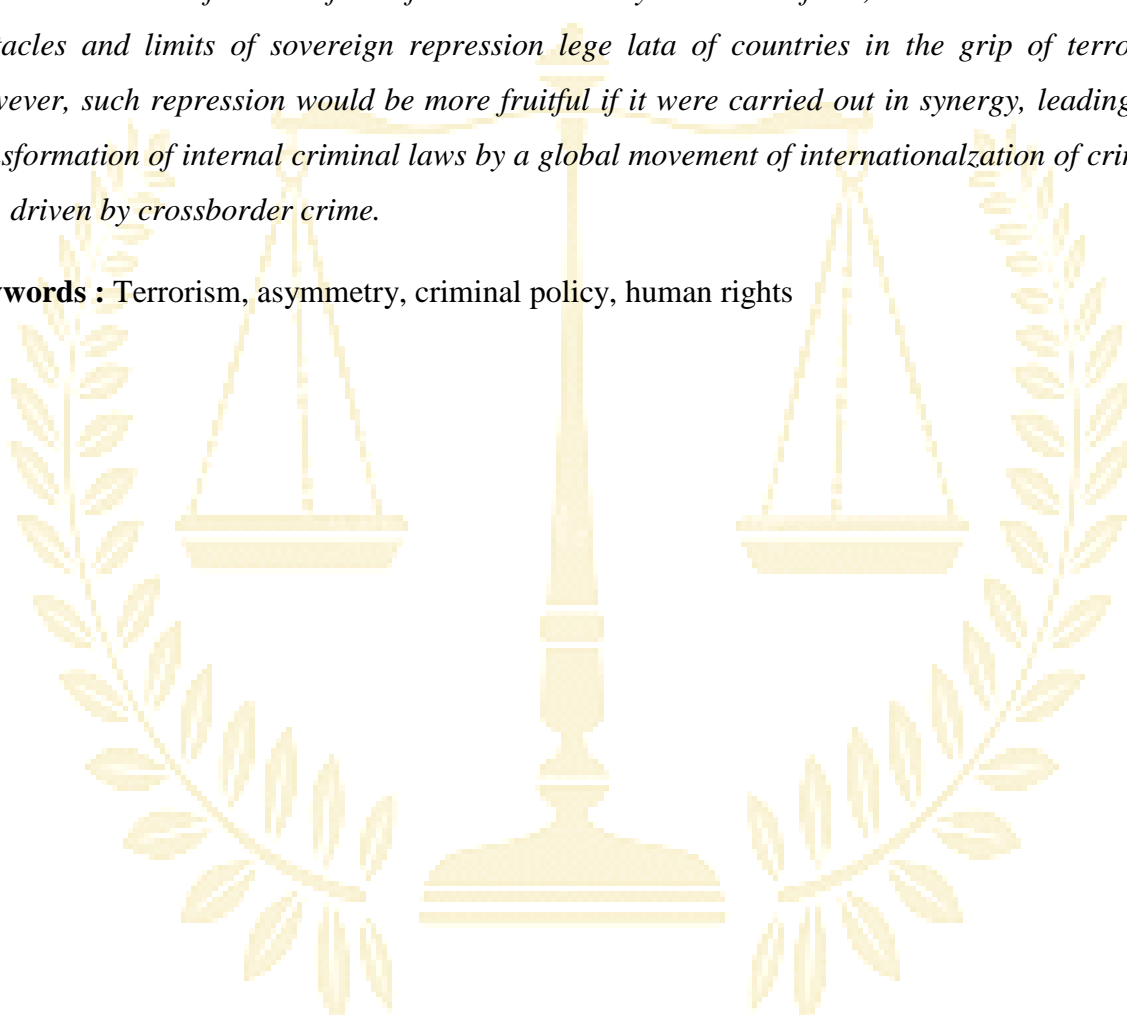
Il serait illusoire de scruter la problématique de développement sans marquer un arrêt sur les questions d'insécurité en général, et plus singulièrement de l'insécurité générée par la violence terroriste. L'orientation de ce travail de recherche trouve ainsi sa pertinence dans la difficulté à éradiquer la violence terroriste précisément, à cause de son caractère transfrontalier et asymétrique. Caractère qui appelle à une prise en compte des conflits de lois qui peuvent en résulter, en considération des obstacles et limites d'une répression souveraine de lege lata des pays en proie au terrorisme. Pourtant, une telle répression serait plus porteuse si elle était menée en synergie, aboutissant à une transformation des droits pénaux internes par un mouvement global d'internationalisation du droit pénal, impulsé par la criminalité transfrontalière.

Mots clés : Terrorisme, asymétrie, politique criminelle, droit de l'homme

Abstract :

*It would be illusory to scrutinize the issue of development without pausing on questions of insecurity in general, and more particularly the insecurity generated by terrorist violence. The orientation of this research work thus finds its relevance in the difficulty of eradicating terrorist violence precisely because of its cross-border and asymmetrical character. Character which calls for consideration of the conflicts of laws which may result therefrom, in consideration of the obstacles and limits of sovereign repression *lege lata* of countries in the grip of terrorism. However, such repression would be more fruitful if it were carried out in synergy, leading to a transformation of internal criminal laws by a global movement of internationalization of criminal law, driven by crossborder crime.*

Keywords : Terrorism, asymmetry, criminal policy, human rights



Introduction

Le monde est de plus en plus dangereux car, « depuis les premiers temps de l'histoire le phénomène criminel n'a cessé de se manifester dans toutes les civilisations et dans tous les lieux de la terre »¹. De toute évidence, le phénomène criminel semble avoir pris au XX^e siècle une ampleur ignorée des siècles passés. Insurrections, contestations politiques ou protestations sociales, prise d'otage et terrorisme meublent désormais le quotidien des sociétés modernes. Le phénomène terroriste s'illustre par une construction d'une criminalité en réseau dont la porosité des frontières est un atout majeur. Les activités terroristes tirent ainsi profit de la nature principalement interne des droits pénaux, au mépris du caractère transfrontalier de ce phénomène, impactant négativement la répression de cette forme de criminalité. « Tel est le constat unanimement admis à l'orée d'un troisième millénaire guetté par une extrême insécurité réelle ou virtuelle doublée d'une inflation de normes dans tous les domaines »².

Page | 125

Pris de court par un phénomène terroriste grandissant, les Etats pris dans l'étau de cette criminalité semblent pencher davantage pour l'option militaire plus éclatante, que l'option judiciaire dont l'arsenal de dispositifs pénaux, notamment le droit pénal humanitaire, semble moins visible. Pour faire simple, la première option propose d'user des armes pour éliminer les terroristes, la seconde propose de les taire pour sauver des vies. Il va sans dire que cette dichotomie réactionnelle, face à ce phénomène, pousse à se demander si l'acte terroriste n'est qu'un acte criminel nécessitant l'intervention de la justice ou une attaque qui nécessite une déclaration de guerre. Loin d'opposer guerre et justice, ce questionnement vise davantage à mettre en exergue cette variabilité des réponses étatiques face aux nouveaux défis de la politique criminelle, et davantage la difficile maîtrise des nouvelles guerres dites asymétriques.

C'est ici que la construction d'un cadre théorique idoine oblige à faire appel aux concepts de fonctionnalisme et de politiques publiques, afin de mobiliser la coopération gouvernementale globale, comme grilles théoriques d'analyse et d'interprétation de l'action pénale des Etats face à la montée du terrorisme. D'ailleurs, pour analyser cette problématique centrale portée par le titre en référence, deux principales hypothèses seront mises à contribution. La première est inhérente

¹ MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel*, édition Cujas, 1967, p. 21.

² GARNIER (J.-P.), HOURS (B.) et TAMBA (S.), « Sécurisation et globalisation », *L'homme et la société*, n° 155, 2005, p. 9.

à la prééminence des options législatives disparates (I). La seconde insiste sur la nécessité d'une adaptation des stratégies guerrières classiques aux normes régissant les conflictualités modernes (II). Toute chose ayant pour finalité de ramener à la mesure, la démesure des actes terroristes perçus « *comme un fait saillant et perturbant dans ce recours sans discernement et sans retenue à une violence déployée contre des cibles civiles ou non, et justifiée au nom de la religion, de la nation ou d'autres loyautés* »³.

I- LA NECESSITE D'UNE HARMONISATION DES DISSONANCES JURIDIQUES CLASSIQUES

Notion inhérente à la métaphore musicale, l'harmonisation désigne la mise en accord des notes disparates, afin de créer une mélodie. L'harmonisation permet ainsi d'éliminer les dissonances et de donner un rythme certain à une composition. Dans le champ juridique, harmoniser c'est mettre « *en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle* »⁴. Il s'agit donc à la fois d'une opération complexe et risquée. Complexe, en ce qu'elle oblige par-delà la diversité des cultures et les idéologies politico- normatives différentes, à rechercher un plus petit dénominateur commun, fondateur de cette harmonie recherchée. C'est enfin une entreprise risquée car pouvant entraîner une « *désétatisation du droit pénal* »⁵ qui sonnerait le glas du souverainisme classique, puisque « *l'enchevêtrement des espaces normatifs induit des mouvements d'autant moins contrôlables qu'ils échappent de plus en plus aux États* »⁶.

Quoi qu'il en soit, le « *dépassement de l'idée d'une souveraineté exclusive de chaque système pénal* »⁷ semble de plus en plus imposé par une criminalité transfrontalière grandissante, dont le terrorisme fait aujourd'hui office de référence. Dans ce contexte, l'emprise du droit sur le déferlement de la violence, mais surtout de la violence engendrée par le phénomène terroriste, demeure dérisoire dans une société dépourvue d'intégration⁸. Ainsi, sans toutefois renier les

³ CAMPANA (A.) et HERVOUET (G.) (dir.), *Terrorisme et insurrection*, PUQ, 2013, p. 41.

⁴ CORNU (G.), (dir), *Vocabulaire juridique*, 10e éd, « quadrige », PUF, 2014, p. 505.

⁵ NTONO TIMI (G.), *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains*, Thèse, Université de Yaoundé 2, 2012, p. 344.

⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Liberté et sécurité dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

⁷ ABA' A ELLA (P.), *Internormativité des systèmes pénaux du bassin du Lac Tchad dans la répression du terrorisme Boko Haram*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2021, p. 18.

⁸ BETTATI (M.), *Le terrorisme les voies de la coopération internationale*, Odile Jacob, 2013, p. 11.

formes classiques de composition de normes pénales, socle du pluralisme juridique, il est possible de construire dans cette diversité normative une véritable harmonie pour agresser des problématiques communes. Notamment, la criminalité transfrontalière dont la forme la plus perfide jusqu'ici reste le terrorisme transfrontalier. C'est dire pour faire simple, qu'« *il est possible de renoncer à un pluralisme de séparation, sans adhérer pour autant, au nom d'une sorte de pluralisme de fusion, à l'utopie de l'unité juridique du monde* »⁹.

Annihilée par la diversité des cultures et l'opposition des intérêts, l'érection d'une véritable harmonisation des dissonances législatives tarde à prendre de l'ampleur dans le champ répressif du terrorisme. Aussi, ces dissonances juridiques ne peuvent être contournées que par une mise en convergence des séquences législatives disparates (A), pour une mise en œuvre des mécanismes de coopération judiciaire plus élaborés (B).

A- La mise en convergence des séquences législatives disparates

C'est un truisme d'affirmer qu'aucune législation, dans aucun pays, ne peut avoir la prétention d'une maîtrise intégrale du phénomène criminel. Toutefois, il faut admettre que chaque proposition législative dans le champ pénal est une contribution pour l'édification d'une société davantage policée. Ce séquençage législatif cognitif ne traduit donc pas fondamentalement une dissonance normative, mais une diversité dans laquelle se trouve incrustée dans l'apparente dispersion des réponses, la solution au phénomène criminel en général. Ce relativisme des réponses pénales semble d'ailleurs consacrer « *une sorte d'érosion du monopole étatique* »¹⁰ en matière sécuritaire.

D'ailleurs, « *le premier intérêt du droit pénal est de permettre d'accéder à une meilleure connaissance du droit pénal général, chaque pays ne possédant à un moment donné de son histoire qu'une conception déterminée du droit criminel* »¹¹. Mais alors, comment mettre en convergence ces séquences législatives disparates « *par-delà la diversité des cultures et l'opposition des intérêts* »¹². Il faut cependant reconnaître que cette mise en convergence s'exprime déjà aux travers des

⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Le pluralisme ordonné les forces imaginantes du droit*, tome 2, couleur des idées, 2006, 304 p.

¹⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Liberté et sécurité dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 198.

¹¹ PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 2^e éd, Dalloz, 2002, p. 10.

¹² DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (IV)- Vers une communauté de valeurs ?* Édition du Seuil, février 2011, p. 7.

traités et accords internationaux, même si leur applicabilité repose davantage sur le processus d'élaboration que sur leur opposabilité aux sujets de droit¹³. Quoi qu'il en soit, cette mise en convergence repose fondamentalement sur un rapprochement significatif de la coopération judiciaire (2), dont il importe au préalable de revisiter les contours (1).

1- L'examen préalable des formes classiques de coopération judiciaire

La coopération judiciaire traduit de manière évidente, l'idée même d'un dépassement d'une souveraineté exclusive de chaque système pénal. En effet, initialement perçue comme le caractère suprême du pouvoir étatique, le souverainisme pénal est de plus en plus dilué par ses engagements internationaux¹⁴. Cette érosion du monopole étatique est perceptible en matière judiciaire. Ainsi, le juge en matière pénal peut décliner sa compétence lorsqu'il est saisi d'une infraction transnationale, et se déclarer incompétent soit partiellement et solliciter l'entraide judiciaire, soit totalement et procéder à l'extradition. S'agissant de l'entraide judiciaire, l'un des avantages est qu'elle peut revêtir des formes très diverses. L'Etat requérant peut demander à ce qu'un individu soit entendu et qu'il fasse une déposition, ou qu'il soit mis à la disposition des autorités judiciaires. Les perquisitions sont également utilisées afin de rechercher des éléments de preuve. Enfin, cette coopération judiciaire peut se traduire par la surveillance, l'interception ou l'enregistrement de toute activité.

Quant à l'extradition, elle reste soumise aux conditionnalités plus rigoureuses. En effet, perçue comme une « opération par laquelle un Etat remet, sur sa demande, à un autre Etat, un individu qui se trouve sur le territoire du premier mais qui, pénalement poursuivi ou condamné par le second, est réclamé par celui-ci pour y être jugé ou subir sa peine »¹⁵. L'objectif étant ici de ne pas extraditer une personne mise en cause dans un procès pénal vers un pays où sa vie serait menacée. Pour faire simple, il faut donc que la juridiction pénale saisie sollicite l'aide de l'Etat étranger, à moins que ce dernier n'accepte l'intervention des agents de l'Etat du juge saisi du procès pénal sur son territoire. Tel est l'essence même de l'entraide judiciaire, perçue de manière triviale comme une collaboration occasionnelle entre des juridictions d'Etat distincts. Il s'agit d'un

¹³ BOUKONGOU (J. D.) et TCHEUWA (J.-C.), (dir), *De la paix en Afrique au XXIe siècle*, Presse de l'UCAC, 2007, p. 98.

¹⁴ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 13e édition, Dalloz 2001, p. 541.

¹⁵ CORNU (G.), (dir), *Vocabulaire juridique*, 10e éd, « quadrigé », PUF, 2014, p. 441.

mécanisme par lequel les Etats coopèrent entre eux, afin d'obtenir des preuves nécessaires aux enquêtes et poursuites pénales.

2- Le rapprochement significatif des mécanismes de coopération judiciaire

Page | 129

Le terrorisme ne connaît pas de limites, ne vise aucune nationalité particulière, ne respecte aucune religion et il n'admet aucune exception. La nature du terrorisme a aussi changé. Jadis perçu comme une menace au niveau des États, il constitue désormais un phénomène international. Face à cette menace, l'urgence d'une synergie répressive est plus que nécessaire. D'ailleurs, cette recrudescence des crimes transfrontaliers traduit une inadaptation des mécanismes jusqu'ici déployés. Dans ce contexte, l'idée d'un rapprochement significatif des mécanismes de coopération judiciaire ne semble plus être une option, mais une nécessité imposée par le caractère transfrontalier de la criminalité terroriste. Les institutions judiciaires jouent ici un rôle important en matière de répression du terrorisme international. Cette efficacité étant fortement dépendante du degré d'application de l'adage *aut dedere aut judicare*.

Prévu dans les conventions et protocoles universels contre le terrorisme, le principe *aut dedere aut judicare* cherche à garantir une répression certaine des infractions internationales en général, et du terrorisme en particulier. L'article 8 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997) prévoit à cet effet que l'Etat partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction est tenu, s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire, sans retard excessif et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale selon une procédure conforme à la législation de cet État. Cette compétence universelle est également visée dans la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU. En effet, l'alinéa (e) de son paragraphe 2 oblige les États à veiller à ce que toutes personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apportent un appui soient traduites en justice. Ce principe reste tout aussi perceptible de manière indirecte, dans les résolutions 1456 (2003), 1566 (2004) et 1963 (2010) précisant l'obligation pour les États de traduire les terroristes en justice.

Quoi qu'il en soit, cette compétence universelle ainsi consacrée peut être soit obligatoire, soit facultative. Elle sera dite obligatoire lorsqu'elle est mobilisée en fonction de certains crimes

que les États sont tenus de poursuivre. C'est le cas pour les crimes de génocide, les crimes de guerre et de manière encore embryonnaire, le terrorisme. En effet, si la convention ne stipule pas que la compétence universelle soit invoquée sans considération du lieu de commission de ces crimes, le juge pénal peut toujours s'auto saisir. Ainsi, par une interprétation *lato sensus* de l'adage *aut dedere aut judicare*, ce dernier peut se déclarer compétent, justifiant ainsi une compétence universelle obligatoire.

B- La difficile application de l'extradition en matière terroriste

L'extradition est la plus ancienne forme de coopération internationale en matière pénale. Elle est reconnue comme un instrument efficace de collaboration répressive internationale. Il s'agit selon les lexique juridique, d'une procédure d'entraide répressive par laquelle un Etat, appelé Etat requis, accepte de livrer un délinquant qui se trouve sur son territoire à un autre Etat, l'Etat requérant, pour que ce dernier puisse juger cet individu ou, s'il a déjà été condamné, pour lui faire subir sa peine¹⁶. Il s'agit d'une mesure de coopération qui affecte directement la liberté des individus, et qui connaît une application difficile. Une difficulté inhérente à une perception à géométrie variable du phénomène (1) dont l'atténuation est recherchée par l'application extraterritoriale de la loi pénale (2).

1- Une difficulté inhérente aux perceptions discursives de l'acte terrorisme

Pour le juriste, définir c'est extraire le sens qu'attache le droit à un terme¹⁷. Définir permet donc de saisir un terme, de le fixer pour le distinguer aisément d'un autre terme. On peut cependant distinguer les définitions terminologiques des définitions réelles. Les premières ont pour finalité d'établir des catégories juridiques par des critères associés, les deuxièmes énoncent la signification du mot et forgent un langage codé pour la lecture d'un texte, en livrant le sens d'un terme, et en plaçant un signifié sous chaque signifiant¹⁸.

Ainsi, concevoir une définition de l'acte terroriste et l'inclure dans un système juridique vise trois principaux objectifs. Le premier est de confirmer son identité juridique en tant

¹⁶ GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 13^e édition, Dalloz 2001, p. 541.

¹⁷ CORNU (G.), (dir), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, « quadriges », PUF, 2014, p. 311.

¹⁸ GHANEM-LARSON (A.), *Essai sur la notion d'acte terroriste en droit international pénal*, Thèse, Université d'AIX-MARSEILLE-III, 2011.

qu'infraction. Le deuxième est de garantir son indispensable jugement, et le troisième enfin est de rechercher et de traduire les auteurs de ces actes devant les juridictions compétentes. De fait, l'absence d'une définition juridique universellement admise ne milite pas en faveur d'une répression concertée, puisque l'opération de qualification toute entière en dépend. Ainsi, la question de terrorisme pose un réel problème dans la perception même de cette criminalité qui se caractérise par son extrême variabilité et son édulcoration politique et religieuse.

Ainsi, pour certains auteurs, l'intrusion étrangère a favorisé la naissance des mouvements terroristes islamiques, réfractaires à la reconfiguration des espaces musulmans imposés par les grandes puissances européennes. « *C'est pourquoi on peut affirmer que la crise de l'État indépendant dans l'espace moyen-oriental, qui est une crise de l'ordre politique dominant, est génératrice de violence politique en général et du terrorisme en particulier* »¹⁹.

2- Une difficulté atténuée par l'application extraterritoriale de la loi pénale

La mise en œuvre des compétences extraterritoriales repose sur certains préalables fondés à la foi sur l'existence d'un lien entre l'auteur ou la victime de l'infraction et le pays qui exerce la compétence²⁰. On parle de critère de rattachement en vertu duquel, la Convention de Genève de 1949 souligne que chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues et de les déférer devant ses propres tribunaux. L'extraterritorialité de la loi pénale peut reposer soit sur la nationalité du délinquant. C'est ce qui fonde le principe de nationalité active encore appelé compétence personnelle active. Soit alors sur la nationalité de la victime de l'infraction. On parle dans ce cas de compétence personnelle passive²¹. Bien plus, l'extraterritorialité de la loi pénale peut se justifier par la nécessité sécuritaire. Celle-ci repose sur le principe de protection de l'État, supplantant même les droits et libertés individuels, puisque « *la liberté et la sécurité sont garanties à chaque individu dans le respect [...] de l'intérêt supérieur de l'État* »²².

¹⁹ CAMPANA (A.) et HERVOUET (G.) (dir.), *Terrorisme et insurrection*, PUQ, 2013, p. 41.

²⁰ HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, LGDJ, 2005.

²¹ Lr. HENZELIN (M.), *Le principe de l'universalité en droit pénal international*. Collection genevoise, Bruylant 2000.

²² Lr. Préambule de la Constitution du Cameroun, du 2 juin 1972 révisée par la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996).

Le droit camerounais reste particulièrement attaché à cette détermination de la compétence, basée sur l'éclatement de l'élément infractionnel, même s'il reste limité par le principe de réciprocité introduit dans le Code de procédure pénale²³. En effet, à la lecture de l'article 695-1(a) du Code de procédure pénale camerounais, les juridictions camerounaises sont compétentes pour juger tout camerounais ou résident qui, hors du territoire national, s'est rendu coupable, comme auteur, co-auteur ou complice d'un fait qualifié crime ou délit par la loi camerounaise, à condition qu'il soit punissable par la loi du lieu de commission.

In fine, le caractère répugnant de certains crimes, notamment le terrorisme a permis de penser d'autres mécanismes de coopération plus favorables à une application extraterritoriale de la loi pénale. C'est le cas avec le principe de l'universalité qui oblige tous les États à la répression de certains actes, peu importe l'endroit où ils ont été commis et/ou la nationalité des délinquants ou des victimes. C'est dire, pour faire simple que trois critères ou principes gouvernent l'application extraterritoriale de la loi pénale. D'abord le critère de rattachement basé sur le statut de la victime ou de l'auteur du crime, ensuite celui fondé soit sur un lien ou un contact entre le crime et l'État voulant le traduire en justice *locus delicti*, enfin le principe de l'universalité basé sur la gravité de l'infraction.

II-L'EXIGENCE D'UNE ADAPTATION DES DISSONANCES JURIDIQUES AUX CONFLICTUALITES MODERNES

Le monde devient de plus en plus moderne. Tous les secteurs d'activité ont connu un développement technologique exponentiel. Les conflits aussi ont changé de forme, les *modus operandi* se sont substantiellement améliorés. Aujourd'hui avec le terrorisme global ou l'hyper terrorisme, les États doivent faire face à de nouveaux délits dans ce « village planétaire » où la menace pour la sécurité de l'un, impacte sur celle de tous. Désormais, « *plus qu'un choix, l'émergence d'une politique pénale nouvelle plus adaptée à la complexité du terrorisme et au nouveau paradigme sécuritaire, est une nécessité* »²⁴. Tout compte fait, faire face aux conflictualités modernes gouvernées par l'asymétrie, oblige à repenser les mécanismes traditionnels du droit pénal, ou de penser une philosophie pénale nouvelle mieux adaptée à ce

²³ Cf. article 643 al 2 Code de procédure pénale camerounais.

²⁴ MEBU CHIMI (J.C), « Les auspices de la loi N° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », *RASJ*, 2014, p. 10.

système complexe des guerres asymétriques (A). D'ailleurs, plus qu'une option, cette adaptation est une nécessité car, elle met en exergue un infracteur fort controversé dans le champ pénal (B).

A- Une adaptation imposée par le système complexe des guerres asymétriques

On ne peut ignorer l'influence de la doctrine dans l'élaboration des politiques criminelles. La question de savoir comment organiser le processus de défense social a de tout temps été une préoccupation majeure pour les pénalistes. Les positions, il faut le reconnaître, ne font pas l'unanimité, surtout lorsqu'il faut convoquer des concepts nouveaux dont celui de l'asymétrie. Cette configuration tend à transformer en profondeur les mécanismes du contrôle social (1), avec en prime un revirement autoritaire de la politique pénale perçu comme effet indésirable dans le vaste processus d'humanisation du droit pénal (2).

Page | 133

1- Les transformations du contrôle social par l'effet du terrorisme

Le crime est un phénomène social, et « *les dangers ont existé de tout temps et en tout lieux, mais les attentats du 11 septembre en ont peut-être changé la perception, et ont en tout cas modifié les réactions* »²⁵. La criminalité terroriste s'est aujourd'hui propagée dans le monde, embrasant toutes les civilisations occidentales, voire africaines, toutes les idéologies capitalistes ou libérales, et même tous les régimes démocratiques ou communistes. La criminalité terroriste, à l'analyse, ne semble pas être sans rapport avec la renaissance de la prééminence du positivisme pénal dans la politique sécuritaire actuelle. Toutefois ce glissement vers une politique criminelle dure par le processus de transformation du contrôle social n'est que ponctuel. Fort heusement d'ailleurs, car elle sonnerait pour ainsi dire la fin de l'État de droit.

Quoi qu'il en soit, la question sécuritaire est aujourd'hui au cœur de tous les débats, surtout avec la recrudescence du terrorisme global. Cette polarisation autour du paradigme sécuritaire a sans doute déplacé le curseur qui maintenait l'équilibre du couple liberté et sûreté dans le champ pénal. Ces transformations qui affectent aujourd'hui le champ pénal résultent à l'évidence d'une mutation des politiques criminelles. Elles demeurent en effet, fondées sur le paradigme de l'ennemi se basant essentiellement sur l'idée que les règles juridiques en vigueur doivent connaître une application à géométrie variable, en fonction des degrés de dangerosité du délinquant. Le

²⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Liberté et sécurité dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 12.

paradigme de l'ennemi, loin d'être abstrait ou potentiel, a influencé la stratégie de lutte contre le terrorisme international, adoptée par de nombreux pays après le 11 septembre 2001²⁶.

2- Le revirement autoritaire de la politique pénale

Page | 134

La répression de la criminalité terroriste a considérablement influencé le champ pénal par un durcissement de mesures, dans l'optique de rendre cette lutte plus efficace. Mais cette politique réactionnaire du législateur camerounais donne matière à s'interroger sur les facteurs déterminants de l'orientation des politiques criminelles. Ainsi, à la lecture de la loi antiterroriste de 2014, la garde à vue ne semble pas limitée puisqu'elle requiert juste l'autorisation du Commissaire du gouvernement dont les pouvoirs en la matière semblent illimités²⁷. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'article 11 de la loi susmentionnée précise que 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. Toutefois ces mesures dérogatoires ne se limitent pas à la garde à vue, même la détention provisoire en est affectée.

La détention provisoire est une mesure ordonnée à titre exceptionnel, par un ou plusieurs magistrats du siège, permettant d'incarcérer une personne présumée innocente jusqu'à sa condamnation définitive dans les cas et selon les conditions prévues par la loi²⁸. Cette mesure trouve sa légitimité dans la préservation des intérêts divers, notamment l'ordre public, la sécurité de la personne présumée coupable qui risque parfois les affres de la vindicte populaire. La détention provisoire permet aussi de garantir sa représentation durant tout le procès et constitue même une mesure conservatoire puisqu'elle permet de sécuriser les biens.

Ainsi, ce revirement autoritaire face à la menace terroriste, est également observable en France par l'usage d'une punissabilité anticipée, avec notamment « *la rétention de sûreté, adoptée le 25 février 2008, qui permet de maintenir un condamné en détention, après exécution de la peine, pour une durée d'un an, renouvelable indéfiniment, sur le seul critère de la dangerosité* »²⁹. C'est

²⁶ PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain: un débat international », *RSC*, 2009, p. 3 ; Lr. COURMONT (B.) et DORKO RIBNIKAR, *Les guerres asymétriques, conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces*, 2^{ed}, Dalloz 2009.

²⁷ MONEBOULOU MINKADA (H. M.), « Le terrorisme au Cameroun : d'une loi confuse à l'émergence d'un droit pénal terroriste », *Revue Burkinabé de Droit*, n° 53, 2^e Semestre, 2017, p.285.

²⁸ GUERY (G.), « Détention provisoire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2013.

²⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Liberté et sécurité dans un monde dangereux*, *op. cit*, p 7.

également le cas aux États-Unis depuis les attentats du 11 septembre 2001, avec la résolution du Congrès du 18 septembre 2001 qui a permis l'adoption du *Patriot Act* du 25 octobre 2001, et en Allemagne avec la survivance de la loi de 1933 consacrant l'internement de sûreté.

B- Une adaptation influencée par un acteur infracteur controversé

La donnée psychologique de la criminalité terroriste n'est pas sans rapport avec la perception de cet infracteur. En effet le sentiment de terreur générée par cette criminalité influence significativement le droit pénal, entraînant sans vergogne un « *mimétisme d'une contre-violence qui en nourrit d'autres et fini par contaminer tout le système* »³⁰. Les manifestations sont diverses, « déshumanisation » du droit pénal substantiel, durcissement du droit pénal procédural, radicalisation des mesures du contrôle social, qui finissent par construire une « *société du risque* »³¹. Deux phénomènes sont à l'origine de cette cristallisation de la figure du terroriste. Le premier procède par une surenchère de la peur par l'effet médiatique du terroriste (1), alors que le second cherche à rassurer la victime par un déferlement compassionnel, induisant une véritable levée de bouclier contre les terrorismes (2).

1- La cristallisation de la terreur par la propagation médiatique de la peur

La peur n'est pas exclusivement nourrie par le seul sentiment d'insécurité qu'elle génère, mais aussi par la difficulté qu'il ya à l'identifier précisément. Cherchant dès lors, un socle sur lequel elle peut se répendre, la peur se déporte sur autrui, l'autre, le terroriste, l'ennemi. Et « *quand autrui fait peur, la peur tend vers l'exclusion, et les murs ne restent pas toujours invisibles ou transparents* »³². Mais pour se répendre, et susciter un sentiment de terreur, la peur a besoin d'un interface. La surmédiatisation actuelle des crimes de masse, des prises d'otage et d'attentats a donné au terrorisme matière à s'imposer comme véritable actualité éternelle. Et avec le développement des TIC, c'est plus qu'un interface mais un univers cybernétique qui s'offre au terrorisme.

En effet, « *sur l'écran des télévisions ou des ordinateurs, éclatent des conflits inédits – terrorisme-spectacle... des souris et des bombes, tels risquent d'être les symboles du monde de*

³⁰ MONOD (J.-C.), *Penser l'ennemie affronter l'exception. Réflexions critiques sur la pensée de Carl Schmitt*, Paris, La Découverte, 2007, p. 173-174.

³¹ BECK (U.), *La société du risque* [1986], Paris, Flammarion, « Champs », 2e éd ; 2008.

³² BECK (U.), *op. cit.*, p. 225.

demain »³³. L'influence des campagnes médiatiques n'est donc pas à ignorer. En effet, les machines à communiquer valent des machines de guerre : l'expansion des technologies douces s'accompagne de conflits durs où l'information sera à la fois arme, enjeu et cible.

Ainsi, lorsque l'écran cesse de faire ombrage, l'exercice abusif du rapport de force des terroristes sur leur victime est consacré. Cette analyse du rôle des médias sur le déferlement de la peur et la cristallisation de la terreur démontre l'existence d'intérêts contradictoires en apparence. D'une part, le droit à l'information, droit fondamental car, les populations ont le droit de savoir comment l'Etat au quotidien assure la défense des personnes et des biens ; et procéder à la rétention d'informations en période de crise sécuritaire, afin d'éviter de créer une panique nationale dont les effets seraient difficilement contrôlés par les pouvoirs publics d'autre part. En effet, « *la critique des réponses ne cache la réalité du problème. Si certains dangers sont parfois surévalués, il reste que l'insécurité n'est pas seulement un sentiment subjectif alimenté par les discours politiques et médiatiques* »³⁴.

2- La diabolisation du terroriste par le déferlement compassionnel de la victime

Le besoin de rassurer la victime par une sorte de diabolisation du terroriste est à l'origine forcément de cette tendance victimologique de la criminologie. Ce déferlement compassionnel se développe dans un « brouillage terminologique » qui trouve sa traduction dans l'introduction de concepts nouveaux, dont celui de la dangerosité et de l'ennemi dans le champ pénal. Désormais, la condamnation du délinquant n'est plus relative à sa culpabilité, mais plutôt de sa dangerosité qui n'est qu'une simple présomption³⁵. C'est ici que le contrôle de l'autorité judiciaire, n'est qu'un leurre dès lors qu'il porte non sur la preuve de culpabilité, mais sur un diagnostic de la dangerosité – et le principe de l'interement fondé sur un tel diagnostic – et un pronostic de récurrence, donc une simple probabilité qui, par son incertitude même, exclu la preuve contraire³⁶.

³³ HUYGHE (F-B.), *Ecran / Ennemi, terrorisme et guerre de l'information*, Edition 00H00, Paris, 2002. Disponible sur le site <http://www.00H00.com>

³⁴ CHAMOISEAU (P.) et GISSANT (E.), *Quand les murs tombent. L'identité nationale hors la loi ?*, Paris, Galaad, 2007, pp. 8-9.

³⁵ Lt. PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain: un débat international », *RSC*, 2009 ; ZAFFARONI (E.R.) « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009 ; LAZERGES (C.) et HENRION-STOFFEL (H.), « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi » *RSC*, 2016.

³⁶ DELMAS-MARTY (M.), « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 2009, p. 25.

C'est ici que la rigueur du droit pénal devient un instrument de communication politique, message de sympathie adressé à chaque victime d'un événement médiatisé³⁷. Néanmoins, cette application de la victimologie de circonstance semble réduire le droit pénal à une sorte de science policière et stratégie guerrière, définissant les menaces et profilant les personnes à risques³⁸. L'urgence d'un retour à plus d'humanisation du droit pénal devient plus que nécessaire car, elle permettrait de mettre en accord répression terroriste et préservation des droits et libertés³⁹. Il s'agit pour faire simple de ramener à la mesure, les tendances démesurées du droit pénal embourbé dans des tournures métaphoriques de l'ennemi et de l'inhumain. Toute chose qui semble consacrer le retour au registre de monstre ou de bestialité pour désigner les délinquants sexuels ou les terroristes afin d'aboutir à une déshumanisation du criminel⁴⁰.

Conclusion

Rendu aux termes de notre analyse des réponses étatiques face à la criminalité terroriste, une première difficulté reste aisément perceptible, précisément celle de l'appréhension même de ce phénomène. Difficulté consacrée par l'application de politiques pénales discursives. Bien plus, la prééminence de l'élément moral dans la constitution de cette infraction par l'existence d'un « *double dol spécial immuable et d'un élément matériel changeant, évolutif et multiple compliqué tout processus d'identification et de qualification juridique* »⁴¹.

La seconde difficulté est liée à une double influence. D'une part objective par la difficile maîtrise des conflictualités asymétriques et subjective par l'avènement d'un infracteur controversé dans le champ pénal d'autre part. C'est donc à l'aune de cette appréciation mitigée des réponses pénales que l'urgence d'une harmonisation des dissonances juridiques s'est imposée comme palliatif de l'appréhension discursive de l'acte terroriste. Harmonisation qui permettrait de mettre « *en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle* »⁴². Cette étude propose de penser une nouvelle rationalité pénale, ou de repenser la rationalité pénale

³⁷ CHAMOISEAU et GISSANT, *op cit*, p. 21.

³⁸ BAUER (A.), « Déceler-étudier-former : une nouvelle pour la recherche stratégique », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 2008.

³⁹ Lt. MUCCHIELLI (L.), « Une nouvelle 'criminologie' française : pour quoi et pour qui ? », *RSC*, 2008/n° 4, p. 795.

⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Liberté et sécurité dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010, p. 26.

⁴¹ GHANEM-LARSON, *op. cit*, p. 606.

⁴² CORNU (G.), *op. cit*, p. 505.

en tenant compte de tous les systèmes de droit, « *par-delà la diversité des cultures et l'opposition des intérêts* »⁴³.

Cette hybridation pénale du droit pénal dans la quête d'une réponse opérationnelle à la criminalité terroriste ne semble plus être une option. Elle l'est d'ailleurs encore moins à l'ère de l'humanisation du droit pénal et les influences inhérentes au caractère asymétrique et transfrontalier du phénomène terroriste⁴⁴. D'ailleurs, le changement de paradigme impose un changement des politiques répressives, voire de politique criminelle, qui oblige de penser une forme nouvelle de souverainisme assis sur l'idée de dépassement d'une souveraineté exclusive. Ce qui favorise la compréhension et l'évaluation des interactions dans l'espace pénal, induisant une transformation des droits pénaux internes par un vaste mouvement d'internationalisation du droit pénal, impulsé par la criminalité transfrontalière.

⁴³ DELMAS-MARTY, 2011 *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ Lr. MARY (PH.), « panser ou penser le pénal », *Actes du colloque*, Montréal, 5, 6, 7 déc. 2007 ; SAÏDA BEDAR, « L'asymétrie comme paradigme central de la guerre américaine », *Le débat stratégique*, n°56, mai 2000.

Les règlements des litiges par voie transactionnelle en matière douanière*Settlement of disputes through transactional methods in customs matters**Par :* Page | 139**LEKANE Micheline**Doctorante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Droit des affaires – Université de Douala (Cameroun)
michlelekane@yahoo.fr**Résumé :**

L'extinction des droits de poursuite et de répression donne généralement naissance à la transaction ainsi qu'à la prescription. Cette extinction des poursuites est d'autant caractérisée qu'elle paraît à la fois la plus constante et la plus puissante en douane. Il s'agit là d'un mode « d'anticipation de la condamnation ». Telle est la technique de répression de l'infraction en douane indépendamment de celle du contentieux douanier répressif impliquant le règlement juridictionnel des litiges douaniers. Ainsi, le souci d'aborder la transaction comme mode alternatif de résolution des litiges douanier reste préoccupant. Cette question suscite l'idée d'envisager l'enjeu du règlement transactionnel et la matérialisation de la transaction douanière.

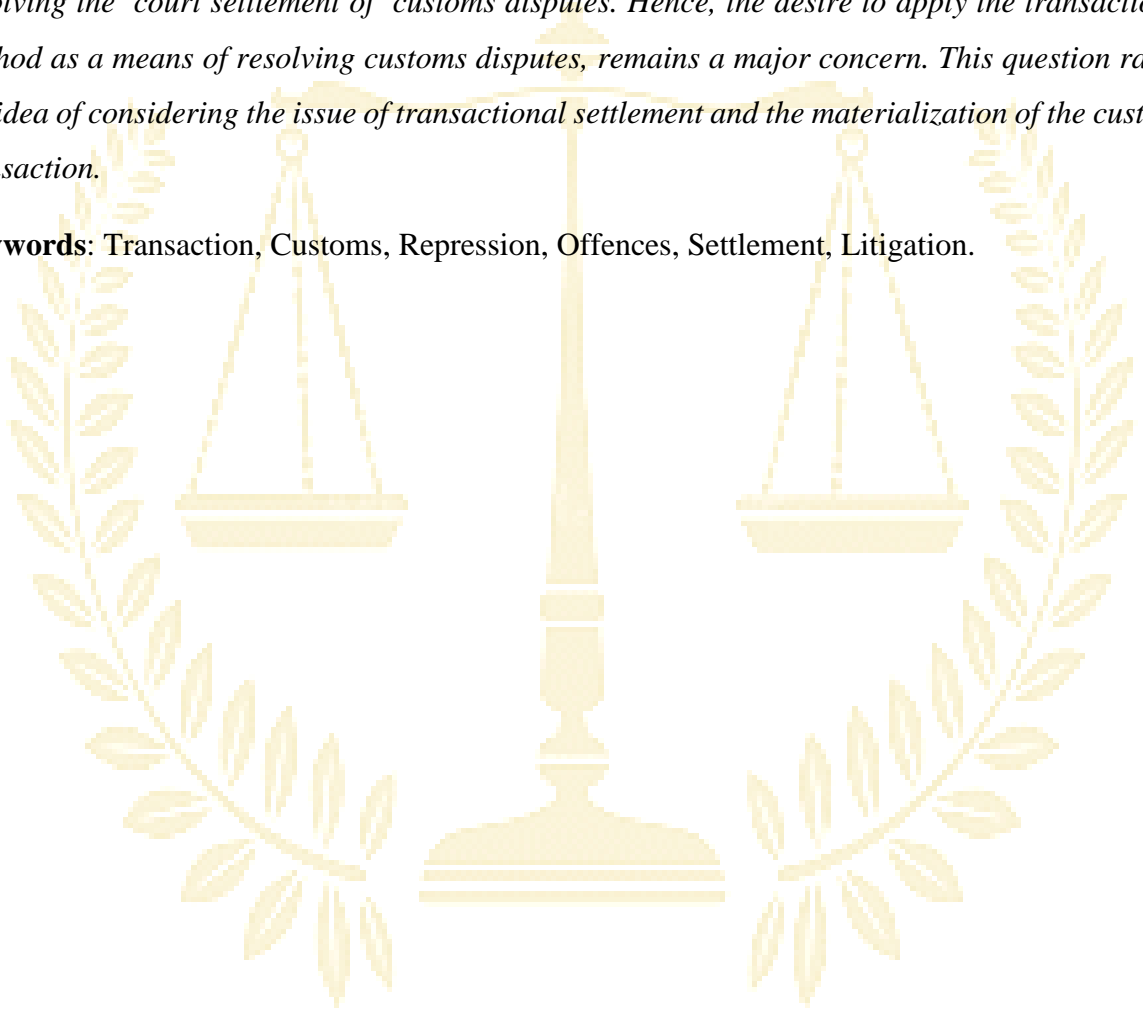
Mots clés : Transaction, Douanes, Répression, Infractions, Règlement transactionnel, Litiges.

Abstract :

The extinction of the prosecution rights and repression generally leads to transactions as well as prescriptions. This termination of proceedings is all the more peculiar in the sense that it is the most constant and the most powerful in customs. This is a mode of “anticipating condemnation”. This is the technique of repression of customs offences, regardless of repressive customs litigation involving the court settlement of customs disputes. Hence, the desire to apply the transactional method as a means of resolving customs disputes, remains a major concern. This question raises the idea of considering the issue of transactional settlement and the materialization of the customs transaction.

Page | 140

Keywords: Transaction, Customs, Repression, Offences, Settlement, Litigation.



Introduction

Il existe diverses manières de régler les affaires contentieuses douanières¹. Mais, il est très souvent remarqué que l'Administration douanière a tendance à choisir la voie la plus rapide, sûre et efficace pour mettre fin aux litiges opposant l'Administration des Douanes et un particulier, puis obtenir réparation du dommage subi. Pourtant, le contribuable préfère la voie la moins onéreuse pour lui. Dans leur très grande majorité, les infractions douanières ne seront jamais portées à la connaissance des autorités judiciaires. Elles se terminent généralement par un règlement transactionnel. Celui-ci répond aux dispositions de droit commun en matière de transaction, prévues aux articles 2044 et suivants du Code civil². En l'absence de transaction, l'Administration des Douanes poursuit les contrevenants à la législation douanière devant les tribunaux et demande aux juges de prononcer les sanctions prévues par la loi. Le droit de transaction, révèle un privilège de l'Administration³ constituant la cause d'extinction la plus fréquente et la plus vigoureuse⁴. En effet, lorsqu'une transaction est conclue avec l'auteur d'une infraction, c'est à la fois l'action publique⁵ et l'action fiscale qui disparaissent radicalement. Assez classiquement, en matière de douane, comme des impôts indirects, il est de principe que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents⁶. Cette règle qui remonte aux premiers temps de la constitution en France a été clairement posée par la législation douanière⁷, de sorte que, sauf à préciser exactement les limites de leur incompétence, les tribunaux administratifs sont radicalement incompétents en matière de litiges douaniers, à moins que ce soit exceptionnellement, en application des principes généraux du droit public. Cependant, soucieuse d'utiliser de manière optimale les instruments non

¹ Mais, il est très souvent remarqué que l'Administration douanière a tendance à choisir la voie la plus rapide et efficace pour obtenir réparation du dommage subi.

² GATSI Jean, *Code civil camerounais*, 5^e édition, 2013, PUL, Article 2044 : «*La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ».

Ce contrat doit être rédigé par écrit » ; Voir également BOUBOU Pierre, *Le Code civil*, p. 201.

³ Dans un sens « matériel », il s'agit d'une activité, celle d'administrer. Dans un sens « organique », on appréhende l'Administration à travers les organes qui exercent l'activité d'administrer. Globalement entendu, l'Administration peut aussi bien être privée que publique.

⁴ Voir en ce sens BEER Claude J. et TREMEAU Henri., *Le droit douanier communautaire et national*, Economica, 6^{ème} édition, p. 669.

⁵ Selon l'article 60 alinéa 2, Code de Procédure Pénale camerounais : « *L'action publique peut aussi être mise en mouvement par une Administration ou par la victime, dans les conditions déterminées par la loi* » ; par ailleurs, l'article 61 alinéa 1 f) du même Code dispose que l'action publique s'éteint par « *la transaction lorsque la loi le prévoit expressément* »

⁶ NJOYA NKAMGA Beauclair, « L'inscription de faux douanière dans l'espace OHADA », *Revue ERSUMA*, n° 4, septembre 2014, pp 278-293.

⁷ Pour la CEMAC, lire par exemple les articles 334 et suivants du Code des Douanes de la CEMAC.

juridictionnels de résolution des litiges douaniers à l'instar de la transaction, la douane œuvre de plus en plus pour une gestion administrative des litiges douaniers. C'est ainsi qu'en plus de la généralisation de la pratique des appels à « *clôturer administrativement*⁸ » les litiges douaniers, elle ne tarde pas à faire adopter par le législateur des règles de procédure qui confirment de manière obligatoire l'Administration au centre de certaines procédures contentieuses douanières. Ce qui a pour effet, entre autre, de créer confusion tant au niveau des agents de douanes que des opérateurs économiques et autres acteurs du droit et du contentieux douanier, quant à la prédominance ou non de cette tendance en matière de litige portant sur les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription en faux⁹.

Convaincu de ce que l'objet de la transaction est de clôturer notoirement avec l'Administration des Douanes les litiges relatifs aux infractions douanières par des mesures favorables aux contrevenants, il est de façon théorique, remarquable que cette transaction s'avère intéressante en ce sens qu'elle constitue la contrepartie nécessaire des limitations apportées par la législation douanière au pouvoir d'appréciation des tribunaux notamment l'interdiction faite aux juges de blanchir les contrevenants sur l'intention et de modérer les amendes et confiscations. En effet, il est nécessaire, pour des raisons d'équité que la sanction soit proportionnée à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du coupable. La transaction est aussi intéressante lorsqu'elle répond en plus à des nécessités d'ordre pratique. Elle permet de décharger les tribunaux du soin de statuer sur la totalité des litiges douaniers. Ainsi, les juges n'auront à examiner que les affaires importantes et délicates. Lorsque la transaction intervient avant toute saisine du tribunal compétent, elle éteint définitivement l'action pour l'application des amendes et confiscation, ainsi que l'action pour l'application de servitude pénale. Lorsque le tribunal a été régulièrement saisi, la transaction ne peut intervenir qu'avec l'accord du Président du Tribunal. Après jugement définitif, les condamnations prononcées par le tribunal compétent ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction. Dans l'appréciation de la transaction, l'Administration des Douanes se base sur un certain nombre de critères tels que la bonne foi, la position sociale et la situation familiale des

⁸ Cette technique utilisée par l'administrativement des Douanes trouve sa légalité sur le particularisme de la transaction en matière douanière. Elle est tellement utilisée que l'éclosion d'une jurisprudence du contentieux douanier dans ces Etats semble relever du rêve.

⁹ D'une part, l'inscription de faux implique une contestation portée devant une juridiction civile, soit à titre incident, soit à titre principal en vue de faire reconnaître qu'un acte authentique est faux (comparativement à vérification d'écriture et faux) ; ne pas confondre avec le faux documentaire parfois nommé faux principal. D'autre part, l'inscription en faux est une formalité, solennelle par laquelle commence la procédure ci-dessus définie.

contrevenants. Les transactions ne produisent leurs effets juridiques que si elles sont définitives. Le règlement alternatif du contentieux répressif douanier à l'instar de la transaction, permet de mettre un terme amiablement à plus de la moitié des litiges survenus. Au Cameroun par exemple ainsi que dans les autres pays de la zone Communauté Economique de l'Afrique Centrale (CEMAC), il n'est pas excessif de noter que ces litiges sont liés aux infractions constatées au cours d'une année donnée. Il s'agit précisément des petites infractions constatées en l'encontre des voyageurs ou des fraudes commerciales de moindre importance. La transaction est cependant écartée pour les infractions douanières du fait de leur complexité ou revêtant une certaine gravité ou encore du fait de leur connexité avec des infractions de droit commun¹⁰. Dans le même ordre d'idées, aucune transaction ne peut, en principe, être envisagée au bénéfice des infracteurs qui récidivent ou de ceux de la fraude pour lesquels une première transaction est demeurée sans « *suite favorable* ». Enfin, certaines circonstances s'opposent à un règlement transactionnel immédiat, même à l'égard d'un délinquant primaire, à savoir la gravité de l'infraction douanière tenant soit à la nature des faits délictueux, soit à la nature et à la qualité des marchandises de fraude. L'Administration des Douanes donne en conséquence des instructions tenant compte de l'actualité de certains trafics ou de leur dangerosité, sous forme de décisions particulières, ce qui lui assure de la souplesse et de la réactivité dans la conduite de sa politique contentieuse¹¹. Le second obstacle à la transaction est la connexité avec des crimes ou délits de droit commun¹². Si l'Administration des Douanes peut éteindre l'action publique spéciale douanière par transaction, elle ne peut en aucun cas disposer de l'action publique de droit commun. Concrètement, le droit de transaction, qui est le corollaire de l'action fiscale exercée par la douane pour l'application des sanctions fiscales, consiste à éteindre l'action publique et l'action fiscale. En revanche, il ne permet pas d'éteindre les poursuites des infractions de droit commun intentées, le cas échéant, parallèlement par le Parquet.¹³ Le troisième obstacle à la transaction peut résider dans la complexité du trafic qui n'opine pas de fixer en connaissance de cause le montant des pénalités à exiger. Cette complexité résulte, le plus souvent, soit de la pluralité de contrevenants ou fraudeurs dont le rôle exact et le degré de responsabilité ne peuvent être déterminés immédiatement, soit la présomption

¹⁰ Cf. Charte des contrôles douaniers, Titre III, Annexe IV, octobre 2015, p. 26.

¹¹ CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, Thèse de doctorat en droit privé, spécialité droit pénal, soutenue le 16 novembre 2011, Université Panthéon-Assas, p. 252.

¹² Il s'agit du vol, de l'escroquerie, du trafic des stupéfiants, de faux et usage de faux, de fausses écritures, jeux d'écriture.

¹³ Cf. Charte des contrôles douaniers, Titre III, Annexe IV, octobre 2015, p. 26.

d'infractions similaires déjà commises antérieurement mais non sanctionnées. Dans ces cas, l'Administration des Douanes choisira de provoquer l'ouverture d'une information judiciaire. Sur le plan économique, elle facilite également un règlement¹⁴ rapide et sans frais des affaires contentieuses ainsi que le recouvrement des amendes au profit du trésor public. Et de fait, l'Administration douanière gagne en économisant les deniers publics.

Au sens quotidien du mot, « Régler », lorsqu'il s'agit d'une dette, c'est l'acquittement de son montant¹⁵. Sur cette base, le règlement est une disposition prise par certaines autorités administratives, auxquelles la constitution donne compétence pour émettre des règles normatives¹⁶. C'est aussi un texte de portée générale émanant de l'autorité exécutive à l'exemple de la variété d'actes, par opposition à la loi votée par les assemblées législatives, à caractère général et impersonnel, qui, émanant d'une autorité exécutive ou administrative, a pour objet, soit de disposer dans des domaines non réservés au législateur, soit de développer les règles posées par une loi en vue d'en assurer l'application¹⁷.

Selon l'article 327, alinéa 1 du Code des Douanes CEMAC¹⁸, les personnes poursuivies pour infractions douanières peuvent être admises à transiger. La transaction devient alors un mode par lequel on met ainsi fin à une poursuite douanière¹⁹, au moyen d'un contrat par lequel celui-ci reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte de payer une amende, dite « *transactionnelle* », fixée par l'Administration dans la limite des pénalités légalement encourues. Etymologiquement, la transaction signifie en latin « *transactio* », de *transigere* : transiger. Ainsi, il faut entendre par transaction, la convention par laquelle la douane, agissant dans la limite de sa compétence, renonce à poursuivre l'infraction douanière pour autant que la ou les personnes impliquées se conforment à des conditions bien déterminées²⁰. La transaction est une convention entre l'Administration et l'auteur d'une infraction douanière. Elle consiste pour l'Administration à renoncer aux poursuites contre le délinquant moyennant plus souvent le versement d'une somme d'argent. Etant de nature

¹⁴ Il est entendu ici comme une disposition prise par certaines autorités administratives, auxquelles la Constitution donne compétence pour émettre des règles normatives

¹⁵ GATSI Jean, *Nouveau dictionnaire juridique*, 2^e édition, 2010, PUL, p. 273.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 12^e édition, Quadrige, PUF, p. 1864.

¹⁸ Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale. Son territoire douanier comprend la République du Cameroun, la République centrafricaine, le République du Congo, la République gabonaise, la République de Guinée équatoriale, et la République du Tchad.

¹⁹ Cela est également approuvé sur le fondement du décret n°78-1297 du 28 décembre 1978.

²⁰ Cf. MUANDA NKOLE Wa YAHVE Don José, « Le droit pénal douanier » : cours pratique de la branche du droit des affaires, Publié le 26/05/2012.

contractuelle, elle peut être annulée en cas d'inexécution. Elle est régie par les règles du droit civil. Par ailleurs, la transaction est un contrat de type synallagmatique par lequel l'Administration des Douanes et le contribuable décident de terminer à l'amiable un litige²¹. Etant en outre un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître²², les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion²³. Néanmoins, une transaction²⁴ peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un acte nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. Elle peut être dans tous les cas où il y a dol ou violence. Bien plus, la transaction s'entend comme un mode d'extinction de l'action publique résultant du pouvoir conféré à certaines Administrations²⁵ de renoncer à l'exercice de poursuites contre un délinquant, en le contraignant à verser une somme

²¹ DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, Le Harmattan Cameroun, 2015, p. 127.

²² BITSAMANA Hilarion Alain, *Dictionnaire du droit OHADA*, p. 209.

²³ GATSI Jean, *Nouveau dictionnaire juridique*, *Op.cit.*, p. 317 ; CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, association Henri Capitant, 12^e édition, Quadriga, PUF, p. 2179

²⁴ En définitive, au regard des définitions sus évoquées, on peut identifier la transaction sous deux visages : d'une part comme un contrat et, d'autre part comme une institution de résolution des litiges. Considérer la transaction comme un contrat ou une convention signifie qu'elle s'inspire et dépend existentiellement du consentement des parties. Ces dernières seraient en l'occurrence l'administration fiscale et le contribuable. Dans ce cas, la validité du contrat de transaction serait subordonnée à l'accord des parties conformément aux dispositions des articles 1102 et suivants du Code civil et, se soumet par principe au droit du contrat. Par ailleurs, la considérer comme une institution de résolution des litiges suppose que son régime ait été réglé par avance dans le cadre des lois. De manière concrète, le Code Général des Impôts dans son Livre des Procédures Fiscales, article L125, édition 2022, p. 270 a déterminé comme il le pouvait, les différentes étapes marquantes du déroulement de ce mécanisme. Certains de ses aspects échapperaient donc aux parties. Par ailleurs, la loi n°2019/023 du 24 décembre 2019 portant loi de finances de la République du Cameroun pour l'exercice 2020 consacre une nouvelle procédure de transaction dite « *la transaction spéciale* » en son article 16^{ème}, différente de celle du droit commun prévue à l'article L125 du Code Général des Impôts. Au final, la transaction se présente donc comme un mécanisme mixte : contractuel à titre principal et institutionnel à titre secondaire.

²⁵ Ce sont par exemple les contributions indirectes, Douanes, eaux et forêts, concurrence et prix.

destinée à tenir lieu de pénalité²⁶. Techniquement, la transaction se distingue d'autres mécanismes de nature similaire tels que l'arbitrage²⁷, la conciliation²⁸, la médiation²⁹.

La douane³⁰ désigne l'ensemble des services chargés de l'assiette, de la liquidation et de la perception des droits de Douane ainsi que du contrôle des marchandises lors du franchissement d'une frontière³¹. Dans un autre sens, elle désigne à la fois l'institution d'un impôt frappant les

²⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *Op.cit.*, p. 2179.

²⁷ Il est consacré par l'Acte uniforme OHADA du 23 novembre 2017 relatif à l'arbitrage. Il entre en vigueur 90 jours plus tard, soit le 15 mars 2018. Ce texte vient abroger celui du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage à Ouagadougou (Burkina Faso) et entré en vigueur le 11 juin 1999. L'arbitrage se conçoit comme « *mode parfois dit amiable ou pacifique mais juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité qui tient son pouvoir non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties.* ». Il renvoie aussi à une « *procédure de règlement des litiges conventionnellement prévue par les parties : celles-ci s'engagent au terme d'une convention d'arbitrage, à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes privées en nombre impair, appelées arbitres, à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel.* ». Il peut revêtir un caractère ad hoc, étranger, institutionnel ou international. Contrairement à la transaction qui, se présente comme un mode non juridictionnel, l'arbitrage possède un caractère juridictionnel car, il se déroule devant une juridiction non pas étatique, mais privée dite « *juridiction arbitrale* » ; Par ailleurs, lire TCHAMGWE Innocent, « La médiation conventionnelle dans l'espace OHADA », RDA (Revue du droit des affaires en Afrique), éd. IDEF (Institut du droit d'expression et d'inspiration française), décembre 2019, p. 2.

²⁸ La conciliation renvoie à un « *accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci, la solution du différend résultant non d'une décision de justice mais de l'accord des parties elle-même.* ». Cela renvoie aussi à « *tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles, qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* ». Comme la transaction, la conciliation se déroule en dehors des juridictions.

²⁹ Elle est consacrée par l'Acte uniforme OHADA du 23 novembre 2017 relatif à la médiation. Elle entre en vigueur le 15 mars 2018, soit 90 jours plus tard. L'article I dudit Acte uniforme définit la médiation comme : « *tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport juridique, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats* ». Dans un sens général, la médiation est un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique. Plus vaguement, mission polymorphe (purement extrajudiciaire ou par côté judiciaire) et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la « *quête d'une justice alternative.* » ; Voir également en ce sens TCHAMGWE Innocent, « La médiation conventionnelle dans l'espace OHADA », *Op.cit.*, p. 2 et s.

³⁰ Le mot « Douane » fut emprunté par la langue française d'abord sous la forme « *Dohanne* » en 1281 dont le sens était « l'édifice où sont perçus les droits d'entrée et de sortie des « marchandises ». Puis « *Doana* » et « *Doane* » en 1441 emprunté au latin médiéval et qui signifie « Droit d'entrée et de sortie des marchandises ». Cependant en 1372, « *Douane* » désignait également le « service administratif superviseur des opérations de perception ». Ensuite on a eu « *Dovano* » et qui donne l'italien moderne « *Dogana* » ; emprunté à l'arabe vulgaire « *Durwan* » qui emprunte le persan « *Diwan* ». Il ressort donc du point de vue étymologique que le terme douane serait apparu dans la langue française au XIIIe siècle.

³¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *Op.cit.*, p. 814 ; Voir en ce sens, « Glossaire des termes douaniers internationaux », édition OMD (Organisation Mondiale de Douane), juin 2018, Bruxelles, p. 15 ; KAMEUGNE NUADJE Thomas, *Lexique des termes douaniers*, 1^{ère} édition, Veritas, 2016, p. 103 ; BOYA Jean Louis, *Pratique de la douane et du travail*, édition Afrédit, no. 2017, p. 367.

marchandises importées ou exportées, les services qui l'ont en charge, les bâtiments qui les abritent et les lieux où ceux-ci sont établis. Etymologiquement, la douane représente les droits dérivés du droit financier. Ce sont les impôts assis sans préjudice de l'application des impôts nationaux de consommation sur les marchandises importées dans le but principalement de protéger les producteurs nationaux³².

Une revue de la littérature rend compte de la transaction, notion capitale dans le domaine du contentieux répressif douanier. Plusieurs auteurs tels **BERR** et **TREMEAU**³³, **DJEUWO**³⁴, **SOULARD**³⁵ pour ne citer que ceux-ci ont écrit sur ce mode de règlement alternatif en droit douanier.

Dès lors, la question qui taraude l'esprit est celle de savoir comment la transaction permet de résoudre les litiges en matière douanière? S'il est admis qu'aucun texte ne fixe précisément les types d'infractions donnant lieu à la transaction, il semble que le règlement alternatif du contentieux répressif douanier exige d'examiner d'abord l'enjeu du règlement transactionnel avant de voir la réalisation de cette transaction.

Pour l'accomplissement de cet article, une démarche méthodologique s'impose. Nous avons adopté la méthode exégétique fondée sur l'exégèse des textes de lois relatifs à la transaction. Nous avons également recouru à la méthode sociologique afin de constater l'impact ou l'enjeu que pourrait avoir la pratique de la transaction sur tout l'environnement douanier. La méthode analytique nous a permis enfin d'explorer le prolongement du règlement transactionnel qui s'accompagne d'une instance appelée Comité d'appel jouant ainsi un rôle majeur dans le dénouement des conflits entre l'Administration et ses usagers.

Afin de s'en convaincre, il sera judicieux pour nous d'étudier d'une part l'enjeu du règlement transactionnel (**I**) et, d'autre part, de tirer au clair la réalisation de la transaction (**II**).

I- L'ENJEU DU REGLEMENT TRANSACTIONNEL

³² JEUGE-MAYNART Isabelle, *Le grand Larousse illustré*, 2016, p. 2106 ; CABRILLAC Remy, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 6^e édition, Lexis Nexis, 2015, p. 196 ; LADEGAILLERIE Valérie, *Lexique de termes juridiques*, Anaxagora, coll. num, p. 61 ; GUILLEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, 22^e édition, Dalloz, p. 374.

³³ *Infra*, note de bas de page n° 4, p. 2.

³⁴ *Infra*, note de bas de page n° 21, p. 5

³⁵ SOULARD Christophe, *Guide pratique du contentieux douanier*, 2^e édition, LexisNexis, 2015.

La transaction douanière constitue un mode classique de règlement amiable du litige douanier. En principe, il n'existe aucune typologie d'infractions pouvant donner lieu à un règlement transactionnel. D'ailleurs, le Code des Douanes CEMAC n'y fait pas d'allusion et de fait, ne fixe aucune limite en ce qui concerne ces différentes infractions. Mais, compte tenu de l'ampleur qu'une infraction pourrait avoir, le règlement transactionnel devrait normalement être réservé aux infractions ne présentant pas un caractère de gravité particulière. Qu'à cela ne tienne, il est très utilisé pour le règlement du contentieux douanier en raison des avantages qu'il présente (A). La voie transactionnelle est la voie la plus largement privilégiée par l'Administration douanière et permet à un pays comme la France par exemple de résoudre près de 97.80%³⁶ des litiges en matière douanière. Particulièrement en Afrique centrale, il est difficile d'atteindre ces statistiques. Cependant, il est clair de noter qu'une large partie des différends douaniers est résolue par cette voie. Selon certaines sources, 98% des litiges sont réglés par cette voie au Cameroun. Il s'agit là, dans un environnement où les statistiques sont très peu tenues, d'une position optimale. Sur cette base, elle traduit le fait que les prétoires ne sont pas très sollicités en cas de litiges douaniers. Par ailleurs, la transaction a des conséquences radicales (B) pouvant lui conférer toute son autorité et toute sa pertinence.

A- L'intérêt du règlement transactionnel

Il le est judicieux de remarquer que le règlement transactionnel présente des avantages tout aussi bien pour prévenu (1) que pour l'Administration douanière (2) ; et de fait, la transaction peut intervenir avant ou après le règlement définitif du litige.

1- Les avantages du règlement transactionnel des litiges pour le contrevenant

L'intérêt de la transaction réside surtout dans la simplicité de la procédure et l'allègement des sanctions encourues par le contrevenant. L'acte transactionnel constitue pour le contrevenant une demande de non poursuite devant les juridictions contre paiement d'une amende transactionnelle dont l'acceptation par l'autorité douanière compétente entraîne une renonciation à son droit d'action devant les tribunaux. Pour l'auteur d'une infraction douanière, le règlement transactionnel se traduit par le versement d'une somme d'argent ou l'abandon d'une marchandise ainsi que la reconnaissance de la commission de l'infraction³⁷. Cet arrangement à l'amiable implique les droits et taxes éventuellement dus. En effet, la transaction débouche assez souvent sur des amendes d'un

³⁶ DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, *Op.cit.*, p. 128.

³⁷ CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal*, *Op.cit.*, p. 264.

montant inférieur à celui légalement encouru. Elle consiste à éviter les conséquences négatives d'un procès précisément le paiement des frais de justice ou des honoraires d'avocat ou bien alors l'inscription au casier judiciaire. Elle est protégée par le secret professionnel et évite la publicité qui peut porter atteinte à la réputation du concerné. Elle préserve le contrevenant des condamnations ainsi que de la contrainte par corps qu'elle implique. Le règlement transactionnel présente également des avantages pour l'Administration.

2- Les avantages du règlement transactionnel pour l'Administration

Il est à noter que le règlement transactionnel garantit un recouvrement rapide des pénalités que l'autre partie au litige a librement acceptées d'acquitter. Le règlement transactionnel implique des concessions réciproques car, ces dernières traduisent la renonciation, dont l'ampleur demeurera inconnue, de chaque partie à une prétention³⁸. La valeur respective des concessions importe peu. Leur nature peut être étrangère au litige. Le terme privilège signale le caractère exceptionnel que revêt en principe une telle procédure en droit pénal³⁹. La transaction admet à l'Administration d'appliquer des sanctions adaptées à la fois aux faits objectifs relevés et au mis en cause dont la possibilité financière conditionnera toujours les amendes fiscales prononcées. Elle consent en outre à l'Administration d'économiser les coûts de la procédure contentieuse. Bien plus elle permet aux autorités de poursuite, ministère public ou Administration de proposer à la personne mise en cause l'abandon des poursuites en contrepartie d'une peine immédiatement exécutoire. La transaction répond aussi à des nécessités d'ordre pratique. Elle souscrit de décharger les tribunaux du soin de statuer sur la totalité des litiges douaniers. Elle permet également un règlement rapide et sans frais des affaires contentieuses ainsi que le recouvrement des amendes au profit du trésor public. Le droit de transaction, privilège de l'Administration des douanes constitue la cause d'extinction des poursuites la plus fréquente et la plus vigoureuse⁴⁰.

Le législateur a maintenu le recours à la transaction tout en s'efforçant de renforcer les garanties de cette procédure, notamment en prévoyant l'intervention de l'autorité judiciaire⁴¹. La transaction produit les effets immédiats à l'égard des parties dès lors qu'elle est régulièrement signée par les personnes qui y sont habilitées.

³⁸ VERMELLE Georges, *Les contrats spéciaux*, droit civil, mémentos, 3e édition, Dalloz, p. 183.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, *Op.cit.*, p. 262.

⁴¹ Art. L 125, L 125 ter (1) et (2), C.G.I, éd. 2022, pp. 269-270.

B- Les effets du règlement transactionnel des litiges

Pour formuler la demande de transaction, le contrevenant doit écrire un aveu se matérialisant par la formule selon laquelle : « *Je reconnais le service et les suites Contentieuses éventuelles* ⁴² ». Les effets de la transaction varient en fonction du moment auquel elle intervient. Il importe donc d'envisager les effets du règlement transactionnel des litiges sur les poursuites judiciaires (1) avant d'étudier les effets du règlement transactionnel des litiges sur le jugement définitif (2).

1- Les effets du règlement transactionnel des litiges sur les poursuites judiciaires

Il peut arriver que la transaction intervienne avant le début des poursuites ou pendant la procédure, c'est-à-dire, invariablement au milieu de la juridiction d'instruction ou de la juridiction de jugement. A ce niveau, elle fait obstacle à toute mise en œuvre des poursuites⁴³. Elle est également un obstacle à l'exercice des poursuites, en l'occurrence à l'action publique⁴⁴. Dès lors, la douane adresse ses conclusions au tribunal en lui demandant de prendre acte de l'arrangement intervenu. Ainsi, le Procureur de la République à qui la transaction a été notifiée doit requérir une ordonnance de non-lieu dès lors qu'une information judiciaire a été ouverte. Si le prévenu a été renvoyé devant la juridiction de jugement, il doit requérir la relaxe. Une jurisprudence⁴⁵ constante a confirmé cette position en concluant que : « *La transaction concédée par l'Administration des Douanes (...) éteint l'action pour l'application des peines et pour l'application des sanctions fiscales* ». Tel n'était pas le cas antérieurement à la loi française du 29 décembre 1977⁴⁶, la transaction n'avait d'effet extinctif qu'à l'égard de l'action fiscale et laissait subsister l'action publique et les sanctions pénales.

⁴² Toutefois, si le désaccord persiste, l'affaire peut être portée devant le responsable hiérarchique du verbalisateur dans le cadre de la procédure de recours ordinaire prescrite à l'article 6 de la loi 2007/095 du 26 décembre 2007 portant loi des Finances 2008, complétée par la note de service N°006/MINFI/DGD du 23 janvier 2008 et l'article 4 de la loi 2012/14 du 21 décembre 2012 portant loi des Finances 2013.

⁴³ Aux termes de l'article 2052 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 portant modernisation de justice pour désengorger les tribunaux du 21^e siècle , « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». La nouvelle rédaction ne reprend pas le principe selon lequel la transaction a autorité de la chose jugée en dernier ressort.

⁴⁴ Retenons que la transaction avant jugement a pour effet d'éteindre l'action publique.

⁴⁵ Cass. Crim. 12 février 1990, Bull. crim. N° 72 ; Cass. Crim, 12 février 1990, n° 88-85567, Cass. Crim, 8 octobre 2008, n°02-81609. En outre, les dispositions de l'article 62, alinéa 1(f), du Code de procédure pénale camerounaise, selon lesquelles l'action publique peut « *s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément* », ont donc vocation à s'appliquer.

⁴⁶ Loi française n° 77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière.

Quel que soit le moment du jugement, en d'autres termes, que la transaction douanière intervienne avant⁴⁷ ou après⁴⁸ le jugement définitif, elle ne vaut qu'en matière de contentieux répressif c'est-à-dire en matière de poursuite et sanction des infractions douanières. Elle n'est pas employée pour le règlement du contentieux civil. Sur cette base, tous les droits ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction. Le droit doit être dans le commerce juridique⁴⁹ : il doit donc s'agir de droits aliénables. Sont exclus les droits extrapatrimoniaux relatifs à l'état des personnes ou, les droits patrimoniaux relatifs à l'obligation alimentaire ou, ceux auxquels il n'est pas permis de renoncer par avance en l'occurrence le droit de préemption du locataire dans certains baux à statut impératif⁵⁰. L'Administration ne peut pas alors transiger au cours d'une action en paiement des droits ou en répétition de l'indu. La transaction ne joue non plus en cas du contentieux répressif à

⁴⁷ La transaction avant le jugement définitif produit des effets très importants qui peuvent être classés en deux catégories, à savoir des effets liés à la personne du contrevenant et des effets relatifs au patrimoine du contrevenant. En ce qui concerne les effets liés à la personne du contrevenant, les effets de la transaction sont d'ordre personnel. La particularité de la transaction douanière avant le jugement définitif est son caractère extinctif de l'action publique. L'action publique est l'action exercée par le Procureur ou ses substituts devant une juridiction répressive pour l'application des peines ou mesures de sûreté à l'auteur d'une infraction. Dès que la transaction est devenue définitive, le délinquant échappe à l'action publique comme le bénéficiaire d'une amnistie. Si l'action n'est pas encore intentée, le ministère public devra s'abstenir de poursuivre. Si les poursuites sont en cours, le ministère public devra requérir une ordonnance de non-lieu. Par contre, si le tribunal a été saisi, la transaction provisoire permettra au tribunal, notamment à la juridiction de jugement le renvoi «*sine die*» de l'affaire en attendant l'accord de l'autorité compétente habilitée à transiger. Si la transaction devient définitive, l'administration demandera au tribunal de déclarer l'action publique éteinte. S'agissant des effets relatifs au patrimoine du contrevenant, la particularité de la transaction avant le jugement définitif est que le contrevenant qui bénéficie d'une transaction doit immédiatement consigner le montant des sommes mises à sa charge. «*Lorsqu'il s'agit d'une transaction provisoire qui préconise la main levée des objets saisis et si la somme versée à titre des pénalités est inférieure à la valeur desdits objets, leur remise ne pourra être consentie avant l'approbation définitive de la transaction. Par ailleurs, il faut que le contrevenant garantisse le paiement de la valeur intégrale desdits objets :*

- soit par une consignation,

- soit par un engagement valablement cautionné. Ces mesures de sûretés préalables à l'intervention de la transaction définitive sont communément considérées comme destinées à assurer l'exécution des actes souscrits. » . Il en découle que l'effet de la transaction dans le domaine patrimonial est de transférer en toute propriété à l', soit les biens sur lesquels elle avait un droit de saisie ou de retenue, soit des biens sur lesquels elle n'avait aucun droit, notamment les biens mobiliers.

⁴⁸ Il semble anormal de parler de transaction après jugement définitif en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision judiciaire. Cependant, l'article 224 alinéas 3 du Code des Douanes togolais l'autorise et précise qu'elle laisse subsister dans ce cas les peines corporelles et privatives de liberté. Ici, la transaction après le jugement définitif n'éteint plus l'action publique, car la volonté des parties est impuissante à ignorer les condamnations que le jugement comporte. Elle n'a d'effets sensibles que sur les peines pécuniaires dont l'amende constitue la forme essentielle.

Nous faisons remarquer que le droit de transiger après jugement définitif n'existe que dans le Code togolais des douanes conformément aux dispositions de l'article 224 et dans la plupart des Codes des Douanes africains.

Il faut noter que ce droit qu'avait l' de transiger après jugement définitif a été isolé en France depuis la loi du 29 Décembre 1977, notamment à son article 16.

⁴⁹ VERMELLE Georges, *Les contrats spéciaux*, Op.cit., p. 185

⁵⁰ *Idem*.

l'égard des éléments civils tels que les droits et taxes dus et les confiscations prononcées. Dans le même ordre d'idées, la transaction n'affecte qu'une infraction douanière bien identifiée, objet de l'arrangement et ne saurait faire obstacle à la poursuite d'autres infractions avec lesquelles la première était en concours. Par ailleurs, en cas de connexité de l'infraction douanière avec une infraction de droit commun, l'action publique sera exercée par le ministère public pour la poursuite de l'infraction de droit commun alors même que l'action pour la répression de l'infraction douanière est éteinte par l'existence d'une transaction définitive. Dans le cas d'un concours idéal de qualifications entre une infraction douanière et une infraction de droit commun, la transaction n'éteint pas le droit du ministère public de poursuivre l'auteur pour l'infraction de droit commun⁵¹. Dans ces hypothèses susvisées, le principe de l'extinction de l'action publique voit cependant son étendue limitée à la fois *in rem*⁵² et *in personam*.⁵³

In rem, est éteinte est éteinte « l'action en répression des infractions au Code des Douanes⁵⁴ ». Pareillement, le principe *non bis in idem*⁵⁵ interdit de poursuivre les faits objet de la transaction sous une qualification de droit commun⁵⁶. Néanmoins, la transaction sur l'infraction douanière ne fait pas échec à l'engagement de l'action publique si l'infraction pénale comporte des éléments constitutifs différents et sanctionne la violation d'intérêts distincts⁵⁷. Naturellement, il en va de même si les faits pour lesquels il a été transigé sont différents de ceux pénalement poursuivis⁵⁸.

In personam, la Chambre criminelle énonce clairement que la transaction « ne saurait limiter ni le principe ni l'étendue de l'exercice l'action publique à l'égard des co-auteurs et complices qui restent tenus de l'entière réparation du préjudice⁵⁹ ». Ainsi, la peine de confiscation en valeur du véhicule de fraude pouvait être prononcée alors que ledit véhicule avait été restitué au propriétaire transigeant⁶⁰. En revanche, lorsque la transaction douanière est conclue avec une personne morale, l'effet extinctif s'étend à son représentant légal, à la double condition qu'il soit

⁵¹ CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal*, Op.cit., p. 280.

⁵² Règle de procédure pénale selon laquelle le juge en particulier le juge d'instruction, ne peut s'autosaisir mais doit examiner même les investigations et statuer sur tous les faits visés par l'acte de poursuite et seulement ceux-ci

⁵³ Règle de procédure pénale selon laquelle la juridiction de jugement statue sur toutes les personnes qui lui sont déférées et seulement celles-ci

⁵⁴ Cass. Crim, 13 juin 1988, n°87-83452

⁵⁵ Formule latine qui exprime le principe selon lequel une personne déjà jugée pour un fait délictueux, ne peut être poursuivie à nouveau pour le même fait.

⁵⁶ Cass. Crim, 7 mars 1984, n°83-91574.

⁵⁷ Cass. Crim, 12 juin 2014, n°13-83390 ; Cass. Crim, 10 décembre 1998, n°98-80553.

⁵⁸ Cass. Crim, 3 juin 1991, n°90-83141.

⁵⁹ Cass. Crim, 8 décembre 1971, n°70-91872.

⁶⁰ *Idem*.

poursuivi en cette seule qualité pour le même fait⁶¹. De même, la transaction accordée à la personne morale civilement responsable met fin aux poursuites contre son préposé⁶².

La transaction ne devient définitive qu'après sa ratification par l'autorité normalement investie de cette compétence. Par conséquent, lorsqu'elle est régulièrement ratifiée, elle lie irrévocablement les deux parties et n'est pas susceptible de recours car, l'article 2052 du Code civil⁶³ dispose que : « *les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ». Dès lors que les juges du fond constatent l'existence d'une transaction intervenue entre le prévenu et l'Administration, ils ne peuvent prononcer de condamnation fiscale ou pénale sanctionnant l'infraction douanière. Ainsi, les juges du fond doivent vérifier qu'elle s'applique bien aux faits objets de la poursuite⁶⁴, qu'elle a été ratifiée par l'autorité compétente⁶⁵ et qu'elle a été entièrement exécutée par le prévenu.

2- Les effets du règlement transactionnel des litiges sur le jugement définitif

Nous envisagerons les effets du règlement transactionnel des litiges sur le jugement définitif à l'égard des parties et des tiers.

- A l'égard des parties

La transaction intervenue après jugement définitif supprime les sanctions pécuniaires prononcées par le juge tout en laissant néanmoins subsister les peines corporelles, les possibilités de l'inscription de la condamnation au casier judiciaire du prévenu. La transaction n'a d'effets que sur les pénalités fiscales. Le montant sera revu à la baisse, le prévenu étant libéré du reste de la fraction abandonnée par le service. Le débiteur n'est donc tenu que de la somme prévue au contrat. Cela traduit un particularisme du droit douanier qui permet à l'Administration de personnaliser l'exécution de la sanction⁶⁶ sans porter atteinte au principe de l'inflexibilité des décisions de justice devenues définitives. A l'égard des parties contractantes, les transactions douanières sont régies par l'article 2052 du Code civil⁶⁷. C'est dire que les transactions douanières ont autorité de la chose

⁶¹ Cass. Crim, 20 janvier 1992, n°89-94768.

⁶² Cass. Crim, 13 décembre 1993, n°92-85483.

⁶³ GATSI Jean, *Code civil camerounais*, 5e éd., 2013, PUL.

⁶⁴ Cass. Crim. 3 fév. 1949, Doc. Cont. n° 867.

⁶⁵ Cass. Crim. 6 août 1945, Doc. Cont. n° 747 ; Cass. Crim. 23 déc. 1948, Doc. Cont. n° 859.

⁶⁶ En ce sens, lire également MOHAMADOU Aminou Hamidou, « L'action administrative face à la responsabilité délictuelle des auteurs des infractions douanières dans les états membres de la Cemac », doctorant en droit public, Université de Maroua-Cameroun, p. 8.

⁶⁷ Article 2052 du Code civil : « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.* » .

jugée en dernier ressort et lient irrévocablement les parties⁶⁸. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. Les causes de rescision uniquement admises sont celles des articles 2053, 2054, 2055 du Code civil⁶⁹ applicables au Cameroun.

- *A l'égard des tiers*

Bien sûr, il ne fait l'ombre d'aucun doute que la transaction intervenue avant ou après jugement définitif ne joue qu'à l'égard des parties contractantes. Elle n'oblige pas l'Administration et la justice à l'égard des Co-prévenus et complices qui n'ont pas pris part à la transaction. L'article 2051 du Code civil⁷⁰ pose notamment le principe de l'effet relatif de transaction à l'égard des tiers : « *La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* ». En cas de pluralité d'auteurs de l'infraction douanière, la transaction conclue avec un prévenu est sans effet à l'égard des autres prévenus. Ceux-ci restent de toutes les façons sous sujétion judiciaire. Dès lors, l'existence d'une transaction accordée à un Co-prévenu ne dispense pas la juridiction de prononcer contre les autres Co-prévenus l'intégralité des sanctions légalement encourues. En revanche, la solution est différente en ce qui concerne le règlement des droits et taxes ou lorsque la solidarité a été prononcée. Il faut également nuancer ce propos au regard de la nature civile de la transaction douanière lorsqu'elle a été conclue avec l'un des Co-prévenus. En effet, l'article 1285 du Code civil prévoit que l'exécution partielle d'un contrat libère les codébiteurs solidaires à hauteur de la part déjà versée. Le montant des droits et taxes dues déjà partiellement ou totalement versé par le bénéficiaire de la transaction libère les autres prévenus de cette dette. A l'égard des cautions et des personnes civilement responsables, la transaction accordée au prévenu dont elles sont les garants leur bénéficie et éteint à leur encontre l'action pénale. Quant aux propriétaires d'objets dont l'abandon a été souscrit par transaction, le règlement intervenu s'impose à eux lorsque l'abandon porte sur des objets saisis et que la transaction a été accordée au

⁶⁸ CREN Rozenn, *Op.cit.*, p. 280.

⁶⁹ Article 2053 : « Néanmoins, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. ».

Article 2054 : « *Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.* ».

Article 2055 du Code civil : « *La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle.* »

⁷⁰ GATSI Jean, *Code civil camerounais*, 5e éd., 2013, PUL, p. 261.

transporteur ou au déclarant⁷¹. Cela laisse supposer l'existence d'une responsabilité dans la commission de l'infraction douanière même si elle n'a pas été établie, l'Administration ayant fait le choix de la transaction. Au-delà de la présomption de responsabilité douanière, il s'agit là d'une responsabilité affirmée. Afin de limiter expressément les effets de la transaction aux seuls délinquants à qui elle a été accordée et de prévenir toute contestation de la part d'autres Co-prévenus qui prétendraient bénéficier de l'arrangement, la transaction conclue avec l'un des coauteurs ou l'une des personnes civilement responsables d'une infraction douanière doit stipuler que réserve formelle est faite des droits et actions de l'Administration contre les Co-prévenus du bénéficiaire de l'acte⁷².

En ce qui concerne la question des transactions conclues entre la douane et une personne morale, la jurisprudence a déterminé que les effets de la transaction accordée à une personne morale s'étendent à son représentant légal poursuivi en cette seule qualité pour le même fait⁷³. De la même façon, la transaction accordée à la personne morale civilement responsable de son préposé met fin aux poursuites judiciaires contre celui-ci. Il s'agit là, non pas d'une dérogation au principe de la responsabilité pénale personnelle, mais bien des règles de responsabilité civile du commettant envers son préposé⁷⁴.

L'Administration douanière, dans certains pays, se croit parfois obligée de recourir systématiquement au règlement transactionnel ou même de le solliciter. Pourtant cette forme de gestion de conflit devrait suivre la coutume administrative et dans l'esprit de la transaction, être réservée à une certaine catégorie de délinquants. Les fraudeurs récidivistes, les entrepreneurs de fraude, les repris de justice, les auteurs d'infractions connexes à des crimes ou d'infractions commises dans certaines circonstances ou d'après des techniques de fraude affinées ne devraient pas espérer une clémence ou une modération des peines encourues.

Qu'elle intervienne avant ou après jugement définitif, le règlement transactionnel se matérialise par la rédaction de certains actes.

⁷¹ Article 374, 1 du Code des Douanes français : « *La confiscation des marchandises saisies peut être poursuivie contre les conducteurs ou déclarants sans que l' soit tenue de mettre en cause les propriétaires quand même ils lui seraient indiqués.* » et article 376 du Code des Douanes français : « *les objets saisis ou confisqués ne peuvent être revendiqués par les propriétaires, ni le prix, qu'il soit consigné ou non, réclamé par les créanciers même privilégiés, sauf leur recours contre les auteurs de la fraude.* »

⁷² Réglementation douanière, à ce propos, voir DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, *Op.cit.*, 124.

⁷³ Voir *infra*, p. 8 ; Cass. Crim. 20 janv. 1992, Bull. crim. n° 18.

⁷⁴ *Idem* ; Cass. Crim. 13 déc. 1993, Bull. crim. n° 384.

II-LA REALISATION DE LA TRANSACTION DOUANIÈRE

Les personnes conduisant le règlement transactionnel doivent avoir la qualité de rédiger les actes transactionnels suivant des règles de fond et de forme précises (**A**). La remise en cause des actes transactionnels et le comité d'appel seront examinés par la suite (**B**).

A- Les parties à la transaction et les différents actes transactionnels

Nous verrons les parties à la transaction douanière (1) puis, les différents actes transactionnels (2).

1- Les parties à la transaction douanière

Deux acteurs sont en relation avec le règlement transactionnel. Il s'agit d'une part des autorités publiques (**a**) et, d'autre part les contrevenants (**b**).

a- Les autorités publiques chargées de la transaction douanière

Les dispositions de l'article 328 alinéas 1, 2 et 3 du Code des Douanes CEMAC nous renseignent à suffisance sur les autorités publiques chargées de la transaction⁷⁵. Ce texte définit concrètement les règles de compétence entre les autorités nationales et les instances de l'Union Economique de l'Afrique Centrale⁷⁶.

Lorsque l'infraction concerne plusieurs Etats, le droit de transiger est exercé par le Conseil des Ministres de l'UEAC si le litige porte sur des sommes supérieures à 250 000 000 de francs de droits éludés ou compromis ou à 500 000 000 de francs de valeur s'il n'y a pas de droits de compromis. Ce droit de transiger peut-être aussi exercé par le secrétaire exécutif de la CEMAC lorsque :

- le litige porte sur des sommes inférieures à ces maxima ;
- l'infraction a été commise par un ou des voyageurs et n'a pas donné lieu à des poursuites judiciaires ;
- l'infraction doit être sanctionnée par une amende de principe.

⁷⁵ Selon ce texte, le droit à la transaction en matière d'infractions sont ou paraissent préjudiciables à plusieurs Etats ou à un seul Etat de la CEMAC.

⁷⁶ UEAC : L'Union des États d'Afrique centrale (UEAC) est une union économique créée le 2 avril 1968, à l'initiative du maréchal Mobutu Sese Seko, alors président de la République démocratique du Congo (Congo-Kinshasa). Désireux de créer une structure transnationale, les « États-Unis d'Afrique centrale », qui regrouperait les États de la région, le maréchal Mobutu sollicite le Tchad, le Gabon, la République centrafricaine, la République du Congo (Congo-Brazzaville), le Rwanda et le Burundi.

En avril 1968, la charte de l'organisation est signée à Fort-Lamy, la capitale tchadienne. Mais la plupart des pays sollicités, se méfiant du projet qu'ils jugent non viable, ne répondent pas à l'appel. Finalement, l'UEAC ne compte comme membres que la République démocratique du Congo (rebaptisée plus tard Zaïre et redevenu RDC aujourd'hui après la fin du régime de Mobutu), le Tchad et la République centrafricaine.

En 1981, l'UEAC disparaît à la suite du retrait de la République centrafricaine et du Tchad, sans avoir eu de réalisations tangibles à son actif.

Dans le cas contraire, il est exercé par le Ministre de l'Etat⁷⁷ considéré lorsque le litige porte sur des sommes supérieures à 50 000 000 de francs de droits éludés ou compromis ou à 300 000 000 de francs de valeur s'il n'y a pas de droits compromis et, par le Directeur National des Douanes lorsque :

- le litige porte sur des sommes inférieures à ces maxima ;
- l'infraction a été commise par un ou des voyageurs et n'a pas donné lieu à des poursuites judiciaires ;
- l'infraction doit être sanctionnée par une amende de principe.

L'amende de principe doit être entendu ici comme « *les sanctions pécuniaires qui ne sont pas supérieures au dixième de la valeur des marchandises et qui ne dépassent pas en même temps 100 000 francs CFA. Le minimum ne doit pas cependant être inférieur à 50 000 franc CFA* »⁷⁸.

b- Les autres personnes habilitées à transiger

Aux termes de l'article 327 alinéa 1 du Code des douanes CEMAC, les personnes poursuivies pour infraction douanière peuvent être admises à transiger. L'on note que les personnes poursuivies peuvent être soit les auteurs de l'infraction, leurs complices ainsi que les intéressés à la fraude, soit toute personne civilement responsable de cette infraction telle les cautions, les propriétaires des marchandises ou des moyens de transport saisis⁷⁹. La seule réserve est que chacune de ces personnes ait la capacité juridique pour transiger selon les règles de droit

⁷⁷ En droit comparé, les directeurs régionaux, les directeurs interrégionaux, le Directeur général, le Ministre chargé des Douanes désignés par le décret n° 78-1297 du 28 décembre 1978 modifié par le décret n° 2001-96 du 2 février 2001 représentent les agents habilités à faire souscrire des actes transactionnels à caractère définitif. Il s'agit de répartir la compétence transactionnelle soit en fonction de la nature de l'infraction, soit en fonction du montant sur lequel porte la fraude. En effet, Le Directeur général des Douanes et droits indirects est habilité à transiger, sous réserve de l'exercice du droit d'évocation par le ministre chargé des Douanes, pour toutes les autres infractions relatives aux relations financières avec l'étranger dont le montant des capitaux en cause dépasse 350 000 euros, pour les délits douaniers lorsque le montant des droits et taxes compromis, ou des avantages indûment obtenus du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole dépasse 100000 euros et n'excède pas 460000 euros ou s'il n'en existe pas lorsque la valeur des marchandises litigieuses dépasse 250000 euros et n'excède pas 920000 euros. Cela représente environ deux à trois pour cents des dossiers contentieux de la Douane française.

Le Ministre du budget, « chargé des Douanes » est quant à lui appelé également à exercer son droit de transaction pour les litiges importants. Il statue dans tous les cas ne relevant ni de la compétence des directeurs interrégionaux ou régionaux, ni de celle du Directeur général des Douanes. Il peut par ailleurs faire usage de son droit d'évocation et exercer son pouvoir de transaction pour le règlement des infractions ne relevant en principe pas de son seuil de compétence. Certains dossiers sont ainsi évoqués au niveau ministériel en raison de leur sensibilité particulière. Il s'agit en moyenne d'une dizaine de dossiers transactionnels traités ainsi par an au niveau ministériel.

⁷⁸ Réglementation douanière, sur cette question, voir DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, *Op.cit.*, p. 132.

⁷⁹ CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal*, *Op.cit.*, p. 274.

commun⁸⁰. Comme il est de coutume en matière contractuelle, l'Administration doit régulièrement s'assurer que le prévenu a la capacité juridique de contracter. Cela est justifié à l'article 2045 du Code civil selon lequel « *Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* »⁸¹.

Pris dans ce sens, les mineurs et toutes les personnes frappées d'incapacités diverses ne peuvent à peine de nullité, valablement transiger. En ce qui concerne les personnes morales, il est communément admis en droit des sociétés que les dirigeants sociaux sont investis à l'égard des tiers des pouvoirs les plus larges pour contracter au nom de la société, sans que soit exigé un pouvoir spécial et sans que puisse être opposées aux tiers des limitations contenues dans les statuts sociaux⁸².

Lorsque les parties à la transaction douanière ont été identifiées, il reste à déterminer les différents actes transactionnels.

2- Les différents actes transactionnels

Il convient d'étudier au préalable la variété des formes d'actes transactionnels (a) avant d'examiner la rédaction des actes transactionnels (b).

a- La variété des formes d'actes transactionnels

Les actes transactionnels peuvent revêtir la forme d'une soumission contentieuse, d'une transaction provisoire ou définitive ou encore du passer outre.

- La soumission contentieuse

Le principe de la soumission contentieuse est consacré par la loi et par la jurisprudence. La soumission contentieuse est l'acte par lequel le contrevenant reconnaît les faits constitutifs de l'infraction et s'engage à payer à première réquisition la somme que l'Administration fixera elle-même. Un tel acte suppose l'engagement d'une caution. Il ne lie pas l'Administration, qui demeure libre de saisir la justice⁸³. Si le délinquant exécute l'obligation figurant dans la soumission contentieuse, elle constitue une renonciation à engager des poursuites pénales. La soumission contentieuse acquiert « *le caractère d'un contrat ayant autorité de la chose jugée lorsqu'elle est ratifiée par l'autorité administrative habilitée à exercer le droit de transaction* »⁸⁴. En cas

⁸⁰ Cass. Crim. 18 novembre. 1974, Bull. civ. IV, n° 290.

⁸¹ GATSI Jean, *Code civil camerounais*, 5e édition, 2013, PUL, p. 260.

⁸² CREN Rozenn, *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, *Op.cit.*, p. 274.

⁸³ Cass. Crim. 7 août 1934, Gaz. Pal. 1934, II, p. 831 ; Cass. Crim. 22 mars 1982, Doc cont. n° 1707

⁸⁴ Gérard Schoën dans « *Droit pénal des affaires* », Lamy, p. 1210, n° 3025.

d'inexécution des engagements souscrits, l'Administration peut procéder au recouvrement des sommes exigibles⁸⁵. Elle le pourrait y compris en recourant à la procédure de contrainte. La soumission peut aussi s'entendre comme un engagement, souscrit dans les formes légales, par lequel une personne assume à l'égard de la Douane, l'obligation d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte déterminé⁸⁶. Dans certains cas limitativement énumérés, le législateur a aménagé des modalités spéciales de sa mise en œuvre qui prennent une forme originale au Cameroun. En effet, toute action en contestation des liquidations supplémentaires est subordonnée à la production des éléments justificatifs du mal fondé des réclamations et d'une soumission contentieuse d'un montant représentant 50% des sommes dues, cautionnée par une banque de premier ordre tel qu'il est mentionné à l'article deuxième-3-c de la loi n°2009/018 du 15 décembre 2017 portant loi de finances de la République du Cameroun et modifiant diverses lois.

Cette position semble excessive puisque le contribuable peut à raison contester la totalité du montant des liquidations supplémentaires. Dès cet instant, rien ne justifie le cautionnement de 50% du montant de la somme litigieuse. Le choix d'une telle procédure démontre clairement que le législateur a voulu incontestablement décourager les manœuvres dilatoires de certains usagers. Alors, le contribuable qui produit sa soumission cautionnée saisit le comité d'appel⁸⁷ qui devra trancher.

Dans la pratique, la soumission contentieuse peut être qualifiée quant à sa portée, de transaction provisoire tant que l'autorité formellement compétente n'aura pas statué. L'autorité est libre d'apprécier la soumission souscrite :

- soit en approuvant ;
- soit en rejetant lorsqu'elle trouve nécessaire de saisir la justice ou d'en majorer le contenu.

Encore appelée sous d'autres cieux transaction provisoire, la soumission contentieuse intervient lorsque l'Administration n'est pas en mesure de déterminer immédiatement le montant de la transaction.

Par ailleurs, la soumission contentieuse peut être considérée comme une transaction provisoire parce qu'elle donne la possibilité au contrevenant de refuser son adhésion lorsqu'il estime que la

⁸⁵ Nous citons ici les droits et taxes éludés et l'amende transactionnelle.

⁸⁶ Glossaire des termes douaniers internationaux, *Op.cit.*, p. 34.

⁸⁷ Exemple de décision du Comité d'Appel : Décision N°003/CA 2013/01 réglant le litige qui portait sur la fausse déclaration présumée de valeur relevée par le BPDI dans les procès-verbaux n° 172 et 173/MINFI/DGD/SDLT/BPDPI ; décision N°2007/004/E1 du 07 juin 2007 : Affaire SOTRAMAC contre ; décision N° 2006/011/D2 du 05 juin 2007 : Affaire SOCOMAR contre.

somme prévue est majorée de manière excessive par le titulaire du pouvoir de décision. Raison pour laquelle la transaction provisoire ne lie ni l'Administration des douanes ni le contrevenant. En déduction, la soumission contentieuse est une sorte d'avant contrat de transaction, c'est-à-dire, un projet de contrat de transaction dont la ratification de l'autorité compétente déterminera une fois pour toute le contenu de la transaction proprement dite.

Pourtant, la soumission cautionnée « *est une transaction particulière qui intervient lorsque, pour des raisons multiples, le service des douanes n'est pas en mesure de fixer sur-le-champ le montant de la transaction. A travers la soumission contentieuse, l'usager reconnaît les faits constitutifs de l'infraction et s'en remet entièrement à l'Administration qui fixera ultérieurement le montant de l'amende. Il prend par conséquent l'engagement, conjointement avec sa caution, d'acquiescer à la première réquisition la somme que la douane fixera. La soumission contentieuse a valeur d'un procès-verbal faisant foi des aveux et déclarations qu'elle contient jusqu'à la preuve contraire* »⁸⁸. La soumission contentieuse qui est un acte transactionnel particulier doit comporter :

- la reconnaissance par le prévenu de l'infraction commise ;
- une demande de terminer le litige par voie transactionnelle. Le contrevenant s'engage, en produisant une garantie sous forme de caution par exemple, à payer les pénalités que fixera l'Administration des douanes dans les limites des pénalités légalement encourues.

Si la fixation du montant de la pénalité est probable pendant la constatation de l'infraction, les parties peuvent valablement transiger.

- *L'acte transactionnel*

Il importe de rappeler que l'article 2044 du Code civil définit la transaction comme un contrat⁸⁹ devant être rédigé par écrit par lequel les parties qui terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Cela dit, la transaction peut être provisoire ou définitive.

⁸⁸ Cass. Crim. 22 mars 1982, doc cont. n° 1707. A ce propos, lire DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, *Op.cit.*, p. 134.

⁸⁹Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets de droit. En effet, l'originalité de la transaction douanière, c'est qu'elle se repose sur la volonté des parties au contrat, c'est-à-dire le contrevenant qui accepte de payer les droits et taxes compromis ou éludés et l' qui atténue ainsi la sanction encourue. L', en prêtant ainsi assistance pour l'atténuation des sanctions encourues, collabore généreusement comme s'il s'agissait d'un contrat de « gré à gré » entre les parties. L'efficacité de cette collaboration suppose, bien entendu, que le Service des Douanes et le contrevenant jouent une certaine complémentarité de par leur volonté réciproque.

S'agissant de la transaction provisoire, l'on retient que le pouvoir de transiger relève de la compétence du Directeur des Douanes ou du Ministre en charge des finances pour toutes les infractions qui portent préjudice à l'économie nationale. Ce pouvoir est reconnu au Conseil des Ministres de l'UEAC lorsque l'infraction est préjudiciable à plusieurs Etats de la CEMAC. Il serait cependant difficile, voire impossible de demander à ces autorités de transiger au moment de la constatation des infractions, sachant qu'ils ne sont pas en contact direct avec les usagers. C'est pour cette raison que les chefs locaux des Douanes que sont les chefs de bureau ou de brigade ont reçu pouvoir de souscrire provisoirement les transactions. Les transactions provisoires sont en quelque sorte des avant-contrats, des projets de transaction, car l'accord des parties n'étant pas définitif. L'autorité compétente doit, le moment venu, statuer non seulement sur le principe même de la transaction, mais aussi sur le montant des pénalités proposées par ses collaborateurs. Si elle rejette les offres faites par les instances inférieures, les parties reviennent à leur position initiale et les poursuites peuvent être engagées contre l'infracteur ou alors, la transaction peut recommencer. Afin d'éviter que le délinquant utilise la transaction provisoire comme manœuvre dilatoire pour ralentir l'échéance de la condamnation judiciaire, la saisine de l'autorité hiérarchique est généralement conditionnée par l'exécution des pénalités provisoires arrêtées par le chef d'unité opérationnelle. Ainsi, la transaction demeurera provisoire jusqu'à ce qu'elle soit ratifiée par l'autorité habilitée à la conclure. Par ailleurs, Le pouvoir d'accorder des transactions à titre provisoire ne peut être exercé que pour les infractions pour lesquelles les chefs de circonscriptions douanières détiennent un pouvoir de décision en matière transactionnelle. Les limites de compétence des agents habilités sont proportionnelles aux fonctions qu'ils exercent en matière de contrôle des opérations commerciales ou de la surveillance, dans les conditions fixées par le chef de circonscription, qui leur délègue son pouvoir transactionnel. La ratification n'est soumise à aucune condition de forme, la transaction provisoire est considérée comme ratifiée lorsque l'Administration des douanes a confirmé par écrit au prévenu les conditions de la transaction et les modalités de son exécution.

En ce qui concerne la transaction définitive, lorsque le contrat de transaction a été souscrit par les personnes habilitées à contracter c'est-à-dire à transiger. Cette validation peut être tacite ou explicite. Elle est tacite quand la transaction n'a pas été formellement remise en cause. La transaction définitive est approuvée par le Directeur Général des Douanes et exceptionnellement par le Ministre des Finances, en raison de l'affaire contentieuse. La transaction doit être exécutée de bonne foi. Le débiteur est tenu de payer la totalité des sommes convenues à l'Administration

des douanes. La transaction approuvée par qui de droit acquiert force de la chose jugée et devient un acte définitif et irrévocable au même titre qu'un jugement du tribunal, de sorte qu'aucune voie de recours ne peut plus l'attaquer.

En cas d'inexécution des engagements par le cocontractant, l'Administration peut, au titre des principes généraux des contrats synallagmatiques et en vertu des dispositions de l'article 1184 Code civil, soit en demander la résolution avec dommages et intérêts, soit utiliser la force pour obtenir l'accomplissement des engagements. Dans la pratique, cette deuxième voie est privilégiée par la douane en ce sens qu'elle lui permet de faire exécuter la transaction⁹⁰ par voie de contrainte qui peut jouer le cas échéant, et ce conformément à l'article 319 du Code des Douanes CEMAC précité, à l'égard de la succession. Lorsque l'Administration a obtenu paiement de la somme due, elle doit en retour donner main levée des marchandises saisies ainsi que les expéditions retenues. Elle doit par ailleurs demander le cas échéant, aux autorités judiciaires d'interrompre l'action fiscale.

Par ailleurs, l'article 2053 du Code civil applicable au Cameroun dispose qu'une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence. Sur cette base, la nullité peut être prononcée contre toute la transaction ou contre certaines de ses parties. En effet, la douane a utilement invoqué le dol lorsque le prévenu avait dissimulé sa solvabilité en produisant un faux certificat d'indigence. *« Inversement, on doit admettre que le souscripteur pourrait demander l'annulation pour violence s'il établissait avoir subi des pressions de la part des agents de l'Administration ; la simple menace de porter l'affaire en justice ne pouvant à l'évidence être retenu à ce titre »*. Conformément aux dispositions de l'article 2058 du Code civil, seules peuvent être rectifiées les erreurs de calcul dans la transaction commise dans les opérations arithmétiques faites, soit par les parties en commun, soit par le tiers qu'elles ont chargé de préparer la transaction ou de traduire en chiffre les bases de la transaction arrêtée entre elles.

Au bout du compte, l'on peut dire que la transaction, aux yeux du Code civil, paraît moins un contrat qu'une mesure administrative tendant à assouplir les sanctions encourues par un délinquant. On peut d'ailleurs difficilement admettre que la commission de l'infraction ait pu faire

⁹⁰ Aux termes de l'article 2052, l'on retient que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. Dans cette hypothèse, le juge a débouté le demandeur qui pensait s'être trompé et qu'il avait à tort reconnu l'existence de la contravention.

naître au profit du fraudeur un droit qu'il peut faire valoir à l'égard de l'Administration dans le cadre d'un contrat. A défaut de cela, il peut délibérément décider de « passer outre ».

- *Le passer-outre*

« Passer outre » l'infraction, même flagrante, c'est renoncer purement et simplement à la poursuite de son auteur par un acte. Le « passer outre » découle du droit de transaction reconnu à l'Administration en vue d'atténuer les sanctions fiscales encourues par le fraudeur. Ce refus, le plus souvent, se justifie par la non gravité de l'infraction au regard de ses effets sur les prohibitions, la faiblesse de ces incidences pour l'économie et l'Administration des douanes de l'Etat. Il peut aussi être accordé en raison de la bonne tenue du contrevenant, de son passé fiscal sans histoire, du caractère modeste de sa situation sociale et familiale ou de ses revenus. Lorsque l'infraction est purement formelle et ne représente aucun caractère de gravité quant à ses conséquences économiques, fiscales et autres, et compte tenu de la bonne foi reconnue au contrevenant, l'Administration des douanes peut : - soit renoncer purement et simplement à la poursuite de l'infraction en question ; - soit régler ce petit contentieux né en acceptant le paiement des droits et taxes liquidés. Il importe de souligner que le passer-outre ne s'applique qu'à l'infraction elle-même et ne saurait dispenser le contrevenant du paiement des droits et taxes éventuels.

Quelle que soit leur forme, les actes transactionnels obéissent à certaines règles communes de rédaction que nous étudierons successivement.

b- La rédaction des actes transactionnels

Le règlement transactionnel des infractions douanières est constaté par un écrit et rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a des parties ayant un intérêt distinct qui, suivant sa forme, est dénommé transaction ou soumission contentieuse. Un des originaux est gardé par le Service des Douanes et les autres remis aux intéressés. Les actes transactionnels dispensés de la formalité du timbre et de l'enregistrement doivent indiquer les éléments d'identification des parties ainsi que la mention de l'infraction constatée et la relation des offres faites. Il restera alors à étudier au clair le Comité d'appel semblable à une solution d'attente.

- *Les éléments d'identification des parties*

Les actes transactionnels doivent comporter les noms, prénoms, signature, domicile, grade, qualité des parties et résidence administrative⁹¹. De la sorte, ils doivent reprendre les noms, prénoms nationalité, profession et domicile réel ou élu des souscripteurs de la transaction. Dans le cas où ces derniers ne transigent pas en leur nom propre, ils doivent impérativement indiquer non seulement leur qualité, mais également l'adresse complète des personnes au nom desquelles ils transigent.

Après la formule de clôture, les actes transactionnels doivent être datés et signés par les personnes capables de transiger c'est-à-dire le contrevenant et l'agent des douanes l'ayant rédigé. Sous peine de nullité et de sanctions, il est formellement interdit au Service des Douanes de faire signer au contrevenant des formules de transactions ou de soumission contentieuse non encore remplies ou incomplètement rédigées. En effet, si la partie admise à transiger ne sait pas signer, il y a lieu d'exiger qu'elle se fasse représenter par un fondé de pouvoir muni d'une procuration régulière ou qu'elle soit assistée de deux témoins qui, par l'apposition de leur signature sur la transaction, attestent la réalité de la déclaration de l'intéressé et son adhésion aux stipulations. Ces deux témoins ne doivent pas être pris parmi les agents des douanes⁹².

- *Les mentions de l'infraction constatée*

Les actes transactionnels doivent en outre porter la mention de l'infraction constatée, il s'agit ici essentiellement de l'exposé des faits devant permettre de déterminer sans ambiguïté l'objet de l'acte. Certaines transactions tiennent lieu de procès-verbal. Cette formule est généralement utilisée pour les voyageurs et pour des infractions mineures. Dans ce cas, l'acte doit préciser l'infraction ou le litige qui fait l'objet de la transaction ainsi que sa qualification. L'exposé des faits énonce les faits litigieux ainsi que le lieu et la date à laquelle l'infraction a été commise, la perception de l'infraction, la description des marchandises. Lorsque l'acte transactionnel est rédigé à l'appui d'un procès-verbal, il suffira de faire référence au procès-verbal, de rappeler sommairement les faits et qualifier l'infraction.

- *La relation des offres faites*

Quant à la relation des offres faites, elles sont faites par le contrevenant et restent concrètes dans la transaction. Par contre, dans la soumission contentieuse, le souscripteur déclare s'en rapporter ultérieurement à la décision de l'Administration des douanes relative aux suites

⁹¹ Il s'agit ici du bureau ou du poste des agents des Douanes qui ont constaté l'infraction.

⁹² Réglementation douanière, à cette question voir DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, *Op.cit.*, p. 137.

pécuniaires et s'engage à payer, à première réquisition, les sommes que l'Administration jugera devoir réclamer jusqu'à concurrence du montant intégral des pénalités légalement reconnues. Le montant des frais est indiqué dans l'acte. Il est à remarquer que tous les frais sont remboursés par le contrevenant.

Cependant, l'article 130 Code des Douanes CEMAC donne la possibilité aux parties à un litige de différer le moment de la transaction, le temps pour elles de s'entendre sur l'objet de la négociation. Dans ce cas, la Douane donne mainlevée de la marchandise, sous réserve pour l'usager de produire bonne et suffisante caution garantissant le paiement des droits et des pénalités éventuelles.

Compte tenu de sa souplesse et des effets pratiques qui en découlent, la transaction peut révéler au quotidien une sorte de commerce juridique dans l'Administration douanière. Afin de se démarquer par l'intérêt qu'il présente aux yeux des citoyens, le Cameroun a réussi à créer une instance appelée « *Comité d'appel* » qui, joue incessamment un rôle très important dans l'accompagnement du règlement transactionnel ainsi que du dénouement des conflits pouvant exister entre l'Administration et ses usagers.

Les parties à la transaction sont diversifiées et les actes transactionnels sont multiples. Dans cette hypothèse, ces actes transactionnels peuvent être remis en cause. Bien plus le comité d'appel, institution nationale créée par l'Etat camerounais, semble être le fondement de la solution d'attente en cas de désaccord entre le prévenu et l'Administration des douanes⁹³.

B- La remise en cause des actes transactionnels et le comité d'appel comme fondement de la solution d'attente

Il conviendra de voir tour à tour la remise en cause des actes transactionnels (1) et le comité d'appel comme fondement de la solution d'attente (2).

1- La remise en cause des actes transactionnels

Convaincu de ce que la transaction définitive soit revêtue de l'autorité de la chose jugée et, de fait, puisse être invoquée en tant que cause d'extinction de la poursuite fiscale, les transactions douanières demeurent révisables (a). Ces transactions peuvent être tout autant résolues pour inexécution qu'annulées par le juge judiciaire (b).

⁹³ Le Conseil constitutionnel français a réaffirmé en 2001 que l'œuvre « à la prévention des atteintes à l'ordre public et à la lutte contre la fraude fiscale qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle » ; conseil constitutionnel, décision n° 457, DC du 27 déc. 2001, loi de finances rectificative pour 2001, sur cette question lire « *L'action de la Douane dans la lutte contre les fraudes et trafics* », Rapport janvier 2015.

a- La révision des transactions douanières

Etant donné que la transaction définitive est revêtue de l'autorité de la chose jugée, la révision de ses clauses ne peut faire l'objet que d'un recours gracieux porté par l'intéressé devant l'autorité administrative. Il arrive en conséquence que les auteurs d'une infraction douanière demandent la révision d'une transaction, particulièrement de son montant. L'autorité qui a pris la décision ou une autorité supérieure peut réviser les clauses d'une transaction. Toutefois, il s'agit d'une simple faculté. Ce n'est pas un litige au sens juridique du terme puisqu'il échappe à la compétence des juridictions judiciaires ou administratives. En pratique, lorsque les arguments fournis par le demandeur constituent des moyens nouveaux et suffisants, l'Administration des douanes peut accéder à la demande de révision des conditions transactionnelles. Ces recours portent généralement sur les conditions transactionnelles elles-mêmes. Ils peuvent toutefois porter sur le fond de l'affaire et remettre en cause le bien-fondé des poursuites. Le recours gracieux a sur le plan administratif un effet suspensif quant à l'exécution des clauses de la transaction, sauf dans les cas où cela risquerait d'entraîner la prescription de l'action en justice, ou permettrait au contrevenant d'organiser son insolvabilité. Par ailleurs, en matière d'amende, l'appréciation faite de la transaction par l'Administration des douanes, dans les limites du maximum légal, ne peut être discutée par voie de recours pour excès de pouvoir.

La Douane peut, elle aussi, demander une révision de la transaction, notamment pour harmoniser les pratiques en la matière ou dans le cas où des éléments nouveaux lui parviennent.

b- La décision du juge judiciaire à l'égard des actes transactionnels

La décision du juge judiciaire⁹⁴ à l'égard des actes transactionnels peut soit déboucher sur la résolution de ces actes, soit entraîner leur annulation.

- *La résolution des actes transactionnels pour inexécution*

L'action en résolution pour inexécution de la transaction n'est recevable que si elle est intentée par le souscripteur de la transaction dans le délai de cinq ans à compter de la conclusion et si la demande est fondée sur l'une des causes de rescision prévues par le Code civil camerounais⁹⁵.

⁹⁴ Ensemble des tribunaux compétents dans les matières de droit privé et relevant du contrôle de la Cour de suprême ; s'oppose à la juridiction administrative. Par Exemple. L'ordre des juridictions judiciaires comprend principalement le Tribunal de Grande Instance, le Tribunal de Première Instance, le Tribunal coutumier.

En France, l'ordre des juridictions judiciaires comprend principalement le tribunal de grande instance, le tribunal paritaire des baux ruraux, le conseil de prud'hommes, les commissions du contentieux de la Sécurité sociale.

⁹⁵ Article 1165 du Code civil: « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.* » ; Article 1304 : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure 10 ans.* »

Cette résolution judiciaire de la transaction peut être obtenue en cas d'inexécution des engagements prévus, que l'inexécution en soit totale ou partielle. L'Administration des douanes peut alors soit en poursuivre l'exécution forcée, soit en demander la résolution devant le juge judiciaire selon l'article 1184 du Code civil camerounais⁹⁶. Dans ce cas, l'Administration peut solliciter non seulement la résolution de la transaction, mais aussi la condamnation du prévenu aux pénalités fiscales sanctionnant l'infraction, ainsi que l'exécution forcée du jugement qui sera rendu.

- *L'annulation des actes transactionnels par voie judiciaire*

Outre le cas d'inexécution des engagements prévus par la transaction, l'annulation⁹⁷ judiciaire de la transaction peut être obtenue dans trois cas : en cas d'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation⁹⁸ ; en cas de dol ou de violence⁹⁹. Il y a dol en cas, par exemple, de manœuvre du prévenu tendant à tromper l'Administration sur sa solvabilité¹⁰⁰. L'annulation judiciaire de la transaction¹⁰¹ peut également être obtenue lorsque la transaction a été souscrite à partir de pièces reconnues fausses¹⁰². En principe, la transaction est indivisible, mais elle peut être partiellement

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée ; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité. ».

⁹⁶ Article 1184 du Code civil : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. ».*

⁹⁷ Lire en ce sens les articles neuvième 1 et suivants, Loi N° 2020/018 du 17 décembre 2020 portant loi de finances de la république du Cameroun pour l'exercice 2021.

⁹⁸ Article 2053 alinéa 1 du Code civil.

⁹⁹ Article 2054 alinéa 2 du Code civil.

¹⁰⁰ Cass. Crim. 19 janv. 1959, doc. cont. n° 1294.

¹⁰¹ Cour d'Appel de Pointe-Noire, Arrêt N° 039, Société SAGA Congo C/, 26/09/2003, OHADA.Com

¹⁰² Article 2055 du Code civil. En ce sens, lire Arrêt n° 023/REF du 31 janvier 2013 : SOCIETE AFRICA BUSINESS COMPANY (ABC SARL) C/ Etat du Cameroun (MINFI) : les torts relevés contre le Procès-verbal N° 104 du 04 décembre 2009 ayant conduit à son annulation sont les suivants : la demeure de l'un des saisissants n'est pas indiquée, le Procès-verbal de saisie ne mentionne pas l'heure de sa clôture, ce qui laisse « clairement apparaître que les agents qui l'ont rédigé ne l'ont pas fait sans divertir à d'autres actes, il ne mentionne pas s'il y a eu description des objets saisis, ni si cette description a été faite en présence du délinquant ou si la sommation lui a été faite d'y assister ; le Procès-verbal ne comporte aucune mention établissant que les agents verbalisateurs ont offert au délinquant la main levée des moyens de transport sous caution solvable ou sous consignation de la valeur ». Dans l'affaire NDAWARA TEA ESTATE LTD contre EKPA (), objet du jugement N° CFIBA/35/2011 du TRIBUNAL DE Première Instance de BAMBENDA, il est reproché à l'agent des douanes d'avoir saisi un camion contenant des feuilles de tabac fraîches destinées à la transformation dans les usines du plaignant. L'agent n'a pas pris soin de dresser un Procès-verbal constatant sa saisie. Le contrevenant a été condamné au paiement des dommages-intérêts. Dans l'affaire « LA BUSINESS LINK INTERNATIONAL » contre le ministère des Finances (Jugement N° 05/CE/CIVIPI du 05 juin 2009), le Procès-verbal de douane a été annulé, motif pris de ce qu'il y avait des contradictions manifestes entre les mentions du Procès-verbal et celles de l'inventaire dressé par la douane. En outre, le Procès-verbal ne mentionne ni

annulée lorsque les clauses de l'acte sont distinctes et indépendantes. En revanche, l'annulation semble ne pas pouvoir être prononcée pour cause d'erreur de droit ou de lésion, lorsque le demandeur allègue que la contravention n'existait pas, ou qu'il invoque que la pénalité exigée est supérieure à celle légalement encourue¹⁰³, cette jurisprudence étant plus contestable, la Douane étant tenu par le maximum légal prévu pour la sanction.

La transaction constitue en réalité la procédure répressive la plus répandue. Dans la pratique douanière, ce sont les poursuites judiciaires qui font figure d'exception.

En restituant à l'autorité judiciaire un certain pouvoir de contrôle, et en donnant un rôle consultatif à un organisme indépendant, le législateur a voulu réduire l'arbitraire de l'Administration et l'atteinte portée à l'autorité de la chose jugée. Il faut cependant constater que malgré les aménagements opérés par la loi française du 29 décembre 1977 précitée¹⁰⁴, la procédure de la transaction douanière reste exorbitante du droit commun sur de nombreux points. En effet, si la transaction après jugement définitif a disparu, elle a été remplacée par la remise gracieuse, elle demeure une atteinte à l'autorité de la chose jugée dont est revêtue la décision prise par la juridiction pénale.

Par ailleurs, dans les cas où l'accord des autorités judiciaires reste requis, il ne porte que sur le principe de la transaction et non pas sur son montant et ses conditions, ce qui affaiblit l'intérêt de l'intervention de l'autorité judiciaire. Enfin, les cas de consultation du comité du contentieux fiscal, douanier et des changes, réservés aux transactions portant sur les infractions les plus importantes, restent exceptionnels et la procédure y est de plus non contradictoire. Il n'en demeure pas moins que la pratique de la transaction est un élément du contentieux douanier particulièrement moderne, qui permet à l'Administration d'assurer une répression de la fraude douanière efficace et néanmoins consensuelle, et de garantir le recouvrement des droits fraudés.

La réalisation de l'Union douanière impliquait nécessairement que les États parties à cette union consentent à une harmonisation aussi étroite que possible de leurs droits nationaux. Du fait

le or ni le lieu de sa rédaction, de même que le Procès-verbal ne mentionne pas qu'il a été offert main levée des moyens de transport sous caution suffisante. Dans l'affaire SOCIETE YAYA SARL contre ministère des Finances (Ordonnance N° 02/ORD du 25/02/2013), le Procès-verbal a été annulé parce qu'il est reproché « aux rédactions dudit Procès-verbal de l'avoir antidaté, de l'avoir truffé, dans ses versions manuscrite et imprimé, de nombreuses contradictions et de n'y avoir pas fait mention de l'offre de la main levée du moyen de transport des marchandises saisies sous caution solvable ou sous consignation de valeur »

¹⁰³ Article 2052, alinéa 2 du Code civil et Cass. Req. 20 déc. 1881, Bull. crim. n° 228 ; Cass. Req. 15 mai 1923, Doc. Cont. n° 558.

¹⁰⁴ *Infra*, note de bas de page n° 46, p.10.

du principe de compétence d'attribution auquel est soumise la Communauté CEMAC, ils ont en revanche conservé sous leur autorité exclusive certains aspects de la matière, notamment la poursuite et la répression des infractions. C'est essentiellement par le renforcement de la coopération administrative que les autorités communautaires ont surmonté la contradiction liée au fait de disposer d'un corps de règles uniques sur l'ensemble du territoire douanier communautaire et de laisser chaque État libre de sanctionner, en fonctions de principes et de valeurs propres, la violation de ces règles communes, de concilier principe de liberté de circulation et de territorialité de la loi pénale. L'influence du droit communautaire est particulièrement marqué sur l'incrimination en droit douanier, elle est moins marquée en ce qui concerne l'encadrement des sanctions douanières par le droit communautaire.

Après avoir élucidé la remise en cause des actes transactionnels, il échet dès lors d'invoquer le comité d'appel comme fondement de la solution d'attente.

2- Le Comité d'appel comme fondement de la solution d'attente

Il importe d'étudier l'organisation du comité d'appel (a) ainsi que la procédure de saisine (b).

a- L'organisation du comité d'appel

Le Comité d'appel¹⁰⁵ est un organe paritaire institué au Cameroun par décision n°071/CF/MINEFI/DD du 30 décembre 1999 aux fins de connaître des litiges relatifs à l'espèce, à l'origine, à la valeur, à la quantité ou au poids des marchandises. En effet, l'article 130 alinéas 1,3 et 4 du Code des Douanes CEMAC dispose que dans le cas où le service des douanes conteste, au moment de la vérification des marchandises, les énonciations de la déclaration relatives à l'espèce, à l'origine ou à la valeur, il en donne avis au déclarant qui doit, dans les 24 heures, faire connaître s'il accepte ou s'il contredit l'appréciation du service. Si le déclarant ou son fondé de pouvoirs se refuse à accepter l'appréciation du service, la contestation est portée devant le Directeur Général des Douanes qui décide. Si le déclarant ou son fondé de pouvoir continue à contester la position de l'Administration, le litige est porté à l'arbitrage par la « *Commission paritaire* »¹⁰⁶. Par ailleurs, le Comité d'appel a été créé auprès du Directeur Général des Douanes. Sa composition tient compte de tous les intervenants dans l'opération de dédouanement pour une

¹⁰⁵ Le Comité d'appel se situe au 3e niveau dans la hiérarchie des recours prévus à l'article 132 du Code des Douanes selon lequel, « *sauf application des dispositions transitoires prévues par l'article 18 ci-dessus, les droits et taxes à percevoir à l'importation et à l'exportation sont ceux en vigueur à la date d'enregistrement de la déclaration en détail* ».

¹⁰⁶ La commission paritaire est un organe institué par l'Acte 3/98-UDEAC-603-CD-60 du 21 janvier 1998 relative aux marchandises qui causent ou menacent de causer un préjudice important à la production nationale et dont la saisine par l'importateur est préalable à toute action judiciaire.

meilleure concertation. Il est composé de quatre représentants¹⁰⁷ de l'Administration et quatre représentants du secteur privé¹⁰⁸. Il peut être saisi par toute personne lésée dans ses droits par une décision du service relative aux énonciations de la déclaration c'est-à-dire notamment les importateurs de véhicules de seconde main, les commissionnaires en douane agréés, les Administrations publiques, les Organismes internationaux et les missions diplomatiques, habilités à souscrire des déclarations en douane à l'importation. Il peut être saisi par toute personne lésée dans ses droits par une décision du service relative aux énonciations de la déclaration c'est-à-dire notamment les importateurs de véhicules de seconde main, les commissionnaires en Douane agréés, les Administrations publiques, les organismes internationaux et les missions diplomatiques, habilités à souscrire des déclarations en douane à l'importation¹⁰⁹. Sa demande doit être libellée sur papier timbré dans un délai de trois ans à compter de la naissance du fait générateur du litige.

Pour s'en convaincre, l'on se demande si l'instance dite « *Commission paritaire* » semble ne pas l'être à proprement parler au sens de l'article 130 du Code des Douanes CEMAC même si elle joue à peu près le même rôle. L'on se pose la question de savoir si c'est un choix volontaire du Cameroun ou une erreur d'interprétation du texte de la loi¹¹⁰. Pour s'en convaincre, il a été retenu une tentative de solution à cette préoccupation: « *A l'évidence, ses prérogatives s'inscrivent dans la mouvance du droit de recours visant à protéger les usagers des services des Douanes contre les omissions et les décisions des responsables qui seraient contraires aux lois et règlements douaniers*¹¹¹ ». En effet, lorsque l'usager conteste les constatations du service des Douanes, et que la nécessité de différer la détermination définitive de la valeur, de l'espèce tarifaire ou de l'origine de la marchandise s'impose, l'Administration autorise son enlèvement sous réserve d'une garantie fournie par l'usager et couvrant les droits et taxes dont lesdites marchandises pourraient être passibles. Le déclarant en douane ou son mandant tel l'importateur ou l'exportateur saisit alors le

¹⁰⁷ - Un représentant de la Direction des requêtes et du Contentieux ;
- un représentant de la Direction de la législation, de la Coopération Internationale ;
- le chef de Secteur des Douanes compétent ;
- un représentant de la SGS.

¹⁰⁸ - un représentant des syndicats maritimes ;
- un représentant des syndicats des commissionnaires en Douanes agréés ;
- le déclarant en Douane concerné éventuellement assisté de son mandant ;
- l'importateur.

¹⁰⁹ NEGOU, *La valeur en Douane à l'importation en zone CEMAC*, p. 265.

¹¹⁰ DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, Op.cit., p. 139.

¹¹¹ NEGOU, *La valeur en Douane à l'importation en zone CEMAC*, p. 265.

Directeur général des Douanes, également président du Comité d'appel si la contestation n'a pas connu d'infirmité auprès des chefs hiérarchiques immédiats du fonctionnaire verbalisateur. Le Comité d'appel n'est saisi que lorsque ces voies de recours qui lui sont hiérarchiquement inférieures ont été épuisées sans succès.

b- La procédure de la saisine devant le Comité d'appel

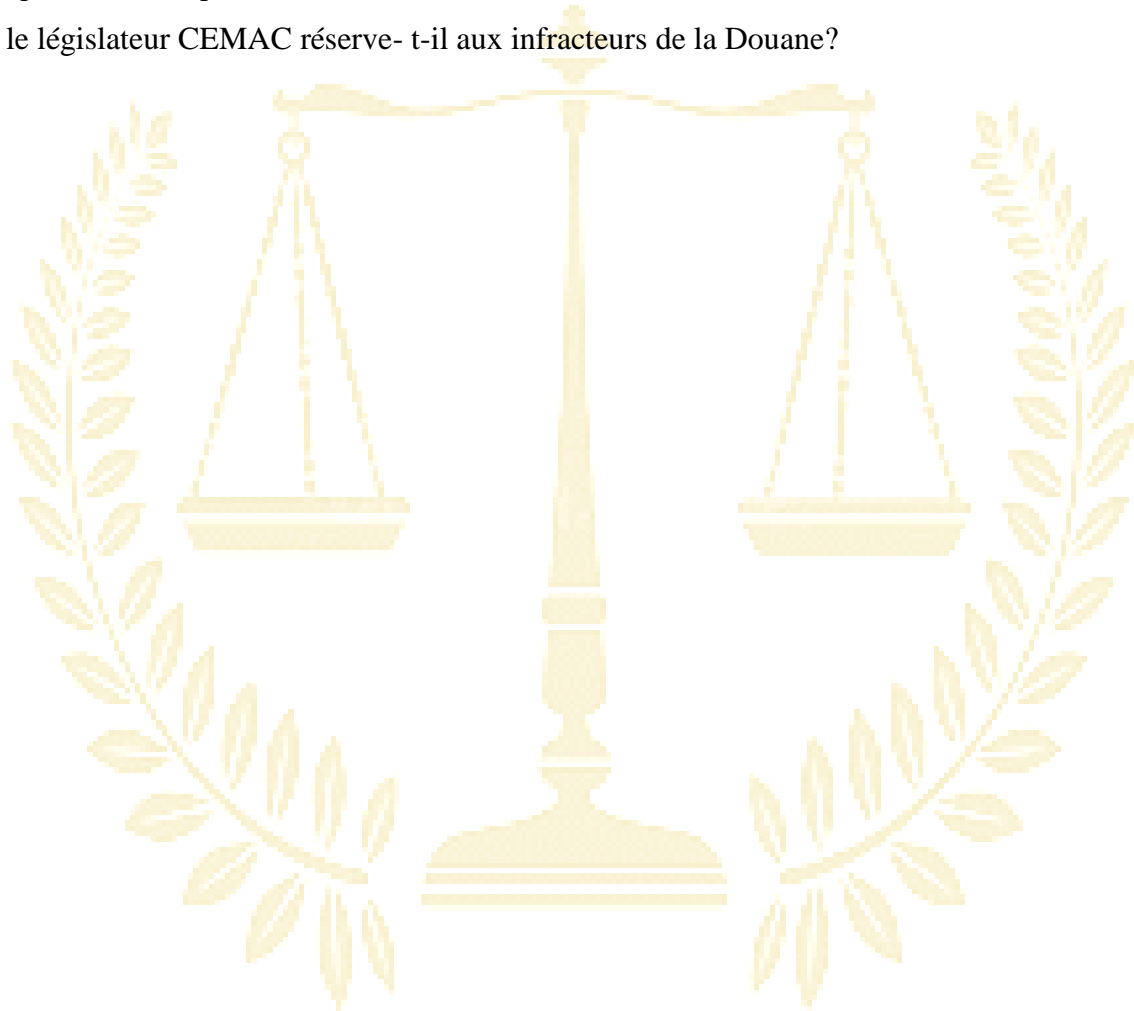
D'après la note de service 023/MINEFI/DD2/CR du 17 janvier 2005 modifiant et complétant les dispositions de la note n° 111/MINEFI/DD/SDR du 17 octobre 2000 portant fonctionnement du Comité d'appel, le Comité d'appel doit être saisi moyennant versement d'une consignation non remboursable correspondant à 1% des droits compromis querellés avec un minimum de 50 000 F par dossier représentant la participation aux frais de fonctionnement du comité. Cette consignation est l'expression même du sérieux dans les prétentions du requérant¹¹². Le caractère contradictoire des débats au comité est un gage de protection de l'utilisateur qui a la possibilité de faire valoir ses arguments et qui peut se faire assister de son conseil ou de son avocat. La décision du Comité d'appel est opposable aux deux parties. Si l'Administration succombe, elle délivre une mainlevée de caution et abandonne les poursuites à l'égard de l'importateur. Si au contraire, l'utilisateur n'a pas gain de cause, l'Administration peut porter le litige devant les tribunaux ou alors accepter la demande de transaction formulée par le contrevenant.

Conclusion

Somme toute, il est loisible de rappeler que la question juridique du règlement par voie transactionnelle en matière douanière au Cameroun et dans la zone CEMAC est au cœur de cette thématique. Pour preuve, le domaine de la transaction en matière douanière concourt à lutter contre les fraudes et trafics douaniers car, la conception douanière de l'infraction est très éloignée de celle du droit commun. En effet, présenté comme un règlement alternatif du contentieux répressif douanier, il serait fastidieux, voire impossible, du fait du caractère fugace de la fraude douanière et des difficultés liées à la preuve contrevenant en la matière, de combattre le comportement blâmable de l'infacteur par les moyens de droit commun. Il est alors apparu indispensable de construire un corps de règles homogènes garantissant à la douane des moyens supplémentaires afin de limiter les effets pervers du commerce illicite sur le trésor public et sur l'ordre public économique de la nation. En outre, le législateur a voulu que le contentieux douanier se règle simplement, rapidement et efficacement, c'est certainement pour cette raison que les possibilités

¹¹² DJEUWO Marcellin, *Le contentieux douanier dans les pays de la CEMAC*, Op.cit., p. 139.

de règlement à l'amiable des litiges ont été envisagées et de surcroît encouragées. Dans ce sens, les fraudeurs repentis et les délinquants primaires peuvent bénéficier de la clémence de l'Administration. Par conséquent, le dialogue retrouvé est favorable à l'apaisement du milieu des affaires et au développement du commerce international. Il reste tout de même à relever que, sans raison apparente, le législateur a parfois compliqué les règles du contentieux pénal douanier si bien qu'il se trouve pénible de cerner les contours. En cas d'échec de la transaction douanière, quel sort le législateur CEMAC réserve-t-il aux infracteurs de la Douane?



La problématique de la protection contre les atteintes à la vie privée dans le cyber espace camerounais : cas des délits de Revenge Porn et de Sextape

The issue of protection against privacy breaches in cameroonian cyberspace : case of Revenge Porn and Sextape offenses

Page | 173

Par :

MMAN RAYMOND¹

Docteur/ PhD en Droit Privé

Option Droit Pénal et Sciences Criminelles.

Commissaire Divisionnaire

Résumé :

Deux fléaux d'une rare virulence menacent gravement aujourd'hui le droit à la vie privée dans notre cyberspace, droit pourtant fondamental pour l'épanouissement de tout individu dans la société et dont l'importance dans l'équilibre des rapports sociaux n'est plus à démontrer ; il s'agit des délits de Sextape et de Revenge porn. La banalisation de l'intimité de la vie privée et de l'acte sexuel qu'ils provoquent conduit à l'effritement de la nécessaire cloison vie privée/ vie publique, avec des conséquences parfois très dommageables. La réponse apportée par les pouvoirs publics pour protéger ce droit apparaît manifestement insuffisante, au regard de l'ampleur sans cesse grandissante de ces cyber comportements à l'heure du tout numérique, appelant ipso facto à des réajustements du dispositif en place tant au plan préventif que répressif.

Mots clés : Revenge Porn, Sextape, internet, protection, répression, prévention, déréférencement, vie privée, incrimination, sanction, cybercriminalité.

Abstract

Two flails of rare virulence today seriously threaten the right to privacy in our cyber space, a right that is fundamental for the development of every individual in society and whose importance in the balance of social relations is not more to demonstrate; these are sextape and Revenge porn offences. The trivialization of the intimacy of private life and sexuel acte that the cause leads to the reduction of the necessary leisure/private life/public life with sometimes very damaging consequences. The response provided by the public authorities to protect this right appears manifestly insufficient in view of the constantly growing scale of cyber behaviors in the digital age, calling ipso facto for readjustments of the system in place both in terms of prevention and repressive

Page | 174

Keywords: Revenge Porn, Sextape, internet, protection, repression, prevention, dereferencing, private life, incrimination, sanction, cybercriminality.

Introduction

Deux ans et demi d'emprisonnement¹, 2000 dollars d'amende et 145,70 dollars de dédommagement, telle est la condamnation prononcée le 04 décembre 2015 par un tribunal californien à l'encontre de l'Américain Hunter Moore, baptisé par la toile le *"roi du Revenge porn"* et tristement considéré par les internautes comme l'homme le plus détesté d'Internet². En 2012, il déclarait sans vergogne à la *BBC* à propos de son site web pernicieux que : *« C'est ici que les ex assoiffés de revanche viennent pour calmer leurs esprits »*. Déjà quelques semaines plus tôt, son acolyte Charles Evans³ écopait d'une peine cumulée de 02 ans et un mois de prison. Il faut dire que Moore⁴, pour le moins excentrique et asocial, venait de plaider coupable des accusations de crime de vol d'identité aggravé, aide et encouragement à l'accès non autorisé à un ordinateur.

Littéralement traduite par "vengeance à caractère pornographique", l'expression « Revenge Porn » n'a pas été définie par le législateur camerounais de 2010⁵. Elle peut être perçue comme étant *« le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel obtenu avec le consentement express ou présumé de la personne ou par elle-même⁶ »*.

Ce cyber comportement advient en général lorsqu'un couple se sépare en mauvais termes et que l'un des deux a envie d'humilier ou de faire mal à son ex. Il va alors diffuser sur le Web des

² Sur les sept qu'il risquait.

³ Le qualificatif est de Rolling Stone et de la BBC, en raison de la jactance de Moore qui se targuait impudiquement d'avoir un site de Revenge porn attirant 30 millions de pages vues par mois et ayant généré entre 8000 et 13000 dollars de revenus publicitaires mensuels.

⁴ Condamné le 22 Novembre 2015 à une peine de prison d'un mois pour piratage informatique, de deux ans pour vol d'identité assortie d'une amende de 2000 dollars et 20 h de travaux d'intérêt général. L'homme âgé de 26 ans avait plaidé coupable et avoué le piratage de comptes email (Gmail et Yahoo) de centaines de femmes afin d'obtenir des photos dénudées et les revendre à Hunter Moore pour lui permettre d'alimenter son site de vengeance pornographique. Cf [https:// www.generation-nt.com.derniere](https://www.generation-nt.com.derniere) consultation le 17 Octobre 2021.

⁵ Créateur du site web "vengeance porn Is Anyone Up ?" permettant aux utilisateurs de publier des photos sexuelles et explicites de personnes en ligne sans leur consentement, souvent accompagnées d'informations personnelles telles que leur nom et leur adresse. Se présentant lui-même comme le « *ruineur de vie professionnelle* », il dévoile ainsi au grand jour "le visage hideux d'internet", dont les infractions dites de contenu parmi lesquelles les atteintes à la vie privée en constituent le principal vecteur en raison de la facilité de commission ; ceci dans la mesure où contrairement aux infractions dont les TIC sont soit l'objet, soit le moyen, celles-ci ne requièrent pas pour leur réalisation des compétences particulières en informatique : n'importe quel individu qui se connecte sur le Net peut se permettre de perpétrer cette infraction.

⁶ L'expression en elle-même commence tout de même à acquérir une certaine consécration, récemment intégrée dans certains dictionnaires anglophones comme celui du Cambridge Université et d'Oxford. En ce sens, Murielle Cahen, Comment se défendre face au « Revenge porn », [https:// www.Murielle-Cahen.com](https://www.Murielle-Cahen.com).

⁷ Article 226-2-1 du Code pénal français, introduit par la Loi n° 2016-1321 du 07/10/16 dite loi pour une République numérique.

photos ou vidéos de la personne dans des positions dégradantes, ou en plein ébats sexuels. Il peut également s'agir des paroles intimes supposées rester dans la sphère privée.

Alors que le « Revenge Porn » a à sa base l'intention de nuire ou de se venger, la Sextape quant à elle est simplement un enregistrement d'images et/ou de paroles intimes qui se retrouvent sur la toile par mégarde ou pour toute autre raison que l'envie de faire mal⁷.

Si le « *Revenge Porn* » en Anglais et porno divulgation en Français, né aux Etats-Unis dans les années 2000⁸ n'est pas une pratique apparue seulement à l'ère d'Internet⁹, force est cependant de constater qu'il se trouve particulièrement amplifié à l'heure du tout numérique, avec l'utilisation massive des réseaux sociaux, la circulation exponentielle de photos et vidéos pouvant conduire des personnes mal intentionnées qui en profiteraient à diffuser aux yeux du monde entier des images et paroles peu orthodoxes et dégradantes.

Dans ces conditions, cette pratique peut toucher tout le monde, dès lors qu'avec la vulgarisation des smartphones équipés de caméra et vidéos l'on pourrait se trouver photographe ou filmer même à son insu, bien que, à l'observation se soient les jeunes aujourd'hui les principales victimes (surtout les filles). D'autant que, outre l'intention de nuire ou de se venger, elle s'accompagne comme déjà relevé de plus en plus d'un but lucratif consistant à faire chanter les victimes de divulgation de ces données personnelles intimes en cas de non versement d'argent, faisant ainsi apparaître au grand jour la pratique dite de sextorsions¹⁰.

De fait, toutes les couches sociales sont victimes de ce phénomène, depuis le petit lycéen ou étudiant en rupture ou en bisbille avec son partenaire jusqu'aux hautes personnalités politiques, administratives, religieuses, des sportifs, stars du show business¹¹, hommes d'affaires, etc.

⁸Par exemple un but lucratif ou simplement de renommée, comme dans le cas cité infra de KIM KARDASHIAN.

⁹ Sur l'origine du « *Revenge Porn* », lire <https://www.marie-claire.fr>. Dernière consultation le 17/10/2021.

¹⁰Contrairement à ce que l'on pourrait croire, ce phénomène n'est pas apparu avec l'émergence d'Internet. En 1980, dans le magazine pornographique américain le *Huster Beaver Hunt*, il était possible de voir des photographies de mannequins nus prises à leur insu par le lectorat. Pour plus de détails, lire <https://www.lefigaro.fr>. Dernière consultation le 17 Octobre 2021.

¹¹ Le juge camerounais a pu qualifier ce comportement de chantage par voie cybernétique. Cf. TPI/YCA, Jgt n° 500/Co du 19/02/2018, Aff.MP et Fritz Ngeka Etoke c/- Christiane Arsène et Bikène Yolande, inédit.

¹²Parmi les *Revenge Porn* du Show business et des milieux sportifs les plus médiatiques, on peut citer les suivantes :

I- **Rihanna**, piégée par son ex CHRIS BROWN.

II- **Pamela Anderson** en 1995 avec sa sextape en compagnie de son ex Tommy Lee JOHN.

III- **KIM Kardashian** alors illustre inconnue en plein sextape avec son ex Ray J. Comme par hasard, ce *Revenge porn* a eu pour effet de la propulser au-devant de la scène, faisant d'elle depuis lors une star planétaire.

IV- **VALBUENA** ancien joueur de l'Olympique de Marseille en France victime d'une affaire de sextape et de tentative de *Revenge Porn*, puisque la vidéo intime du footballeur n'a jamais été publiée sur les réseaux sociaux. La victime subira seulement la pression constitutive de chantage appuyé de personnes en possession

Reste encore frais dans les esprits par exemple le cas de Benjamin Griveaux, candidat de la République en Marche en France pour la mairie de Paris, obligé de retirer sa candidature à la suite de la mise en ligne des vidéos intimes à lui attribuées, laquelle publication a suscité une vague d'indignation dans le landernau politique français et même au-delà.

Peu touché par le phénomène à l'arrivée d'Internet en 2000¹², notre pays voit depuis quelques années l'irruption fracassante de ce mal dans son cyber espace. Comme aux Etats-Unis et en Occident, aucune catégorie sociale ne semble épargnée. Il en va des élèves, étudiants, sportifs¹³ comme des hommes politiques¹⁴, universitaires¹⁵, journalistes¹⁶, femmes libres pour ne citer que ces cas.

de la Sextape et qui voulaient lui escroquer de l'argent sous la menace de divulgation de ses exploits sexuels à qui voudrait les voir. Allant plus loin que la peine requise par le parquet (10 mois de prison avec sursis et 75 000€ d'amende), le Tribunal Correctionnel de Versailles a reconnu le 24/11/2021 l'international français Karim Benzema coupable de complicité de chantage sur Mathieu Valbuena et l'a condamné à 01 an de prison avec sursis et 75 000€ d'amende.

¹³A peine suivait –on ça et là des cas d'étudiants victimes de Sextape et de REVENGE Porn dans notre pays. Il en a été ainsi de cette étudiante de l'Université de Buea qui dut se donner la mort après avoir appris la circulation sur le Net des images nues qu'elle avait envoyées à un expatrié français avec qui elle avait pris contact sur la toile dans la perspective d'une relation amoureuse, lequel ayant exigé des images intimes de la jeune fille comme préalable à son engagement affectif a cru devoir les publier par la suite sur le Net.

¹⁴Cas du footballeur camerounais Clinton Njie dont une sextape le montrant en plein ébats sexuels avec sa copine, scènes filmées et postées en septembre 2019 sur son compte Snapchat par le footballeur lui-même par une fausse manipulation selon ses dires, de retour d'une virée nocturne au cours de laquelle l'ancien joueur de l'Olympique de Marseille qui venait de signer un contrat juteux avec le Dynamo Moscou (5,5 millions d'Euros) aurait bu un verre de trop. Pour plus de détails, V. <https://doingbuzz.com>. Dernière consultation le 18/11/2021.

¹⁵L'honorable Fritz Ngeka Etoke s'est vu envoyer via WhatsApp une de ses images en tenue d'Adam par sa maîtresse dame Christiane Arsène, accompagnée d'un message lui demandant une rançon de 10 millions de FCFA. Cf TPI/YCA, Jgt n° 504/ CORR du 12/02/2019, Aff. MP et FRITZ NGEKA ETOKE C/ Christiane Arsène et Biken Yolande, inédit.

¹⁵Même s'il ne s'agit pas d'un cas typique de Sextape, mais plutôt du délit de happy slapping de l'article 75, Loi n° 2010/012/ du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et à la cybercriminalité au Cameroun, on peut citer le cas du Pr Sosthène Fouda dont les images le présentant en tenue d'Adam et en pleine bagarre avec des individus présentés comme les enfants de son épouse avaient largement été diffusées à la télévision et sur les réseaux sociaux. La victime devait d'ailleurs porter plainte contre la chaîne de télévision Vision 4 auprès du Conseil National de la Communication, laquelle avait conduit à la sanction de deux journalistes et du PDG Jean Pierre Amougou Belinga.

¹⁶Cas récent du journaliste activiste Paul Chouta dont la sextape avec une dame présentée par erreur ou envie de nuire comme sa copine Mirabelle Christelle Lingom mais qui serait sa compagne mère de son enfant, s'est trouvée largement diffusée sur les réseaux sociaux. La mort survenue plus tard de la jeune dame semble –t-il par empoisonnement a été considérée par plusieurs comme les suites fâcheuses de cette sextape. Lire notamment in <https://www.coupsfrancs.com>, « Paul Chouta entendu sur l'affaire de la sextape » ; « Décès de Mirabelle Lingo : l'étrange silence du gouvernement » in <https://actu.cameroon.com>. Peut aussi être cité le cas plus récent encore du journaliste Martin Camus Mimb et son acolyte Wilfried Eteki, empêtrés dans une affaire de sextape avec la jeune Malicka Bayemi encore pendante devant le TPI de Douala Bonanjo.

Se pose alors avec acuité le problème de la protection du droit à la vie privée¹⁷ sur l'Internet ; face à ces mutations numériques de la société contemporaine et à ces nouveaux cyber comportements préjudiciables, le droit positif et un droit pénal spécial 2.0 émergent progressivement, au détriment du droit commun¹⁸. Page | 178

Au Cameroun, les pouvoirs publics semblent avoir pris à bras le corps le problème, dans la mesure où outre les dispositions du Code pénal qui protègent le droit au respect de la vie privée¹⁹, le législateur de manière spécifique dans la loi relative à la cyber sécurité et à la cyber criminalité réprime aux articles 74 et 75 notamment diverses formes d'atteintes à la vie privée dont le Revenge Porn et la Sextape²⁰. Cette expression, il convient de le relever désigne la sphère d'intimité réservée à chaque individu et protégée contre les intrusions extérieures, qu'elles proviennent des autres individus ou même de l'État.

La question qu'il convient alors de se poser est la suivante : pourquoi, malgré le dispositif mis en place, le droit à la vie privée fait l'objet d'atteinte sans cesse croissante par ces délits de sextape et Revenge porn dans notre cyber espace ? La réponse à cette question, et qui structure la présente réflexion est qu'il en est ainsi parce que le dispositif de protection élaboré est relativement inefficace et inadapté à faire face aux exigences de la lutte contre ce phénomène.

¹⁷ Droit consacré par de nombreux textes à la fois notamment internationaux. Ainsi l'art 12 de la DUDH dispose que « Nul ne sera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». De son côté, y faisant écho, il est fait mention dans le préambule de la constitution du 18 Janvier 1996 que le peuple camerounais « affirme son attachement aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme... », étant entendu qu'aux termes de l'article 65, le préambule fait partie intégrante de la constitution.

¹⁸ En France par exemple le Revenge Porn est resté longtemps l'apanage du droit commun. Les victimes ne pouvaient emprunter la voie pénale, mais seulement agir notamment sur le fondement de l'article 9 du Code Civil sur le droit au respect de la vie privée. Les juridictions ne sanctionnaient pas pénalement le fait de diffuser des images sexuelles sur la toile, sans le consentement de la victime.

¹⁹ Notamment les articles 299 à 300 sur l'incrimination et la sanction de la violation de domicile et de correspondance.

²⁰ -Loi no° 2010/012 du 21/12/2010, Juridis Périodique no° 84, Oct. - Nov.- Déc. 2010. Il convient de préciser que ce n'est pas tout le droit à la vie privée qui est cyber attaquable sur la toile. C'est par exemple le cas de l'inviolabilité du domicile.

L'intérêt d'une telle réflexion est à la fois politique, économique, sociale et éthique. Au plan politique d'abord, il est loisible de constater qu'aujourd'hui il est fait recours aux données personnelles intimes pour ternir l'image d'un potentiel candidat à une élection qui pourrait paraître plus fort, les effets d'une telle manœuvre pouvant même impacter négativement toute une formation politique. Qu'il nous suffise ici de rappeler le cas de Benjamin Griveaux sus cité, obligé de retirer sa candidature à la Mairie de Paris après la publication d'une Sextape le mettant en cause.

Au plan économique ensuite, les sextapes sont devenues aujourd'hui un instrument de chantage entre les mains de personnes malveillantes qui les possèdent et qui spolient les victimes parfois obligées de verser de fortes sommes d'argent pour que les vidéos de leurs images intimes ne se retrouvent sur la toile. Des personnalités, et autres opérateurs économiques sont particulièrement visés par ces pratiques qui peuvent d'ailleurs en terminant son image, s'agissant d'un homme d'affaires, avoir un impact négatif sur son business.

Au plan socio-éthique enfin, la déferlante du phénomène de sextape et de Revenge porn, par la banalisation de l'intimité et de l'acte sexuel qu'elle induit²¹, constitue une cause majeure d'exacerbation de la dégradation des mœurs surtout en milieu jeune où la pratique est récurrente, bon nombre d'adolescents qui s'y adonnent s'exerçant même à jouer les maîtres chanteurs auprès de leurs victimes très souvent mineures qui se retrouvent ainsi harcelées, spoliées et désemparées. Si on n'y prend garde, c'est une bonne frange de la jeunesse du pays qui se retrouvera ainsi sans repère et en déliquescence²².

En tout état de cause, l'inefficacité et l'inadaptation du cyber dispositif de protection du droit à la vie privée que nous déplorons sont perceptibles à la fois à travers une prévention quasi inexistante (I), et une répression déficitaire (II).

I- UNE PREVENTION QUASI INEXISTANTE

Dans un monde aussi ouvert à l'heure du tout numérique et, alors que les mœurs se débrident chaque jour un peu plus, la répression, aussi sévère et effective soit-elle ne suffira sans

²¹ Certains auteurs affirment ainsi en voyant le péril qui pèse sur la vie privée que si l'on n'y prend garde, le concept de vie privée pourtant si important pour l'équilibre des rapports sociaux deviendra vide de sens. V. Notamment H.M.Tchabo Sontang, « Le droit à la vie privée à l'ère des TIC au Cameroun », la Revue de droit de l'homme, Janv. 2020,p.1. Y.Detaigne et A.-M.Escoffier, « La vie privée, une valeur fondamentale menacée ? », cité par H.M.Tchabo Sontang, op-cit, p.15.

²² Le concept de vie privée apparaît ainsi d'une importance capitale en ce sens qu'il contribue on l'a dit, à l'équilibre des rapports sociaux. Cf A.Vitalis, L'incertaine révolution numérique, 1 Londres, ISTE Editions, 2016, p.28.

doute jamais à juguler ces agressions sans cesse croissantes du droit à la vie privée sur l'internet, de surcroît s'agissant du phénomène insaisissable de Revenge porn et de sextape.

Il va donc falloir aller plus loin, plus en amont, pour agir dans les mentalités et les consciences afin de dissuader les potentiels infracteurs de s'engager sur ce chemin de travers du monde virtuel, d'autant que, à bien y regarder, beaucoup d'auteurs de ces cyber comportements en particulier les jeunes, sont ignorants du caractère illégal de leurs agissements et même de la gravité des conséquences qu'ils peuvent avoir sur les victimes.

De là la place prépondérante de la prévention²³ dans la lutte contre le Revenge porn et la sextape que ce soit dans sa dimension de sensibilisation, d'éducation ou encore de recours aux mesures techniques permettant sinon d'empêcher la commission des cyber comportements décriés, du moins d'éviter leur survivance sur la toile une fois commis à travers la technique du déréférencement.

A l'observation cependant, peu de place semble avoir été accordée à la prévention par les pouvoirs publics dans la lutte contre ces fléaux du monde virtuel, car à une sensibilisation peu visible (A), s'ajoute une négligence de la pratique du déréférencement qui a pour effet de limiter l'apport de la protection technique (B).

A- Une sensibilisation peu visible.

Si les actions visant la prévention du phénomène existent, elles sont beaucoup plus déclamées que réellement vécues sur le terrain avec un impact réel, du fait de la timidité des pouvoirs publics face aux fléaux (1). Des solutions plus concrètes existent pourtant (2).

1- La timidité des pouvoirs publics.

Face à la montée des atteintes au droit à la vie privée sur Internet, le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il manque dans notre pays une véritable politique de lutte préventive contre le phénomène. Au mieux, les pouvoirs publics sont beaucoup plus dans la réactivité plutôt que dans la pro activité, optant pour des déclamations médiatiques sans impact réel et sans stratégie bien construite, agissant par à coup à chaque nouveau scandale en montant au créneau, visiblement pour

²³ Il faut entendre par là, écrit Gérard Cornue « ensemble des mesures et institutions destinées » à empêcher ou au moins à limiter la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles etc..., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens » Cornu(G), Vocabulaire juridique, P.U.F, 10^e éd., 2014, p.800.

apaiser l'opinion publique, alors que le mal fait des ravages au quotidien dans les vies des citoyens nombreux, ignorant même qu'ils peuvent ne serait-ce que se plaindre²⁴.

L'affaire de la sextape de Malicka Bayemi qui mettait en cause notamment le journaliste sportif Martin Camus Mimb offre à cet égard une illustration véritable de l'incongruité de l'attitude des pouvoirs publics camerounais vis-à-vis de ces délits. Au début de cette affaire²⁵ relative faut-il le rappeler à la publication d'une vidéo montrant la jeune Bayemi en plein ébats sexuels tour à tour avec deux individus à savoir le journaliste sportif et son ami sieur Wilfried ETEKI, alors que plusieurs acteurs publics avec en tête les avocats s'étaient levés contre à la fois le contenu et la publication de cette vidéo, grande a été la surprise des Camerounais de voir certains dirigeants du pays dont de surcroît tout un ministre de la République²⁶, apporter leur soutien au journaliste suspect.

C'est la détermination de la société civile et des avocats qui va, pour ainsi dire, faire entendre raison à ces soutiens inappropriés, les amenant à faire volte-face. Cette attitude discordante, devant un phénomène aussi asocial et destructeur est révélatrice de l'incohérence de la réponse des pouvoirs publics camerounais face à ces cyber comportements.

D'autant que, lorsqu'ils réagissent, les mesures envisagées par les membres du gouvernement apparaissent davantage comme de simples déclamations médiatiques, destinées à contenter l'opinion publique plutôt qu'à juguler effectivement le mal.

Ainsi, face au courroux²⁷ des populations suite à la sextape de Bayemi montant au créneau le 21 juin 2021, la Ministre de la promotion de la femme et de la famille Madame Irène Nguene qu'entouraient pour la circonstance le Secrétaire d'Etat au Ministère de l'Education de Base Asheri KILO et le Secrétaire Général du Ministère de la Communication Felix ZOGO, a cru devoir

²⁴ Le quotidien gouvernemental Cameroon Tribune rend ainsi compte d'un cas d'une jeune femme prise au piège de la sextape par son copain ; ayant tenté en effet de mettre un terme à leur relation pour laisser place à une nouvelle, elle s'est vue stopper net par son petit ami lui rappelant « *Qu'il a des photos d'elles nues, et menace de les balancer sur la toile si elle le quitte. Du coup, la fille renonce à la rupture...* » Cf. CT n°12477 /8676 du 19/11/21, p.19. Ce cyber chanteur, davantage que la jeune fille victime ignore visiblement qu'il s'agit là d'un comportement délictuel. La jeune fille devient ainsi l'obligée de ce maître chanteur sans scrupule, avec toutes les conséquences qui peuvent s'en suivre.

²⁵ Encore pendante devant le Tribunal de Première Instance de Douala-Bonanjo. Récemment le journaliste en cause le sieur Martin Camus MIMB a été mis en liberté provisoire après quelques mois passés en détention.

²⁶ Comme pour ne rien arranger, il ne s'agit ni plus ni moins que du Ministre Délégué auprès du Ministre de la Justice Garde des Sceaux supposé comprendre mieux que quiconque la dangerosité du fléau et le combattre ! Lire notamment, « *Affaire Malika-Camus Mimb : Jean De Dieu Momo décidé à protéger contre vents et marées les bourreaux* », <https://actucameroun.com>. Dernière consultation le 18/02/22.

²⁷ Des centaines de femmes exprimant leur ras-le-bol étaient descendues dans la rue précisément devant la chaîne de radio IRIS où travaille le journaliste mis en cause. Il en va de même d'une horde de Camerounais de la diaspora française qui avait manifesté dans certains magasins français en brandissant les images de cette Sextape.

condamner fermement les images de cette Sextape, affirmant que : « *L'acte lui-même est déjà ignoble. Le publier l'est encore plus* ». Ajoutant qu'il s'agit d'acte « *odieux et malsains qui chosifient la jeune femme* ».

Comme solution, la Ministre propose « *une synergie d'action des pouvoirs publics, des autorités politiques, judiciaires et religieuses ainsi que de l'ensemble de la société pour une lutte contre les auteurs de ces pratiques*²⁸ ». Les chefs de famille avaient ainsi été invités à s'impliquer davantage dans l'encadrement de leurs enfants. Quant aux auteurs de ces cyber comportements, la Ministre les engageait à une prise de conscience du péril, de la détresse morale et psychologique dans lesquels ils plongent les victimes et les familles.

Réagissant à ce fléau , l'archevêque de Douala pour sa part, dans une lettre pastorale datée du 8 août 2021 a cru devoir exprimer ses inquiétudes face aux signes tangibles selon lui du déclin des valeurs morales à savoir la diffusion des vidéos obscènes sur les réseaux sociaux ; il relève alors que « *Cette pratique qui va à l'encontre de la pudeur et des bonnes mœurs prend chaque jour des proportions inquiétantes dans la société camerounaise et est en contradiction ouverte avec la Parole de Dieu et les valeurs ancestrales* ». Pour résoudre le mal, le prélat invite tous les Camerounais à « *s'impliquer dans le redressement moral dont leur pays a besoin, afin que soient restaurées la dignité de la personne humaine et une citoyenneté responsable* ». En même temps, il exhorte le gouvernement à « *intensifier la lutte contre la cybercriminalité, à promouvoir l'éducation morale et à punir sans complaisance les auteurs de tels actes*²⁹ ».

Mais quel peut être l'impact de ces proclamations, sans actions concrètes, sans notamment une sensibilisation et une éducation réelles et soutenues, en direction des victimes potentielles que sont les jeunes ? A quand la synergie d'action prônée par le Ministre ? Sans doute insignifiant.

On peut alors comprendre que seulement quelques mois après ce scandale, un autre, encore plus pernicieux pour la jeunesse au regard des acteurs impliqués, ait défrayé la chronique ; il s'agit de la Revenge porn de l'ex footballeuse camerounaise Gaëlle Enganamouit³⁰, en pleins ébats sexuels homosexuels avec la jeune Khalifa. Les vidéos de leurs rapports sexuels avaient été publiées suite à une mésentente entre les « *tourtereaux* ». C'est la preuve s'il en était encore besoin,

²⁸ Cf. CT précité, p.20.

²⁹ CT précité, p.20.

³⁰ Dire que cette dernière avait été nommée team manager de l'équipe nationale de football féminin ! Poste qu'elle abandonnera quelques temps avant la publication de cette sextape, sans doute en subodorant les conséquences qu'elle entraînerait.

de l'inefficacité de la réponse camerounaise face à ce phénomène. On ajoutera volontiers les cas récents encore au mois de janvier 2022 des étudiants d'ISSAM³¹, en plein partouze et autres pratiques sexuelles dont les vidéos inondent la toile³², ou de la jeune Cynthia Fiangan dont les vidéos intimes vêtue en maillot des lions indomptables ont été postées par son petit ami, selon la gamine.

De manière spécifique, lorsqu'on aborde la question de la prévention de la cybercriminalité au Cameroun, deux structures sont particulièrement visées à savoir le Ministère des Postes et Télécommunications (MINPOSTEL) et l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication³³ (ANTIC).

A cet égard, la loi n° 2010/012 précitée assigne en son article 6 d'un côté à l'administration en charge des télécommunications la mission d'élaborer et de mettre en œuvre la politique de **sécurisation** des communications électroniques et des systèmes d'information³⁴ et de l'autre, à l'ANTIC le rôle de réguler et de suivre les activités de sécurité électronique.

Nous n'avons pas connaissance des actions significatives menées par le MINPOSTEL visant à prévenir les actes de Sextape et de Revenge porn, ni envers les victimes réelles ou potentielles, ni envers les cybers délinquants ou les administrations impliquées dans cette lutte de par leurs missions.

Quant à l'ANTIC, de manière singulière, elle est chargée d'assurer la veille technologique et d'émettre des alertes et recommandations en matière de sécurité des réseaux de communications électroniques et de certification. De même, dans sa mission générale de promotion et de suivi des activités des pouvoirs publics en matière de TIC³⁵, elle est chargée plus spécifiquement entre autres de veiller, dans l'usage des technologies de l'information et de la communication, **au respect de**

³¹ Institut Supérieur des Sciences, Arts et Métiers, propriété du patron du Groupe l'Anecdote Jean Pierre Amougou Belinga.

³² Voir notamment <https://mobile.camerounweb.com/Derniere> consultation 10/02/22, « Pornographie en milieu scolaire : la sortie maladroite de l'ISSAM ».

³³ L'ART l'étant dans une moindre mesure.

³⁴ Cette politique permet à la fois d'avoir une vision globale dans les efforts de lutte contre cette délinquance et d'harmoniser ces efforts. Aux termes **de l'article 1(2) du décret n°2012/512 du 12/11/12 portant organisation du MINPOSTEL**, ce ministère est chargé notamment du suivi des activités liées au commerce électronique et les questions de cyber sécurité et de cybercriminalité, en liaison avec les **Administrations concernées**. A ce propos, en créant la Direction de la Sécurité des Réseaux et des Systèmes d'information, le décret n°2012/512 lui assigne entre autres missions à l'article 78, la vulgarisation des mesures de protection des populations contre les actes de criminalité cybernétique.

³⁵ Telle que prescrite par l'article 96 de la loi n°2010/013 du 21 décembre 2013 relative aux communications électroniques au Cameroun laquelle, en créant l'ANTIC, lui assigne cette mission générale.

l'éthique, ainsi qu'à la protection de la propriété intellectuelle des consommateurs, **des bonnes mœurs** et de **la vie privée**.

Le moins que l'on puisse dire est que cet organisme a du pain sur la planche dans l'exécution de cette mission d'assainissement des comportements dans l'usage des TIC, en même temps qu'elle apparaît comme la structure la plus dédiée à la lutte contre les agissements de travers sur les réseaux sociaux, avec en bonne place les sextapes et les Revenge porn.

Interrogé sur les mesures à prendre pour se prémunir contre les actes exposant la vie des personnes sur les réseaux sociaux, le Directeur Général de l'ANTIC, le professeur Ebot Ebot Enaw laisse le lecteur sur la soif. Après avoir reconnu volontiers la place prépondérante de la prévention dans la lutte contre ces cyber atteintes en affirmant que la technologie seule ne saurait suffire, il ajoutera qu'il « *faut y associer prioritairement des mesures organisationnelles (préventives). Notamment éviter de transférer ses images, vidéos intimes, à un correspondant ou de les stocker sur un terminal non sécurisé à défaut simplement d'éviter de filmer ces scènes*³⁶ ».

Seulement, la solution préventive n'est pas dans la proclamation stérile de ces mesures, mais dans les efforts à fournir réellement pour leur appropriation et leur mise en œuvre effective par les acteurs concernés. Or, sur ce terrain, tout reste à faire, car les différents scandales sexuels qui saturent le cyberspace camerounais, ajouté à cette vérité qu'aujourd'hui la quasi-totalité des jeunes recourt systématiquement à la pratique des sextapes dans leur sexualité du reste de plus en plus précoce³⁷, incline à émettre des réserves sur l'efficacité et l'effectivité de ces mesures en direction des internautes.

Dans ces conditions, des réserves sont à émettre sur l'ampleur de ces mesures préventives dont fait allusion le DG de l'ANTIC lorsque, répondant à la question de savoir quelles sont les actions préventives menées par les pouvoirs publics pour juguler le phénomène de Sextape et de Revenge porn, il soutient que : « *à travers le MINPOSTEL et l'ANTIC, plusieurs actions d'ordre préventif sont menées par des campagnes de sensibilisation des populations sur l'étendue du territoire national à travers différents canaux (radio, télévision, presse écrite, sms, réseaux sociaux). Ces actions dit-il, visent à éduquer les usagers sur l'utilisation responsable des réseaux sociaux et les risques y inhérents, en évitant la diffusion des images choquantes, des messages*

³⁶ CT précité, p.21.

³⁷ Il suffit de visiter la toile pour se rendre compte de l'ampleur de ce phénomène, des sites entiers invitant les internautes à publier leurs sextapes en toute liberté (sous-entendu en toute impunité) n'étant pas rares dans le cyberspace camerounais.

véhiculant la haine et surtout le partage des vidéogrammes pornographiques qui constituent des infractions cybernétiques³⁸... ». Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces actions ne sont pas ressenties sur le terrain auprès des cibles potentielles dont bon nombre ne sait même pas que les cyber comportements déplorés sont réprimés !

On peut dès lors comprendre l'embarras de ce haut responsable de l'administration lorsqu'il est interrogé sur le résultat concret qu'aurait déjà enregistré l'ANTIC dans le cadre de cette lutte. Subordonnant l'atteinte de ces résultats à la collaboration pour l'obtention des informations avec certaines structures localisées à l'étranger notamment Facebook, il affirme sans plus que « *cette collaboration a permis à l'ANTIC de diligenter plusieurs enquêtes* » !

2- Les solutions envisageables

Il n'existe sans doute pas de panacée contre ces phénomènes de Sextape et de Revenge porn, pas plus qu'il n'existe nulle part dans le monde de cyber criminalité zéro. Mais les réponses données par les pouvoirs publics pour prévenir le mal semblent trop timides et conséquemment vouées à l'inefficacité. Pour stopper pourtant l'avancée du phénomène, trois types d'actions sont envisageables : une sensibilisation dense et adaptée, la vulgarisation des textes réprimant le fléau et un véritable réarmement moral.

S'agissant d'abord du premier point, il faut une **sensibilisation dense et adaptée**, dirigée vers les cibles proprement dites. Cette dernière exigence suppose la connaissance des statistiques dans ce domaine. On sait globalement que les jeunes sont les principales victimes et/ou auteurs. Mais il faut autant que possible avoir les chiffres, les profils des victimes comme des infracteurs, l'évolution des infractions par année etc... C'est à partir de ces données que les actions ciblées et adaptées de sensibilisation et d'éducation efficaces pourront être envisagées.³⁹

Comme deuxième action envisageable, **il y a la vulgarisation des textes réprimant la cyber criminalité en général, et les infractions visées en particulier**. A l'observation, très peu d'auteurs et surtout de victimes des délits en cause savent que ces cyber comportements sont

³⁸ CT précité, p21.

³⁹ En France par exemple, les statistiques existent et peuvent donc faciliter la maîtrise du phénomène. Ainsi selon l'institut IPSOS, en Novembre 2014, une adolescente sur quatre déclare avoir été victime d'humiliation et d'harcèlement en ligne. Une étude plus récente du Ministère de l'Education Nationale montre qu'environ 1/5 de collégiens est concerné par la cyber violence, avec en première ligne les filles (21%) et les garçons (15%). Cf <https://www.thierryvallatavocat.com>. Dernière consultation le 11/12/2021.

réprimés par la loi, cette ignorance est accentuée par le sentiment désinhibant⁴⁰ que tout serait permis sur Internet.

Dans un contexte où très peu de praticiens⁴¹ policiers, gendarmes et même magistrats ont connaissance des textes pénaux réprimant la cyber criminalité au Cameroun, la vulgarisation de ces lois apparaît nécessairement comme un impératif urgent.

Enfin, la troisième action envisageable est d'une manière générale **un réarmement moral de notre pays**. Dans un environnement de décrépitude morale généralisée, s'offrir en spectacle sur la toile tend à devenir de plus en plus un fait banal, à défaut d'être normal. A ce propos, le sociologue Henri Tedongmo Teko propose : « *la mobilisation des sciences humaines et sociales dans l'optique de redéfinir les modalités et les mécanismes de la socialisation* ». L'émergence des formes actuelles de déviance rendant compte selon lui d'une « *crise de valeurs qui ne peut pas être résolue qu'à travers des actions sur les valeurs sociales et un assainissement de l'environnement social* »⁴². Chargé notamment du réarmement moral des jeunes, le Ministère de la Jeunesse et de l'Education Civique peine encore à imprimer sa marque dans ce domaine⁴³.

B- Une protection technique limitée

Aucune sensibilisation, aussi élaborée soit-elle, ne saurait réussir à elle toute seule à éradiquer le phénomène de sextape et de Revenge porn, véritable phénomène de mode dont raffole la jeunesse camerounaise. C'est dire que l'objectif de lutte préventive pour être atteint devra convoquer d'autres types de mesures, au nombre desquelles figurent en bonne place les mesures techniques de protection qui visent tantôt à empêcher directement la commission de ces infractions, tantôt à éviter leur survivance à travers le déréférencement. A l'observation, d'une part la panoplie des mesures de protection préconisées par l'ANTIC semble manquer d'impact (1) au

⁴⁰ Nombre d'internautes pensent que leurs comportements sur la toile échappent à toute sanction en raison surtout de l'anonymat qui prédomine et de la distance.

⁴¹ Une enquête menée par nos soins auprès des responsables d'Unités de Police et de Gendarmerie du Sud révélait par exemple que sur 150 Chefs d'Unité et Adjoints, à peine 05 soit 3,33% savent qu'il existe des lois spéciales sur la cybercriminalité et 1 seulement a déjà lu ou est en possession de ces lois ; de plus un seul a déjà pu viser l'une de ces lois notamment la loi N° 2010/012 précitée au cours de ses procédures. Plus de 10 ans après les lois de 2010, ce constat est plutôt alarmant, d'autant que cette réalité est quasiment là même dans les autres régions. Même les magistrats en sont encore au stade de l'imprégnation. Pour plus de détails, V. notre thèse, La politique criminelle camerounaise de lutte contre la cybercriminalité, op.cit., pp.590 et ss.

⁴² CT n° 12417/8676 précité, p.20.

⁴³ Responsable de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique du gouvernement dans le domaine de la jeunesse, de l'éducation civique et de la promotion de l'intégration nationale, le MINJEC est visiblement encore à la traîne sur cette préoccupation majeure de réarmement moral de la jeunesse, puisqu'il en est encore au stade de la formation des formateurs V. Notamment, « de nouvelles armes pour le dispositif de réarmement moral », [https // startuptime-net](https://startuptime-net) » pts-jeune. Dernière consultation le 18/02/22.

vu de l'ampleur du phénomène, de même que l'on note curieusement une négligence de la pratique du déréférencement (2).

1- L'impact insuffisant des mesures techniques préconisées

A la question de savoir comment se prémunir contre les sextapes et Revenge porn, l'ANTIC à travers son Directeur Général évoque notamment les **coffres-forts numériques** qui sont des plateformes pouvant être installées sur des terminaux (ordinateurs, téléphone, tablettes) lesquelles, selon l'ANTIC, grâce à des technologies robustes, permettent de protéger des données importantes des utilisateurs et subséquemment les images, paroles ou écrits intimes.

Sont également préconisées les **solutions DLP**⁴⁴ dont l'objectif est d'empêcher la diffusion des données sensibles. Elles peuvent être installées à l'échelle d'une entreprise pour empêcher la fuite de documents électroniques officiels ou sur le terminal d'un particulier pour éviter la diffusion des données intimes. Ces solutions, relève le DG disposent même de modules permettant de géo localiser les terminaux, de bloquer ou de supprimer les données en cause à distance⁴⁵.

Mais outre le fait qu'elles ne sont pas infaillibles, quel peut être l'impact de ces mesures de protection sans véritable appropriation par les victimes potentielles, laquelle passe par une sensibilisation bien conduite ? Sans doute il n'y a pas grand résultat à espérer. Combien de Camerounais consulte le site web de l'ANTIC ?

L'on peut dès lors comprendre la réponse évasive donnée par le DG de l'ANTIC à la question de savoir quels sont les résultats concrets enregistrés dans la lutte contre ce phénomène⁴⁶.

2- La négligence de la technique du déréférencement.

Une des solutions pour lutter contre les délits de sextape et de Revenge porn est de recourir à la technique de déréférencement. Celle-ci à proprement parler, ne vise pas, du moins directement à prévenir ou à éviter la commission de ces infractions, mais plutôt à empêcher leur survivance

⁴⁴ Data Leakage Prévention.

⁴⁵ Le DG de l'ANTIC précise qu'une liste exhaustive des outils de protection et de bonnes pratiques sécuritaires est disponible sur le site web de l'ANTIC à l'adresse www.antic.cm. Cf. CT n° 12477/8676 du vendredi 19/11/2021, p 21.

⁴⁶En lieu et place de résultats le DG évoque plutôt les obstacles légaux dus au fait que les plateformes des réseaux sociaux sont hébergées à l'étranger et appelle à la coopération pour l'échange d'information avec les éditeurs de ceux-ci notamment Facebook.

dans le cyber espace en rendant l'accès impossible aux sites qui les hébergent ou simplement en les effaçant.

Le déréférencement est ainsi la matérialisation du droit à l'oubli sur l'Internet, entendu comme le droit de faire supprimer des recherches sur Internet et d'autres répertoires, sous certaines conditions⁴⁷, les informations privées néfastes concernant une personne. En vigueur au sein de l'Union Européenne depuis 2006, ce droit est ignoré aussi bien de la Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel⁴⁸, que des lois camerounaises de 2010 sur la cybercriminalité.

Le cyber citoyen camerounais victime de sextape ou de Revenge porn ne pourrait donc pas recourir à ce droit stratégique pour voir déréférencer du cyber espace des données intimes qui portent atteintes à sa vie privée. Certes, la législation camerounaise de 2010 met à la charge des intermédiaires techniques⁴⁹ des obligations visant à sanctuariser pour ainsi dire, notre cyber espace, notamment les obligations de surveillance⁵⁰ et de filtrage des données en circulation, le non-respect par ceux-ci de celles-là pouvant entraîner leur responsabilité pénale⁵¹; mais la mise en œuvre de cette protection peut se heurter à une difficulté réelle, dans la mesure où les sites des réseaux sociaux qui véhiculent ces données intimes litigieuses constitutives de sextape et Revenge porn sont hébergés à l'étranger⁵², échappant conséquemment à notre législation.

⁴⁷ En France par exemple, le demandeur doit remplir plusieurs conditions de forme notamment adresser au moteur de recherche, par le biais de son formulaire en ligne, une demande de déréférencement d'un contenu en cause, préciser l'adresse web (URL) du résultat faisant l'objet de la demande, motiver ladite demande en indiquant au moteur de recherche pourquoi il souhaite que le lien soit déréférencé. Pour le traitement de la requête, le moteur de recherche dispose d'un délai d'un mois compte tenu de la complexité de la demande ou du nombre de demandes reçues. Dans ce dernier cas, il doit informer le requérant des raisons de cette prolongation. En cas de non réponse ou de réponse insuffisante, le demandeur peut adresser une plainte à la CNIL (Commission Nationale informatique et Libertés) par courrier ou en ligne. Pour toutes ces informations, lire, « Le déréférencement d'un contenu dans un moteur de recherche », <https://www.cnil.fr>

⁴⁸ Du 27 Juin 2014. Du reste encore non ratifiée par le Cameroun.

⁴⁹ Sous ce vocable inexistant dans la législation camerounaise sur la cybercriminalité, l'on regroupe trois catégories d'acteurs du cyberspace à savoir les opérateurs, les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. Cf article 6 et suivants, loi française du 21 juin 2004 dite loi pour la confiance dans l'économie numérique.

⁵⁰ D'une importance capitale quant à l'objectif de lutte contre la cybercriminalité, cette obligation permet aux intermédiaires techniques de surveiller les données de leurs réseaux en installant des mécanismes de surveillance. Leur responsabilité étant engagée si l'utilisation des données porte atteinte aux libertés individuelles des usagers (article 25 alinéas 2 et 3, Loi n° 2010/012 précitée).

⁵¹ Sur les contenus de ces obligations qui pèsent sur les intermédiaires techniques, Voir notre thèse précitée, pp.542 et ss.

⁵² Notamment en France et aux USA s'agissant de Facebook et Google.

L'on découvre alors avec ahurissement que plusieurs mois voire années après leur commission, les vidéos des délits de sextape et Revenge porn de bon nombre de Camerounais demeurent encore aujourd'hui aisément consultables sur la toile et le seront encore probablement pour longtemps ! C'est le cas des affaires comme celle du footballeur camerounais Clinton Njie⁵³ ou plus récente de l'ex lionne indomptable Gaëlle Enganamouit⁵⁴, ou celle dernièrement de la jeune Cynthia Fiangan⁵⁵. Page | 189

Les pouvoirs publics à travers l'ANTIC notamment devraient engager des démarches de coopération soit à l'initiative, soit en aidant les victimes à faire déréférencer les sites qui hébergent ces images et vidéos indésirables. A quoi serviraient auprès des jeunes ces campagnes de sensibilisation et d'éducation aussi élaborées soient-elles contre la pratique de Sextape et Revenge porn, si à la moindre balade sur le Net ces adolescents peuvent retrouver les images compromettantes de ces stars qu'ils tiennent pour la plupart pour modèle ? La banalisation et la vulgarisation de ces comportements déviants favorisent-elles un tant soit peu le réarmement moral souhaité de notre jeunesse ? La réponse est sans doute négative, d'autant que la répression, pourtant nécessaire ici, se fait pour le moins capricieuse.

II- UNE REPRESSION DEFICITAIRE

A n'en point douter, le législateur camerounais n'a pas attendu l'ampleur unanimement constatée et décriée des atteintes au droit à la vie privée dans notre cyberspace pour échafauder un dispositif de protection. Un droit pénal spécial pour ainsi dire, a été mis en place en particulier par la loi de 2010.

Précisément, la loi n° 2010 /012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et à la cybercriminalité au Cameroun érige effectivement en infractions les cyber comportements constitutifs de Revenge porn et de sextape, véritables prédateurs du droit à l'intimité de la vie privée. Pourtant, le phénomène semble loin d'être maîtrisé au regard de son occurrence et de sa récurrence dans notre pays. A l'analyse, le dispositif répressif mis en place, ultime rempart contre les atteintes déplorées pose deux problèmes : une incrimination lacunaire des cyber comportements visés (A), adossée à des sanctions peu dissuasives (B).

A- L'incrimination lacunaire des cybercomportements visés

⁵³ Il suffit d'aller sur Google pour retrouver ces vidéos facilement référencées par plusieurs liens notamment <https://Kompen.com>, [insolites. Htps : // in.porncache.net](https://insolites.com), pour une affaire qui date de plus de deux ans aujourd'hui !

⁵⁴[Htps : // pornkai .com](https://pornkai.com)

⁵⁵Idem.

L'article 74 alinéa 1 de la loi n° 2010 /012 précitée subordonne et ceci dans une rédaction laconique, la caractérisation des deux infractions, que ce soit le Revenge porn ou la sextape au consentement de la victime. Cette exigence est cependant problématique parce que de nature à limiter le champ d'application de cette disposition (1), d'où la nécessité de relecture de celle-ci (2).

1- L'exigence problématique du consentement de la victime : l'expérience de la jurisprudence française.

Aux termes de l'article 74 alinéa 1 suscité : « *Est puni d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans et d'une amende de 1.000.000 (un million) à 5000.000(cinq millions) FCFA, qui conque, au moyen d'un procédé quelconque porte atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, les données électroniques ayant un caractère privé ou confidentiel* ».

Il convient tout d'abord de relever qu'il s'agit là d'une **infraction spécifique** au monde virtuel dans la mesure où les données en cause doivent être sous forme numérique. Il peut s'agir de tout type de données : images, paroles. Ensuite, pour que l'infraction soit constituée, **deux conditions cumulatives sont** nécessaires ; d'une part, les données numériques ayant un caractère privé ou confidentiel doivent avoir été fixées, enregistrées ou transmises, d'autre part elles doivent l'avoir été, sans le consentement de la victime.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'infraction est constituée, sous réserve évidemment de prouver **l'intention coupable** puisqu'il s'agit d'une infraction intentionnelle. Celle-ci se ramène ici à l'intention de porter atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne dont on dévoile les enregistrements ou documents portant sur les paroles ou images à caractère intime⁵⁶. Cette conditionnalité faut-il le rappeler, marque la différence entre le Revenge porn dont le but vise à nuire à autrui et la sextape qui n'a pas cet objectif.

Telle que rédigée, l'incrimination de ces deux infractions pose au moins deux problèmes. D'abord, l'exigence du consentement de la victime comme fait justificatif de l'infraction. Autrement dit, le délit n'est constitué que si la victime n'a pas donné son consentement. La question qui se pose est celle de savoir à quel moment la victime doit donner ce

⁵⁶ Sur la répression du Revenge porn, lire notamment AVI BITTON, « Le délit de Revenge porn », <https://www.avibitton.com>. Dernière consultation 04 novembre 2021. Lire également notre thèse intitulée, La politique criminelle camerounaise de lutte contre la cybercriminalité, thèse de doctorat PhD en droit privé, Université de Ngaoundéré, 2020, pp.468 et ss.

consentement et si celui-ci peut être présumé. Dans son contenu actuel, l'article 74 alinéa 1 ne permet pas d'apporter une réponse claire à cette problématique cruciale.

Lorsque la victime a donné son accord pour la captation, la fixation ou l'enregistrement, peut-on ou doit-on en déduire qu'elle a également donné son accord pour la diffusion ? Par ailleurs, quelle doit être la forme de ce consentement, doit-il être express ou peut-il aussi être tacite ?

La législation camerounaise, par son laconisme, n'apporte aucune réponse à ces préoccupations ; elles peuvent pourtant être source de difficultés réelles. L'illustration peut être faite dans la jurisprudence française à travers l'arrêt à la fois célèbre et polémique⁵⁷ du 16 mars 2016 de la Cour de Cassation infirmant l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes, lequel considérait que « *n'était pas pénalement réprimé le fait de diffuser sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement* ». ⁵⁸

En l'espèce, une jeune femme dont l'amant avait diffusé une photographie la présentant nue et enceinte avait déposé une plainte sur le fondement de l'article 226-1⁵⁹ et 226-2⁶⁰ du Code pénal français réprimant les atteintes à l'intimité de la vie privée. Si le juge du fond lui avait donné raison, la Cour de Cassation quant à elle devait casser l'arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes. **Était convoqué ici fort à propos⁶¹ du reste, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale,** lequel rendait les délits des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal français inadaptes à la montée

⁵⁷ Cet arrêt a entraîné une vague d'indignation ayant justifié très rapidement une réforme du Code pénal français à l'effet de l'adapter aux réalités et exigences du monde virtuel, notamment en ce qui concerne la répression des cyber comportements de Revenge porn et de sextape.

⁵⁸ Cass.Crim.16 mars 2016, n° 15-82676.

⁵⁹ Aux termes de cette disposition désormais modifiée : « *Est puni d'un emprisonnement de 45000 £, d'amende le fait au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant, transmettant, sans consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés aux 1° et 2° du présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé* ».

⁶⁰ « Est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide des actes prévus par l'article 226-1 ».

⁶¹ Puisque l'article 226-1-3 indiquait clairement comme sus relevé que lorsque les actes mentionnés au 1° et 2° du présent article ont été accomplis **au vu et au su des intéressés, sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé**. C'est dès lors à bon droit que la haute juridiction a cru devoir ne pas poursuivre les prévenus des faits déplorés, en considérant que la victime était consentante au moment de l'enregistrement des images et que les faits ne pouvaient donc pas être pénalement poursuivis, l'article 111-4 du Code pénal français posant clairement le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. En dépit de l'émotion créée par cette jurisprudence, elle nous semble fondée en droit !

du cyber harcèlement et du Revenge porn, conduisant ipso facto à l'impunité pénale de l'auteur de ce cyber comportement pourtant fortement préjudiciable.

Cette impasse juridique devait conduire à la modification sept mois plus tard, de ces dispositions pour les adapter aux réalités du monde virtuel à travers l'introduction dans le Code pénal français des articles 226-2-1 et 226-2-2 par l'article 67 de la loi de 2016 dite loi pour une République numérique.⁶²

Le deuxième problème que pose l'article 74 alinéa 1 tel que rédigé est la distinction à faire entre la sphère publique et celle privée. L'infraction est-elle toujours constituée lorsque les données numériques en cause ont été obtenues dans un lieu public ou faut-il que l'auteur les ait obtenues dans un lieu privé ?

Le législateur camerounais n'est pas non plus clair sur cette question. Un tel vide pourrait être source de blocage. Toutes ces omissions sont de nature à créer des difficultés à la fois d'interprétation et d'application de cette disposition incriminant le revenge porn et la sextape, toute chose pouvant à son tour impacter sur l'efficacité souhaitée de la répression.

2- La nécessité d'une relecture de l'incrimination

Assurément, le laconisme du législateur de 2010 dans la rédaction de l'incrimination du revenge porn et de la sextape peut être source de blocages. Pour l'éviter, une relecture de l'article 74 alinéa 1 s'avère donc nécessaire.

Pour ce faire, il pourrait utilement s'inspirer de la réforme française de 2016 sur la question, laquelle a conduit à une écriture claire et précise permettant d'appréhender les diverses déclinaisons de ces cyber comportements fortement préjudiciables et, faut-il le rappeler, en nette expansion dans notre cyberspace.

Telle que rédigée, rien ne garantit qu'un judiciaire ne pourra pas se retrouver dans la situation de cette dame, victime des faits de revenge porn de la part de son amant ainsi qu'il transparaît de l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 mars 2016 sus évoqué⁶³, pour peu qu'un juge

⁶² Loi n°2016-1321 du 07 octobre 2016. Complétée par la loi du 03/08/18 sur le cyber harcèlement moral et sexuel. Elle prévoit une sanction de toute atteinte à l'identité, à l'intimité, à la réputation ou à la tranquillité, contre une ou plusieurs personnes identifiées sur les réseaux sociaux.

⁶³ Cf <https://www.dalloz.fr/Document>. Dernière consultation le 06/11/2021.

téméraire voudra recourir à une interprétation défavorable⁶⁴ à la partie civile de cet article 74 alinéa 1, son laconisme étant de nature à ouvrir la voie à diverses compréhensions.

Plus nettement, ne pourrait-on pas simplement supprimer cette exigence de consentement et de lieu et interdire purement et définitivement toute diffusion de données électroniques intimes, en faisant entrer en jeu les considérations de respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, dans la mesure où certaines des données peuvent avoir un caractère érotique voire pornographique ?

L'ampleur du préjudice souvent multiple à court ou à moyen terme à savoir notamment souffrance émotionnelle, anxiété, perte d'estime de soi, isolement social, décrochage scolaire et absentéisme, problème de santé psychosomatique, automutilation voire suicide, incline à accorder plus d'attention à ces cyber comportements, ce qui passe par une rédaction claire et précise du texte d'incrimination⁶⁵. D'autant que, ainsi qu'il convient de le voir maintenant, les sanctions prévues et /ou infligées le plus souvent ne sont pas pour arranger les choses.

B- Des sanctions peu dissuasives

Une des faiblesses du dispositif de protection du droit au respect à la vie privée face aux délits de Revenge porn et de sextape est sans conteste le niveau de sanctions pénales qui demeure peu dissuasives tant s'agissant du quantum de la peine (1), que de l'effectivité de l'infliction (2).

1- Quant au quantum de la peine.

Sans doute, ainsi que le relevait pertinemment Beccaria, l'efficacité de la répression réside moins dans la sévérité de la sanction que dans la certitude de son infliction au délinquant, mais force est de reconnaître que des sanctions trop faibles, relativement à la valeur sociale protégée, enlèveraient tout caractère dissuasif à la peine, affaiblissant ipso facto la répression.

Il devient donc impératif de trouver la juste mesure afin de punir "ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile. Considérés à raison, au regard des préjudices qu'ils peuvent causer aux victimes susceptibles d'aller jusqu'au suicide, comme les formes les plus graves d'atteinte au droit

⁶⁴ Et non pas stricte, puisque la loi camerounaise est plus laconique qu'elle ne prévoit explicitement comme en France avant la réforme d'Octobre 2016 l'exonération de responsabilité pour l'auteur de diffusion de contenu intime obtenu avec l'accord de la victime.

⁶⁵ Sur l'exigence et l'importance de rédaction des textes claires et précis comme corolaire du principe de légalité, V. Yawaga (S), « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », RSC 2001, PP 353 et s.

à la vie privée et même plus généralement de violences faites aux femmes⁶⁶, le Revenge porn et la Sextape méritent assurément une répression sévère.

C'est en tout cas ce que semble avoir compris le législateur français ; confrontés d'un côté à une montée vertigineuse du phénomène en France et de l'autre à l'inadaptation des dispositions du code pénal le réprimant, les parlementaires français recherchant l'efficacité de la répression vont entre autres mesures faire passer du simple au double la peine d'emprisonnement prévue pour les délits de Revenge porn et de sextape, désormais de 01 à 02 ans, en même temps qu'ils augmenteront significativement la peine d'amende de 45.000 £ à 60.000 £⁶⁷.

Si à notre connaissance une étude n'est pas formellement venue établir le recul du phénomène suite à cette réforme, force est de reconnaître que cette sévérité de la sanction, ajouté à l'adaptation de l'incrimination à la réalité des délits en cause, est de nature à dissuader plus d'un infracteur potentiel, sous réserve de la nécessaire sensibilisation sans laquelle toute loi pénale, aussi dissuasive soit-elle, ne resterait qu'un objet décoratif en embuscade contre les citoyens.

Dans le cas du Cameroun, en prenant en compte les dommages que ces cyber comportements peuvent causer aux victimes, il est loisible de soutenir que les peines prévues par le législateur de 2010 restent peu dissuasives, toute chose pouvant expliquer même en partie l'ampleur du phénomène dans notre cyber espace, de surcroit marqué par une insuffisante crierde de sensibilisation, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

Il serait donc souhaitable qu'une réflexion soit menée dans ce sens, afin de rendre la répression de ces délits plus dissuasive, d'autant que l'effectivité de la sanction, elle aussi, pose problème.

2- Quant à l'effectivité de l'infliction : l'indulgence mal comprise du juge.

Le constat général qui peut être fait, au regard des premières décisions de justice en la matière, est celui d'une répression en demi-teinte des auteurs de Revenge porn et de sextape, avec en prime le recours illégal du juge au sursis en faveur du délinquant pourtant interdit dans ce domaine par le législateur de 2010.

La loi camerounaise de 2010 fixe comme déjà relevé la peine des délits de Revenge porn et sextape de 01 à 2 ans d'emprisonnement et de 01 à 05 millions de FCFA d'amende, avec la

⁶⁶ Les femmes sont les plus touchées par ces délits. En ce sens lire T. Vallat, « Le délit de Revenge Porn va être sévèrement puni par l'article 226-1-2 du code pénal », <https://www.thierryvallat.com>. Dernière consultation le 09/11/2021.

⁶⁷ Voir articles 226-1 et 226-2-1 précités.

possibilité conservée pour le juge d'octroyer des circonstances atténuantes au délinquant, ce qui peut ramener la peine à des proportions purement symboliques, le sursis étant dans tous les cas prohibés en matière de cybercriminalité au Cameroun.

Dans la pratique, les juges font montre d'une souplesse particulièrement préjudiciable à la répression car outre de recourir systématique à des peines symboliques, mais encore, en toute violation de la loi, ils octroient le plus souvent le sursis à la personne condamnée. Page | 195

Ainsi, dans un cas de Revenge porn et tentative de sextorsion, une espèce rendue le 19 février 2019 par le TPI de Yaoundé Centre Administratif, le juge, après avoir retenu la prévenue dame Christiane Arsène dans les liens de la prévention pour chantage par voie cybernétique, l'a condamnée à «05 mois d'emprisonnement avec sursis pendant 03 ans et à 50.000FCFA d'amende»⁶⁸, sur la base des articles 74,97et 303 du code pénal ; 74 alinéa 1 de la loi n° 2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cyber sécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

Les faits de la cause étaient pourtant suffisamment dommageables. En l'occurrence, il était reproché aux prévenues, dame Christiane Arsène et Bikene Yolande d'avoir à Yaoundé, le 07 septembre 2017, pour Christiane Arsène, avec ordre ou condition, fait du chantage par voie cybernétique à l'élue de la nation, l'honorable Fritz Ngeka Etoke, notamment le fait pour elle d'envoyer via WhatsApp une de ses images en tenue d'Adam, accompagnée d'un message lui demandant une rançon de 10 millions de FCFA⁶⁹.

Une telle sanction est-elle vraiment intimidante et dissuasive ? Il est permis d'en douter d'autant que pour ne rien arranger en faveur de la répression, le juge y ajoute le sursis pourtant clairement prohibé par l'article 89 de la loi n° 2010/012/ précitée⁷⁰.

Plus patente est la sanction prononcée dans le jugement contre Nyaka Ngobisia Aurelie Claire. En l'espèce, il était reproché à la prévenue d'avoir notamment envoyé à l'épouse de la victime qui réside en France des photographies et les messages à caractère intime qu'elle échangeait avec la victime, sieur Nkom Ndock Alexandre Yves Jonas lorsqu'ils étaient amants. Après l'avoir déclarée coupable de menaces simples, injures, publication de données informatiques sans le consentement de la victime des articles 74, 301 et 307 du code pénal, 74 alinéa 1 de la loi

⁶⁸ TPI/YCA, Jgt n°504/CORR. du 19/02/2019, Aff.MP&FRITZ NGEKA ETOKE c/Christiane Arsène et Bikene Yolande, inédit.

⁶⁹ Poursuivie pour complicité, dame Bikene devait être relaxée pour faits non établis à son encontre.

⁷⁰ Aux termes de cette disposition, le législateur affirme clairement que, « le sursis ne peut être accordé pour les infractions prévues dans la présente loi ».

n° 2010/012, le juge condamnera la mise en cause à 100.000 (cent mille) FCFA d'amende et aux dépens liquidés à 30.250 FCFA au bénéfice des circonstances atténuantes.⁷¹ Quel peut être l'effet dissuasif d'une telle sanction ? Assurément infinitésimal !

Dans une autre espèce, la jeune élève et mineure Zenabou Mamadou a été victime courant mai 2018 des actes de deepfake⁷² et tentative de sextorsion de la part du sieur Mohaman Aoudou. Des faits de la cause, il ressort que le 13 mai 2018, le prévenu résidant dans le même quartier que la victime a rencontré cette dernière à son domicile et lui à présenter une vidéo pornographique d'acteurs inconnus d'elle qu'il avait réussi à associer à ses photographies en vue de faire croire à l'opinion qu'il s'agissait de la gamine et a exigé une somme de 200.000 franc CFA, faute de quoi il allait publier ces images.

Contre toute attente, confronté au refus de la victime de céder à ce chantage, le prévenu publiera deux jours plus tard, sur Facebook, une vidéo pornographique savamment montée où l'on pouvait voir le fasciès de l'adolescente et au-bas de laquelle était inscrit son sobriquet « *Nabila de New Bell* ». Il se trouve qu'au visionnage de cette vidéo, apparaissait la nette impression que l'actrice et la fillette n'étaient qu'une et même personne. Le préjudice moral subi par la victime objet de tous les quolibets et commentaires dégradants dans son entourage devait la conduire entre autres, du moins selon ses parents, à l'échec à l'examen de Baccalauréat. Dans cette cause, le juge après avoir reconnu le prévenu coupable des faits requalifiés en diffamation par voie de communication électronique et chantage, l'a condamné à seulement 03 mois de prison et 1.250.000 FCFA⁷³ de dommages-intérêts ventilés en préjudice moral et en frais de procédure⁷⁴.

Dans une autre cause tout aussi préjudiciable, le juge fait montre d'une étonnante indulgence. Courant 2019, sieur Boyomo Ndoko Robert a cru devoir publier sur Facebook et dans

⁷¹ TPI/DB, jgt n° 825/CD/COR. du 16/04/2019, Aff.MP et Nkom Ndock Alexandre Y.J. C/Nyaka Ngobisia Aurelie Claire épouse Mandengue, inédit.

⁷² Technique de synthèse multimédia reposant sur l'intelligence artificielle, permettant de superposer des fichiers vidéo ou audio sur d'autres fichiers vidéo ou audio. Cette technique encore appelée hyper trucage peut être utilisée pour créer des infox et des canulars malveillants. Pour plus d'information sur les techniques et risques du Deepfake, lire <https://www.Journaldunet.fr>, « Deepfake : définition, techniques et risque ».

⁷³ Sur les 3500.000 FCFA que demandait la victime.

⁷⁴ TPI/DB, Jgt n° 2651/CD/COR du 26/09/2019, Aff.MP et Mamadou Daouda c/ Mohamad Aoudou inédit. Notons que l'article 76 de la loi n° 2010/012 précitée qui réprime le deep fake au préjudice du mineur prévoit des peines sévères à savoir 05 à 10 ans d'emprisonnement et/ou amende de 05 à 10 millions de FCFA à l'encontre de « celui qui confectionne, apporte, diffuse, par voie de communication électronique ou d'un site internet, un message à caractère pornographique infantile ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité d'un enfant ». En l'espèce, le prévenu avait bel et bien confectionné ou tout au moins diffusé un tel message et donc tombait sous le coup de cette disposition, la victime étant par ailleurs une mineure.

d'autres comptes personnels, les prises de vue nues de dame Oukem Koufana Ange, en riposte contre la victime qui venait de mettre un terme à leur relation amoureuse. Reconnu coupable des faits de publications obscènes et d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui par voie de communication électronique des articles 74 et 26 du Code pénal, 74 alinéa 1 de la loi n° 2010 /012, le prévenu sera curieusement pour des faits aussi préjudiciables condamné à 12 mois de prison avec sursis pendant 03 ans et à 200.000 FCFA d'amende ainsi qu'aux dépens liquidés à 32.750 FCFA, au bénéfice des circonstances atténuantes⁷⁵.

Cette souplesse qui parfois frise l'impunité n'est pas de nature à contribuer à l'efficacité de la lutte contre ce phénomène décrié surtout que, à cette indulgence judiciaire, il faut ajouter les difficultés intrinsèques de recherches des preuves numériques bien présentes dans notre contexte. Ainsi par exemple, dans l'affaire Bayokolar Bakinien André, le juge s'est cru obligé de relaxer le prévenu au bénéfice du doute en raison de l'incapacité de la justice à lui imputer les faits d'atteinte à la vie privée par voie cybernétique, menaces simples, injures et diffamation, le prévenu ayant nié depuis l'enquête préliminaire entre autres, d'être auteur de publication sur Internet des photos de la victime dame Messi Manga, en la traitant de prostituée et lui imputant d'entretenir des relations sexuelles avec les autorités.

Le juge affirme alors qu'« ...Attendu prenant la parole au soutien de l'accusation, le Ministère Public a exposé que courant Décembre 2015, le prévenu a écrit des messages et publié des photos de la victime sur Internet, traitant cette dernière de prostituée et la menaçant de mort ; ...Qu'à la suite de cet exposé le Ministère Public a produit le procès-verbal d'enquête N°483 du Commissariat Central de la ville de Yaoundé du 30 Décembre 2015, lequel a été admis comme pièce à conviction ; ...Attendu que de l'exploitation dudit procès-verbal il ressort que le prévenu a nié les faits qui lui sont reprochés ; ...Attendu qu'aucun témoin n'a été produit pour corroborer la thèse de l'accusation ; ...Qu'il s'en suit un doute ; ...Attendu que selon l'article 395 Alinéa 2 du code de procédure pénale, le prévenu est relaxé en cas de doute ; ...Qu'il convient dès lors de déclarer le prévenu non coupable et de l'en relaxer ».

⁷⁵ TPI/YCA, Jgt n° 1063/ Cor. D u 30/03/2020, Aff. MP et Oukem Koufana Ange Thérèse c/Boyomo Ndoko Robert Herman, inédit.

Conclusion

Dans un monde aussi ouvert qu'est le cyberspace,⁷⁶ la lutte contre les infractions de contenu, en particulier les Sextapes et Revenge porns, sera toujours une entreprise difficile. La technologie, aussi affinée soit-elle, ne parviendra peut-être jamais à elle toute seule à empêcher la commission de ces délits. La prévention et la répression apparaissent alors comme de véritables palliatifs, à défaut d'être une panacée, à condition qu'elle soit bien menée pour la première, effective et suffisamment dissuasive pour la seconde. Il faudra aussi travailler à la réduction tout au moins, des obstacles à la mise en œuvre de ces solutions, notamment par l'harmonisation des législations existantes, dont les disparités complexifient les efforts de lutte et créent un sentiment d'impunité⁷⁷. Apparaît ainsi l'importance d'une convention internationale sur la cybercriminalité dont il convient de continuer à œuvrer pour la naissance, de même qu'il urge que celle de l'Union Africaine sur la question puisse entrer en vigueur, plus de sept ans après son adoption⁷⁸.

⁷⁶Qui plus est, le nôtre est unanimement présenté comme très vulnérable. En 2016, le Cameroun était classé par l'U.I.T 5° pays en Afrique et 15° dans le monde le plus risqué en termes d'indice cyber Sécurité. Pour plus de détails, Cf. notre thèse précitée, pp.456 et s.

⁷⁷ Nombre de données intimes rendues publiques sont hébergées dans les sites situés hors de nos frontières, notamment Facebook et Google, ce qui n'est pas pour faciliter les efforts de lutte ou d'investigations.

⁷⁸ La condition étant qu'elle soit ratifiée par 15 pays de l'Union Africaine (article 36 de la convention). Or, au 3 juin 2019, seuls cinq instruments de ratification avaient été déposés, le Cameroun n'en faisant pas partie.

La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée

Police cooperation in Central Africa against cross-border organized crime

Par :

Dr. NKEA NDZIGUE Francis

Maitre-Assistant de droit privé

Université Omar Bongo (Libreville-Gabon)

Page | 199

Résumé :

La montée de la criminalité transfrontalière dans le monde et particulièrement dans la sous-région Afrique centrale a poussé les Etats membres de cette sous-région à apporter une réponse policière à la hauteur de la menace. Une telle réponse ne pouvait être envisagée que dans le cadre d'une coopération policière achevée. Contrairement à une riposte judiciaire qui est faite en aval, la réponse policière se veut préventive avant la commission du forfait. C'est pourquoi, depuis la fin du 20^e siècle, les Etats de l'Afrique centrale se sont dotés d'un cadre juridique en vue de contenir la criminalité organisée. Lequel cadre, est étoffé d'un dispositif conventionnel fourni, de divers organes chargés d'implémenter la politique policière sous-régionale au moyen d'opérations déterminées. Toutefois, certaines carences, inadéquations qui virent même souvent aux incongruités entachent ce cadre juridique qui se voulait au départ irréprochable. Tout ceci rend pénible le déploiement de la coopération policière de l'Afrique centrale.

Mots clés : Afrique centrale, Coopération policière, Criminalité transfrontalière organisée, Etats membres.

Abstract :

The rise of cross-border crime in the world and particularly in the Central African sub-region has prompted the Member States of this sub-region to provide a police response commensurate with the threat. Such a response could only be envisaged within the framework of complete police cooperation. Unlike a judicial response which is made downstream, the police response is intended to be preventive before the commission of the package. This is why, since the end of the 20th century, the States of Central Africa have adopted a legal framework to contain organized crime. This framework is supplemented by a conventional system provided by various bodies responsible for implementing sub-regional police policy through specific operations. However, certain shortcomings, inadequacies which often even turn into incongruities taint this legal framework which was initially intended to be irreproachable. All this makes the deployment of police cooperation in Central Africa difficult.

Keywords: Central Africa, Police cooperation, Organized cross-border crime, Member states.

Introduction

La criminalité est consubstantielle à la société¹. La violation des valeurs socialement protégées est un fait social. Elle existe toutes les fois qu'une société existe. Aucune société n'est à l'abri du phénomène criminel. Aujourd'hui, elle s'étend au-delà des frontières.

Page | 201

Le développement exacerbé des moyens de communication est l'un des faits marquants depuis le 20^e siècle. L'apparition des Nouvelles Techniques de l'information et de la communication et l'optimisation des moyens de transport a fait dire à certains que le monde est devenu un village planétaire. Il est d'autant plus facile aujourd'hui de communiquer avec quelqu'un se trouvant à l'autre bout du monde. L'information est désormais à la portée de tous². Cette avancée technologique est couplée du développement de la criminalité qui aujourd'hui brave la limite des frontières. La rapidité de la communication se confond également à une hypertrophie de la criminalité transfrontalière. La mondialisation a drainé des conséquences non négligeables en matière de criminalité transfrontalière. En effet, « *la circulation rapide des capitaux, le développement des paradis fiscaux, la multiplication des échanges internationaux, la confidentialité des communications dans le cyberspace ont largement facilité la tâche des mafias qui peuvent désormais plus facilement blanchir des sommes colossales d'argent liquide généré par leurs activités* »³. Le mouvement de mondialisation rend difficile tout acte de prévision des événements avenir⁴.

Il est vrai que le phénomène criminel transnational n'est pas nouveau. Mais, la mondialisation a favorisé son déploiement rapide. En effet, les frontières moins qu'un obstacle apparaissent comme un avantage pour les délinquants. Elles offrent une chance d'impunité aux auteurs des infractions internationales⁵. Le terrorisme, les prises d'otages, les trafics d'êtres humains, le détournement d'avions sont des infractions commises par des groupes bien organisés et suffisamment équipés.

¹ MODICA (B.), « Mondialisation et criminalité », *Diploweb.com : la revue géopolitique*, 6 janvier 2010 : « *Les activités criminelles semblent avoir accompagné l'histoire des sociétés humaines* » disponible sur www.Diploweb.com ; BAUCHOT (B.), *Sanctions pénales nationales et droit international*, Thèse de doctorat, Université de Lille II, 2007, p. 6 : « *Dès qu'il se trouvât des hommes pour vivre ensemble, le crime exista* ».

² EWANGUE (J. L.), « La guerre de l'information », *Le crime organisé en Afrique*, Enjeux, n°9, Octobre-Décembre 2001, p. 3.

³ *Ibidem*.

⁴ KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2012, p. 12.

⁵ *Ibid.*, p. 14 : « *Les frontières leur sont un avantage plus qu'un obstacle. Les chances d'impunité sont énormes, car les malfaiteurs peuvent se déplacer librement d'un pays à l'autre pour trouver refuge* ».

De ce qui précède, est donc apparue la nécessité pour les Etats de s'aider mutuellement afin de barrer la voie à la criminalité transfrontalière. Du fait de l'ampleur qu'elle a prise, « *la criminalité internationale a acquis une dimension politique qui va au-delà de la problématique de la protection des ordres publics nationaux et doit donc être abordée de façon plus globale* »⁶. Les Etats se sont immédiatement rendus compte de leur incapacité à faire face en rang dispersé à un phénomène qui dépasse le cadre de leurs frontières respectives. Ce constat est davantage conforté par un principe cher en droit constitutionnel qu'est la souveraineté des Etats. La souveraineté est un attribut et même un critère de l'Etat. Elle se confond à la notion même de l'Etat. La souveraineté suppose au plan interne, la toute-puissance de l'Etat d'agir sur son territoire⁷ sans pour autant s'y confondre⁸. Au plan international, elle s'entend comme une égalité et une indépendance⁹ des Etats emportant au passage une conséquence certaine : l'exclusivité d'exercer sur son territoire certaines fonctions¹⁰ notamment celle de la justice intimement liée à la fonction policière. Il revient donc à chaque Etat de poser seul les actes policiers sur son territoire avec pour conséquence l'interdiction aux agents étrangers d'exercer leurs fonctions sur le territoire d'un Etat étranger. Autrement dit, l'Etat souverain a seul la charge de maintenir l'ordre à l'intérieur de ses frontières, car le territoire fixe les limites de cette souveraineté. En effet, même si une poursuite avait commencé dans l'espace de sa compétence, l'agent étranger ne saurait la prolonger au-delà des limites du territoire de l'Etat auquel il appartient.

On peut affirmer sans risque de se tromper au regard de ce qui précède que, la rigidité de la souveraineté des Etats facilitera l'impunité des infractions transnationales. Un nécessaire

⁶ MOREL (P.), « La criminalité transfrontalière organisée comme composante de la mondialisation : quelle réponse politique ? », *Trafficking in Human Beings : Modern slavery*, Political Academy of sciences, Scripta Varia 122, Vatican City, 2013, p. 4.

⁷ DUPUY (P. M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 14^e éd., Paris Dalloz, 2018, n° 33 : « C'est en effet une vision interniste d'envisager exclusivement la souveraineté comme l'absolu pouvoir » ; FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Paris, Précis-Dalloz, n° 44.

⁸ La souveraineté de l'Etat ne se confond pas à la souveraineté de l'Etat. La première est considérée comme une méta-prérogative de l'Etat, la « norme fondamentale ». La seconde quant à elle renvoie à une donnée factuelle empiriquement accessible, traduisant la force et l'efficacité réelle de l'action de l'Etat. v. BARRAUD (B.), « Souveraineté de l'Etat et puissance de l'Etat », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 2017-1, n°165.

⁹ DUPUY (P. M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, *ibid.*, n° 32 ; ; FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, *ibid.*, n° 52.

¹⁰ Affaire Île de Palmes, RSA, vol. II, p. 281 : « *La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance (...) l'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre Etat les fonctions étatiques* ».

fléchissement de cette souveraineté serait la bienvenue¹¹. Une entraide internationale apparaît donc très incontournable. L'entraide internationale est entendue comme « *l'ensemble des moyens par lesquels un Etat prête le concours de sa force publique ou de ses institutions judiciaires, à l'instruction, au jugement et à la répression d'une infraction par un autre Etat* »¹². Elle peut revêtir deux formes : judiciaire et policière¹³. L'entraide judiciaire se caractérise le plus souvent par l'extradition qui suppose que le prévenu soit identifié et appréhendé par les services de police de l'Etat requis. Sauf qu'à ce moment, il aura déjà perpétré l'acte criminel. L'entraide judiciaire à ce moment n'a qu'un but curatif, c'est-à-dire de sanctionner l'auteur de l'infraction. Par contre, en recourant à la coopération policière qui a un caractère préventif¹⁴, les Etats éviteraient ou réduiraient la commission des infractions transfrontalières. Une perspective bien plus réjouissante que la répression prônée par l'entraide judiciaire. Une coopération policière est plus que jamais un impératif, car il était nécessaire de « *surmonter les difficultés résultant du fait que les malfaiteurs se déplacent d'un pays à l'autre, alors que la souveraineté nationale s'oppose à ce que la police d'un pays intervienne au-delà des frontières de celui-ci* »¹⁵. De même le succès de l'activité policière n'est possible que dans le cadre de la centralisation des renseignements en matière criminelle dont on dispose¹⁶.

La suite des propos nous impose de faire le point sur le cadre conceptuel de notre travail. La « coopération » est entendue selon le dictionnaire *Le Grand Robert*¹⁷ comme « *l'action, le fait de participer à une œuvre commune* ». Juridiquement, la coopération est foncièrement attachée au droit international et est définie comme une « *action conjointe et coordonnée de deux ou plusieurs Etats ou d'Etats et de personnes privées dans un domaine déterminé (militaire, scientifique, technique, culturel, national ou financier, fiscal, monétaire, commercial, maritime, international, spatial), en vue de parvenir à des résultats communs dans un ou plusieurs domaines de la vie internationale* »¹⁸. La coopération suppose donc une action exercée ensemble en vue d'un résultat

¹¹ HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, Thèse de doctorat, Université de PAU et des Pays de l'Adour, 2012, n° 1123 et svt.

¹² LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, 3^e éd., Paris, Puf, 2005, p. 537.

¹³ REBUT (D.), *Le droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°219, p. 136.

¹⁴ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, Thèse de doctorat, Université de Yaoundé II-SOA, 2013-2014, n° 7, p. 3.

¹⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Dictionnaire *Le Grand Robert*.

¹⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e édition mise à jour, Quadrige, Puf, 2018, p. 563.

commun. Autrement, chaque coopérant met des moyens dans l'action en vue d'obtenir une satisfaction personnelle.

Le terme « police » quant à lui est tiré du grec « polis » qui signifie respectivement « la cité »¹⁹. Il a plus tard pris le sens du gouvernement et de l'administration globale d'une cité. Communément, le terme police revêt plusieurs sens²⁰ dont le plus approprié pour notre travail est l'« ensemble d'organes et d'institutions (organisation administrative ; force publique ; personnel de l'un ou l'autre) chargés soit d'assurer le maintien de l'ordre public et d'empêcher que les infractions soient commises (police administrative), soit de rechercher, de constater et de réprimer les infractions commises (police judiciaire) »²¹. Son sens juridique n'est pas éloigné de celui proposé par ce Dictionnaire. Le vocabulaire juridique l'entend comme la force publique qui a pour fonction de faire respecter les règles nécessaires à la vie en société²². La police se décline donc en trois dimensions : la police de l'ordre ou police administrative, la police judiciaire et la police de renseignements²³. La police de l'ordre a pour mission de garantir, maintenir et rétablir l'ordre ainsi que la sécurité et la tranquillité publiques des individus²⁴. Elle a un but essentiellement préventif. La police judiciaire pour sa part a pour objectif de constater les infractions, d'en rechercher les auteurs de rassembler les preuves nécessaires à leur inculpation et à leur jugement. Elle remplit une fonction répressive²⁵. Enfin, on a la police de renseignement qui a une mission informative se déclinant en deux. Le premier pôle se charge de recueillir les informations d'ordre politique, économique, ou social à tous les niveaux, afin de renseigner le gouvernement. Le second pôle est qualifié de police de défense « plus connue sous les termes de services secrets, espionnage ou contre-espionnage. Ces derniers ont pour finalité de connaître et détecter les éventuelles

¹⁹ FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, 12^e éd., Paris Dalloz, 2018-2019, n° 471.

²⁰ Le terme « police » peut tout d'abord être appréhendé comme la manière dont une société est organisée en Etat. Ensuite, il prend le sens de l'organisation rationnelle de l'ordre public dans un groupe social. v. Dictionnaire *Le Grand Robert* ; v. aussi *Droit administratif*, n° 471.

²¹ Dictionnaire *Le Grand Robert*.

²² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1596.

²³ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 5.

²⁴ FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, op. cit., n° 473 : « La police administrative apparaît ainsi comme la fonction de l'administration qui a pour but de faire régner l'ordre public, en imposant en amont aux membres de la société des restrictions à leurs libertés publiques pour assurer la discipline qu'exige la vie sociale ».

²⁵ *Ibid.*, n° 474.

opérations déstabilisatrices menées à l'intérieur des frontières du pays, pouvant représenter une menace permanente pour l'Etat et ses citoyens »²⁶.

Appliquée à l'adjectif « policière », la coopération suppose donc l'investissement des moyens quels que soient leur forme par les services de police de divers Etats en concours ou non avec des acteurs privés, en vue de la réalisation d'un objectif commun. Même elle est niée par certains auteurs au profit de l' « entraide policière »²⁷, l'expression « coopération policière » sera retenue dans le cadre de notre travail en ce qu'elle est consacrée tant par la législation²⁸ que par la doctrine autorisée²⁹ en droit pénal international.

Si enfin, on adjoint à l'expression « coopération policière » le complément du nom « de l'Afrique centrale », cela suppose tout simplement la coopération policière qui est faite au sein et par les Etats de l'Afrique centrale. La carte de la coopération policière de l'Afrique centrale est un peu plus vaste que celle de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC). En plus des six Etats membres de la CEMAC³⁰, on a la République Démocratique du Congo et Sao-Tomé et Principe qui se sont réunis à travers le Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale.

La criminalité transfrontalière organisée encore dénommée « criminalité transnationale organisée », « criminalité mondiale organisée »³¹ enfin est une notion difficile à appréhender. L'absence de définition prévue par la Convention de Palerme qui encadre pourtant cette réalité³² permet de nous en convaincre. Certaines études se contentent souvent de définir les organisations

²⁶ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 5.

²⁷ Il est reproché à l'expression « coopération policière d'être restreinte. Elle n'est pas suffisamment englobante à un point où ne rend pas compte de toute la réalité de la « coopération policière internationale ». Des actes comme la transmission des informations par les policiers d'un Etat à leurs homologues étrangers ne satisfait pas nécessairement à un intérêt commun. Cet acte est le plus souvent seulement profitable aux services de police de l'Etat requérant. Le terme « coopération » apparaît donc comme insuffisant à rendre compte de cette réalité. L'entraide qui est entendue comme « l'aide qu'on se porte mutuellement » est plus adéquate à rendre compte de toutes les hypothèses de collaboration entre les services de police des différents Etats. HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, op. cit., p. 15.

²⁸ Art. 2 al. 1 des Statuts du Mécanisme africain de coopération policière (AFRIPOL).

²⁹ REBUT (D.), *Le droit pénal international*, op. cit., p. 395.

³⁰ Le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale, la République centrafricaine et le Tchad.

³¹ Cette appellation vient de ce que ce type de criminalité non seulement contourne et affaiblit les Etats mais les dépasse et les supplante. Ce type de criminalité supplante aussi les entreprises multinationales, pour tirer en fin de compte le meilleur parti de la mondialisation. V. MOREL (P.), « La criminalité transfrontalière organisée comme composante de la mondialisation : quelle réponse politique ? », op. cit., p. 1.

³² Art. 2 de la Convention de Palerme : « L'objet de la présente Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée ».

criminelles³³. Interpol définit néanmoins la criminalité organisée comme « *Toute association ou tout groupement de personnes se livrant à une activité illicite continue, dont le premier but est de réaliser des profits sans le souci des frontières nationales* »³⁴. Cette définition de la criminalité organisée intègre l'élément international et fait de lui un synonyme de la criminalité transfrontalière organisée. Il en est de même de la définition donnée par Georges PICCA qui assimile la criminalité organisée aux « *activités illicites orientées par la recherche d'un profit économique et financier. Elle est, principalement caractérisée, par une organisation plus ou moins structurée et méthodique, orientée vers des activités transnationales* »³⁵. La criminalité transfrontalière organisée qui est avant tout un crime international³⁶, pourrait être appréhendée comme l'ensemble des infractions commises par-delà des frontières d'un Etat par un groupe ou des individus travaillant de concert afin de générer des produits illicites au fil du temps et de réaliser ainsi des gains collectifs de manière continue. Quoi qu'il en soit, la criminalité transfrontalière regroupe un vaste secteur d'activités illégales en particulier les trois grands trafics : trafic de drogues, trafic d'armes et trafic de personnes.

La sous-région Afrique centrale est en proie à de nombreux crimes transfrontaliers³⁷ dont les plus marquants sont le terrorisme et le trafic des armes de petit calibre. La situation d'insécurité qui sévit à l'Extrême-Nord du Cameroun avec la secte islamiste Boko-haram est l'exemple parfait de l'existence du terrorisme dans la sous-région Afrique centrale³⁸. Le trafic des armes de petit

³³ VALLOTON (J.), « Les enjeux de la lutte contre les organisations criminelles transnationales : des mafias au terrorisme », *Le droit de la sécurité et de la défense en 2014*, s.d. Olivier GOHIN et Bertrand PAUVERT, PUAM, 2015, p. 295 : « *Une organisation criminelle est avant tout, une organisation, soit une structure humaine agençant en son sein des volontés et des moyens en vue d'une fin à laquelle elle les destine. En d'autres termes, l'organisation criminelle est un système, c'est-à-dire un ensemble d'éléments, liés entre eux par une architecture de relations* ».

³⁴ Colloque international sur la criminalité organisée, Saint-Cloud (France), mai 1988.

³⁵ PICCA (G.), « Les défis de la criminalité organisée transnationale : quels outils pour quelles stratégies ? » ; in *Vittimologia e Sicurezza* Vol. 3-N. 3, Vol. IV-N. 1- Settembre 2009-Aprile 2010, p. 8.

³⁶ Le crime international peut être entendu dans deux sens. Dans sa conception large et formelle, l'infraction internationale est celle qui fait l'objet d'une définition par la norme internationale. Cette dernière peut être la norme coutumière ou la norme conventionnelle. L'assiette des infractions internationales évoluera au gré de l'adoption des conventions internationales. Dans sa conception restrictive et substantielle, l'infraction internationale est tributaire de la nature de l'infraction interétatique. Elles interviennent généralement dans les rapports entre Etats et se rattachent à ce titre, au droit international public. Ce sont des infractions qui porte atteinte aux fondements de la société internationale comme les crimes d'agression, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. v. REBUT (D.), *Droit international pénal*, op. cit., n° 896.

³⁷ CHOUALA (Y. A.), « Criminalité organisée et insécurité au Cameroun », *Le crime organisé en Afrique centrale*, Enjeux, n° 9, Octobre-Décembre 2001, p. 17 ; MOREL (P.), « La criminalité transfrontalière organisée comme composante de la mondialisation : quelle réponse politique ? », op. cit., p. 4.

³⁸ ROBERTS (C. W. J.), « La dégradation de la situation au Cameroun », *Bulletin FrancoPaix*, Vol. 4, n° 8, Octobre 2019, p. 4.

calibre quant à lui est monnaie courante dans les deux régions anglophones du Cameroun en crise depuis 2016³⁹. Bien avant cela, les réseaux criminels transnationaux formés principalement par les « coupeurs de routes » ou « zarguinass » ont sévi dans l'Extrême-Nord du Cameroun⁴⁰. Le phénomène criminel transfrontalier n'est donc pas étranger aux Etats de l'Afrique centrale.

Au vu des défis sécuritaires auxquels font face les Etats de la sous-région, une question mérite d'être posée, la coopération policière de l'Afrique centrale telle que prévue est-elle adaptée à endiguer la criminalité transfrontalière organisée ?

Cette interrogation dévoile le double intérêt attaché à ce sujet : juridique et géostratégique. L'intérêt juridique est justifié par l'existence d'un arsenal de normes qui encadre le phénomène criminel transfrontalier. L'intérêt géostratégique quant à lui découle des diverses techniques et moyens de coopération à la disposition des services de police des Etats membres de l'Afrique centrale pour venir à bout de la criminalité transfrontalière organisée.

L'Afrique centrale, avec l'appui et la collaboration de l'OIPC-Interpol possède un cadre juridique fourni pour répondre au phénomène criminel transfrontalier. Ce cadre n'est pas non plus exempt de tout reproche. Il fait état de certaines carences notoires, des imprécisions, qui virent parfois aux incongruités dans le déploiement de la riposte. Ainsi, pour rendre compte de ce travail, nous relèverons tour à tour un encadrement juridique plausible (I) et un déploiement pénible (II) de la coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée.

I- L'ENCADREMENT JURIDIQUE PLAUSIBLE DE LA COOPERATION POLICIERE DE L'AFRIQUE CENTRALE CONTRE LA CRIMINALITE TRANSFRONTALIERE ORGANISEE

La coopération policière entre les Etats de l'Afrique centrale est la conséquence de la montée en puissance de la criminalité transfrontalière. Face à ce phénomène, les Etats de cette sous-région ne pouvaient rester indifférents. La création d'un cadre de riposte à la criminalité transfrontalière était donc urgente. La mise sur pied d'un cadre de coopération policière n'est pas nouvelle. Elle a déjà été réalisée dans le cadre européen par l'Accord Schengen. Il est vrai que de

³⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁰ CHOUALA (Y. A.), « Criminalité organisée et insécurité au Cameroun », *op. cit.*, p. 18 ; SOURNA LAMTOUANG (E.) et ABDOURAMAN HALIROU, « Darak et la problématique de la sécurisation des frontières internationales du Cameroun », *Annales de la Faculté des Arts Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Ngaoundéré*, 2012, p. 166.

nombreux accords bilatéraux⁴¹ ou multilatéraux⁴² ont existé entre les Etats de l'Afrique centrale en matière de criminalité transfrontalière, mais jamais dans une proportion unissant tous les Etats de la sous-région avant l'Accord portant création du comité des chefs de police de l'Afrique centrale le 10 avril 1997. Depuis lors, une construction progressive de la coopération policière de l'Afrique centrale est perceptible (A). Et dans le but de faciliter cette coopération, des opérations de police au niveau communautaire ont été consacrées (B).

A- Une construction progressive de la coopération policière de l'Afrique centrale

Il est indéniable que le cadre de la coopération policière en Afrique centrale est en construction. Ceci à travers un dispositif conventionnel fourni (1) et à travers une diversité d'organes à finalité policière aux compétences bien circonscrites (2).

1- A travers l'existence d'un dispositif conventionnel fourni

L'ère des destinées singulières est révolue⁴³. Cette citation de Cheikh Hamidou Kane dans *Aventure ambiguë* semble désormais être le credo des Etats de l'Afrique centrale pour endiguer le phénomène de la criminalité transfrontalière. Il n'est plus possible pour ces Etats de progresser en rang dispersé et de se préserver contre la criminalité transfrontalière. Les limites frontalières ne sont en rien un frein à la commission des crimes. Les criminels sont mobiles d'un Etat à un autre soit pour se soustraire à la sanction pénale, soit pour savourer les fruits de son crime. Et qui plus est, aujourd'hui la criminalité internationale n'est plus individuelle ou occasionnelle. Elle est davantage l'activité d'une organisation criminelle qui tendent à adopter un modèle des sociétés multinationales⁴⁴. Et, « les énormes possibilités d'enrichissement licite et illicite et les potentialités qu'offrent les pays d'Afrique centrale sont de terrain de prédilection pour les sociétés mafieuses »⁴⁵. Aujourd'hui plus qu'hier, on assiste à la montée en force d'une insécurité frontalière et transfrontalière qui se développe de façon sournoise sur un mode métastatique⁴⁶. Une telle menace à la sécurité qui brave les limites des frontières nationales doit également avoir une réponse

⁴¹ Commission mixte de sécurité entre le Cameroun et le Tchad ; La commission mixte de sécurité entre le Tchad et la Centrafrique.

⁴² Accord portant création de la Commission du Bassin du Lac Tchad.

⁴³ CHEIKH HAMIDOU (K.), *L'aventure ambiguë*, Préf. Vincent MONTEIL, « Domaine étranger », Dakar, Julliard, 1961, p. 100.

⁴⁴ OYONO (J. B.), « La prolifération des sources criminelles : effet de contagion, internationalisation et transnationalisation du crime », in *Le crime organisé en Afrique centrale*, Enjeux, n° 9, Octobre-Décembre 2001, Dossier.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ NANA NGASSAM (R.), « Insécurité aux frontières du Cameroun », *Etudes*, N° 4203, Mars 2014, p. 8.

qui surpasse lesdites frontières⁴⁷. Les réponses confinées au territoire d'un seul Etat ne sont pas adaptées à un phénomène criminel transfrontalier⁴⁸. En réalité, pour faire face à ce phénomène, « (...) *une approche globale incluant une aide internationale et ou des partenaires stratégiques est nécessaire pour affronter les menaces transfrontalières* »⁴⁹. Les menaces transfrontalières obligent donc les différents acteurs à mettre en place une collaboration étroite au niveau sous-régional. Ainsi, la sécurité collective ne sera assurée qu'au prix de la mutualisation des efforts au niveau sous-régional. La collaboration policière est une condition *sine qua none* pour la lutte contre les criminels internationaux⁵⁰. Les pays de l'Afrique centrale l'ont assurément compris en se dotant d'un arsenal juridique conventionnel suffisant en matière de coopération policière.

Il y a un dépassement du cadre national de la riposte contre le phénomène criminel transfrontalier. L'on constate la défaillance de l'Etat qui avance tout seul dans la répression du crime transfrontalier organisé⁵¹. Le principe de la souveraineté et celui de territorialité qui en est une conséquence logique sont incapables à contrecarrer efficacement la criminalité transfrontalière. Ils impliquent les limites du droit à la poursuite, la faible coopération policière notamment. Vu sous cet angle, lesdits principes sont plutôt une aubaine pour les criminels et assurent leur impunité. Ces derniers sont aujourd'hui au fait de l'ingénierie juridique et en font un usage à leur profit. De plus, la défaillance de l'Etat est aussi justifiée par la porosité des frontières. Ces dernières sont difficilement identifiables. Ce qui facilite la circulation des criminels⁵². Les Etats ont pris conscience de l'impossibilité de faire face à la criminalité transfrontalière dans le seul cadre du droit pénal national. La mise en œuvre de la libre circulation de personnes doit s'accompagner de mesures visant à assurer la sécurité des ressortissants de la sous-région et de ses Etats membres. Autrement dit, « (...) *l'harmonisation des politiques économiques et financières des Etats de la CEMAC et l'intensification des échanges interétatiques (...) auront pour*

⁴⁷ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 20.

⁴⁸ DONGMO TIODON (P.P.), *La coopération policière dans la zone CEMAC*, Mémoire de Master Recherche, Université de Dschang, 2013, disponible sur www.memoireonline.com

⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁰ KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., pp. 280-281.

⁵¹ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 20.

⁵² *Ibid.*, p. 9 : « (...) *la porosité des frontières et les solidarités transfrontalières dans les aires culturelles qui transcendent les limites des Etats de la sous-région, rendent possibles les déplacements incontrôlés, de personnes et des biens divers, licites ou illicites, et contribuent à faciliter par la même occasion le développement des bandes terroristes et de la grande criminalité* ».

conséquence de créer un marché judiciaire commun et de faire naître un besoin impératif d'une coopération judiciaire et de la construction d'un espace judiciaire commun »⁵³.

De nombreuses conventions ont donc été signées entre les Etats de l'Afrique centrale en vue de contrecarrer la criminalité transfrontalière. Si certaines conventions créent des organismes aptes à freiner la criminalité transfrontalière, d'autres incriminent des comportements et organisent un cadre de riposte au crime transfrontalier. Dans la première catégorie, il est important de relever l'accord portant création du comité des chefs de police de l'Afrique centrale le 10 avril 1997 ainsi que son statut et son règlement intérieur. Dans la même veine, force est de constater la présence de l'acte additionnel n°9/00/CEMAC-086-C du 14 Décembre 2000 portant création du Groupe d'Action contre le Blanchiment d'Argent en Afrique Centrale et du règlement n° 02/02/CEMAC-UMAC du 14 Avril 2002 portant organisation et fonctionnement du Groupe d'Action contre le Blanchiment d'Argent en Afrique Centrale.

La seconde catégorie quant à elle regroupe d'une part, des textes qui organisent la riposte contre la criminalité transfrontalière organisée. On a à ce titre l'accord d'extradition entre les pays de la zone CEMAC du 02 juin 2004, l'accord de coopération en matière de Police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale du 29 avril 1999, le règlement n°04/CEMAC/069/CM/04 du 20 juillet 2000 portant adoption de l'Accord de coopération policière des Etats membres de l'Afrique Centrale, l'Accord de Coopération entre la CEMAC et l'O.I.P.C-Interpol (Organisation Internationale de Police Criminelle) du 26 Mars 2001 et la Décision n°17/07/UEAC-070 du 18 Décembre 2007 portant création des centres de coopération policière, douanière, et environnementale en zone CEMAC. Les Etats de l'Afrique centrale sont même allés plus loin en coopérant avec les Etats de l'Afrique de l'Ouest afin de venir à bout de la criminalité intrarégionale. C'est pourquoi, il a été adopté un Accord de coopération en matière de Police criminelle le 14 juin 2018⁵⁴.

D'autre part, il existe des textes qui incriminent des comportements. Le règlement n°01/03/CEMAC/UMAC/CM du 04 Avril 2003 portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme en Afrique centrale révisé le 11 avril 2016, l'Accord de coopération judiciaire, le règlement n° 07/05-UEAC-057-CM-18 du 7 février 2005 portant

⁵³ ADOL T. GATSI (E.), « L'espace judiciaire pénal CEMAC : regard sur la déterritorialisation du droit pénal », *Revue générale de droit*, n° 46, 2016, p. 382.

⁵⁴ Accord de coopération en matière de police criminelle entre le Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale (CCPAC) et le comité des chefs de police de l'Afrique de l'Ouest (CCPAO).

adoption de la convention créant un centre de formation spécialisée en matière d'enquête criminelle en Afrique Centrale, le règlement n°08/05-UEAC-057-CM-13 du 07 Février 2005 portant adoption de la convention de lutte contre le terrorisme en Afrique Centrale en font partie.

Au bilan des précédents développements, force est de constater que les Etats de l'Afrique centrale se sont dotés d'un arsenal juridique impressionnant en vue de répondre au phénomène criminel transfrontalier⁵⁵. L'émergence progressive de la coopération policière se manifeste aussi à travers la création d'organes aux compétences bien circonscrites chargées d'implémenter les règles juridiques ainsi définies.

2- A travers la diversité d'organes de riposte aux compétences bien circonscrites

La mise en œuvre des conventions en matière de coopération policière est faite par des organes déterminés. Certains ont une compétence générale, et d'autres une compétence spéciale.

La coopération policière de l'Afrique centrale s'appuie sur deux piliers à compétence générale : l'Organisation Internationale de Police Criminelle (OIPC-Interpol) et le Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale (CCPAC). L'OIPC-Interpol n'a pas toujours eu la configuration actuelle. En 1923, c'était une organisation qui n'était pas constituée d'Etats parties, mais plutôt de policiers représentant leurs Etats. Ce n'est qu'en 1956 qu'elle a eu une configuration conventionnelle avec 50 Etats membres. Aujourd'hui, elle en compte 195⁵⁶ dont les Etats de l'Afrique centrale⁵⁷. Le siège de l'organisation qui reste la plus grande en matière de coopération policière, a été fixé à Lyon en France depuis 1989. Pour son fonctionnement OIPC-Interpol s'appuie sur l'Assemblée générale, le comité exécutif et le secrétariat général. Pour saisir le véritable sens de la coopération policière initiée par cette organisation, il faut se référer à l'article 32 du statut de OIPC-Interpol qui dispose : « (...) chaque pays désignera un organisme qui fonctionnera dans le pays comme un Bureau central national. Il assurera : a) la liaison avec les divers services du pays ; b) avec les organismes des autres pays fonctionnant comme Bureau central national ; c) avec le Secrétariat général de l'organisation ». C'est donc à travers le Bureau central national de chaque Etat membre en étroite collaboration que l'OIPC-Interpol remplit sa

⁵⁵ SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, Mémoire de Master Recherche, Université de Ngaoundéré, 2018-2019, p. 5.

⁵⁶ www.interpol.int consulté le 18 janvier à 12h 17.

⁵⁷ Cameroun, Congo Brazzaville, Gabon, Guinée équatoriale, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sao Tomé-et-Principe et le Tchad.

mission « d'assurer et de développer l'assistance réciproque la plus large de toutes les autorités de police criminelle »⁵⁸. Le Cameroun par exemple, a son Bureau central national à Yaoundé, de même que le Bureau régional Interpol pour l'Afrique centrale. La coopération policière dans le cadre de l'OIPC-Interpol est essentiellement basée sur la collecte et les échanges d'informations. Le Bureau central national de chaque Etat membre – notamment ceux des Etats de l'Afrique centrale – recueille les informations sur les activités criminelles qui ont cours sur son territoire et les transmet au service du secrétariat général. Celui-ci centralise les informations reçues dans la base de données d'Interpol. Les informations sont de divers ordres. Elles peuvent porter sur les images d'exploitation sexuelle des enfants, documents de voyage volés, œuvres d'art volés, profils génétique, empreintes digitales, groupes de fusion, fausses cartes bancaires. Ces données pourront être consultées par les Bureaux centraux nationaux ou être transmises aux services de police de l'Afrique centrale contre la criminalité organisée.

Depuis sa création le 10 avril 1997 à Brazzaville au Congo, le Comité de chefs de police de l'Afrique centrale est devenu le principal organe de coopération policière dans cette sous-région. Ce comité est le fruit d'une volonté affirmée de coopération active entre l'Organisation internationale de la police criminelle (OIPC-Interpol) et l'ensemble des pays de la sous-région Afrique centrale⁵⁹. Il regroupe huit (08) pays de l'Afrique centrale⁶⁰. Il a pour missions de définir une stratégie sous-régionale de lutte contre la criminalité, identifier les nouvelles formes de criminalité, coordonner les activités de coopération en matière de lutte contre la criminalité à l'échelle de l'Afrique centrale, informer périodiquement les autorités régionales et sous-régionales, en charge des questions de sécurité, de l'état de la criminalité et des programmes d'actions envisagées contre le fléau, faire part à titre consultatif, à la Conférence Régionale Africaine, lors de ses sessions, de son programme, en cours et des activités qu'il aura à mener⁶¹. Ces missions ne sont que la traduction des objectifs du CCPAC qui sont inscrits à l'article 2 alinéa 1^{er} de son statut : « a) Améliorer la coopération entre les services de police des Etats de l'Afrique Centrale ; b) renforcer leur efficacité dans le domaine de la prévention et de la lutte contre la criminalité transfrontalière ». En effet, le CCPAC est garant de la coordination des activités des

⁵⁸ Art. 2 du Statut de l'OIPC-Interpol.

⁵⁹ Journal-CCPAC, 16^e Session du Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale, Yaoundé 15-18 septembre 2015, p. 8.

⁶⁰ Cameroun, Congo Brazzaville, Gabon, Guinée équatoriale, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sao Tomé-et-Principe et le Tchad.

⁶¹ Art. 2 al. 2 du statut du CCPAC.

services de police dans la sous-région Afrique centrale en vue d'une répression efficace de la criminalité transfrontalière organisée. Pour atteindre ses objectifs, le CCPAC repose sur deux (02) sous-comités, celui de législation et suivi et celui de formations et opérations de police. Le premier sous-comité est en charge « *Du recueil et de la diffusion de toutes informations, relatives aux conditions juridiques et matérielles des missions de coopération et d'enquêtes, entre les polices des Etats de l'Afrique centrale* »⁶². Ce sous-comité renforce la coopération policière en ce que la diffusion d'informations est un élément fondamental dans l'entraide policière. Le second quant à lui prend activement part à la coopération policière en ce qu'il s'occupe de la documentation, de l'organisation, de la planification et de la supervision des opérations conjointes ou simultanées de Police, contre des formes de criminalité identifiées⁶³.

Les organes à compétence spéciale sont variés. Certains sont d'émanation internationale⁶⁴, d'autres relèvent de la volonté des Etats de l'Afrique centrale, d'autres encore sont des entités internes aux Etats. Seules les deux dernières subdivisions seront envisagées dans le cadre de cette étude, même si l'apport du Service de Coopération Technique Internationale de Police⁶⁵ (SCTIP) et de la Police des Nations Unies⁶⁶ (UNPol) est non négligeable. Nous nous concentrerons sur les structures qui prennent leur naissance dans la sous-région.

Pour ce qui est des organes sous-régionaux à compétence spéciale, nous illustrerons nos propos avec les centres de coopération policière, douanière et environnementale et le centre de formation spécialisé en matière d'enquête criminelle en Afrique centrale. Les premiers ont été créés par la décision n°97/07-UEAC-070-0+042-CM-16 du 18 Décembre 2007. Ces centres regroupent des personnels de plusieurs corps afin d'endiguer le phénomène criminel au niveau des frontières. La plus-value de ces structures est qu'elle règle le problème de compétence en ce qui

⁶² Art. 5 al. 2 (e) du statut du CCPAC.

⁶³ Art. 6 al. 2 (c).

⁶⁴ Il s'agit ici du Service de Coopération Technique Internationale de Police (SCTIP) et de la Police des Nations Unies (UNPol).

⁶⁵ C'est une structure créée à la veille de la décolonisation afin d'accompagner les nouveaux Etats indépendant et assister les cadres de police. Aujourd'hui, le SCTIP est plus orienter vers le rassemblement des informations et les transmettre à la gendarmerie nationale française, l'élaboration et la mise en œuvre au profit des services de police et de gendarmerie étrangers des programmes de formation, des séminaires d'étude des fournitures d'équipement ainsi que des stages en France, la participation aux travaux d'experts menés dans différentes enceintes de l'Union européenne.

⁶⁶ Dans la CEMAC, UNpol agit au sein de la mission des Nations Unies en république centrafricaine et au Tchad (MUNIRCAT). Dans la même veine, elle collabore aussi avec la police de la République centrafricaine afin de contribuer à la création d'un environnement sûr. cf. DONGMO TIODON (P.P.), *La coopération policière dans la zone CEMAC*, op. cit.

concerne la légalité des poursuites. Quel que soit le type d'infraction commise, les criminels seront confrontés au service compétent. Autrement dit, ce sont des « *des structures permanentes réunissant aux frontières des différents corps d'ordre et de sécurité des pays frontaliers aux échanges d'informations et de facilitation des mouvements des personnes* »⁶⁷. Le second quant à lui s'occupe de la formation pratique des policiers de la sous-région qui est un aspect important de la coopération policière. La création du centre de formation spécialisé en matière d'enquête criminelle en Afrique centrale lors de la cinquième session du comité des chefs de police de l'Afrique centrale à Malabo en mai 2003 participe à la coopération active dans cette sous-région. Ce centre à travers les missions qui lui sont assignées⁶⁸ permet aux policiers de la sous-région d'avoir une formation harmonisée en ce qui concerne les stratégies et les techniques nécessaires à conjurer la criminalité transfrontalière.

Il y a aussi des organes nationaux qui concourent à la coopération policière. L'exemple du Gabon et du Cameroun sont assez édifiants. Ces Etats se sont résolus à mettre en place un cadre institutionnel et réglementaire adéquat de lutte contre les flux financiers illicites sur leurs territoires respectifs. Au Gabon, ont été créés un Ministère dédié à la bonne gouvernance, la Commission nationale de lutte contre la corruption et l'enrichissement illicite (autorité administrative indépendante), l'Agence nationale d'investigation financière (ANIF). Au Cameroun, il existe des structures comme l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC) et les Cellules Aéroportuaires Anti-Trafics (CAAT).

L'ANTIC a été créée dans le cadre d'une coopération un peu plus grande que celle de l'Afrique centrale. Elle est le fruit de la coopération de l'Union africaine en matière de cyber sécurité. En effet, le chapitre III de la convention de l'Union africaine en matière de cyber sécurité est intitulé « *Promotion de la cybersécurité et de la lutte contre la cybersécurité* » prévoit en sa section I des « *Mesures de cybersécurité à prendre au niveau national* » par les Etats membres. L'article 21 de ladite Convention consacrée au « *Cadre national de cybersécurité* » dispose en son alinéa premier que : « *Chaque Etat partie s'engage en collaboration avec les autres parties*

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 70-71.

⁶⁸ Art. 3 al. 2 de la convention du 8 mai 2003 portant création du centre de formation spécialisé en matière d'enquête criminelle en Afrique centrale dispose que ce dernier a pour missions de : « *participer à l'élaboration des stratégies cohérentes de prévention du crime et de lutte contre les réseaux criminels ; veiller à l'harmonisation des approches et techniques d'enquêtes criminelles ; mettre à la disposition des personnels intéressés une documentation actualisée sur les progrès scientifiques et technologiques enregistrés en matière d'enquêtes criminelles ; optimiser la maîtrise des instruments internationaux de coopération en matière de lutte contre le crime ;(...)* »

prenantes, à mettre en œuvre une politique nationale de cybersécurité (...) ». Les Etats de l'Afrique centrale étant tous les membres de l'Union africaine sont tenus au respect de cette disposition en mettant sur pied une structure chargée de veiller à la cybersécurité. C'est cette recommandation qui a été réitérée lors de la 16^e session des chefs de police de l'Afrique centrale aux Etats membres constatant la carence d'une telle structure dans la quasi-totalité de ces pays⁶⁹. Le Cameroun seul fait figure d'élève exemplaire avec la création depuis 2012 de l'ANTIC⁷⁰. Dans le cadre de ses missions⁷¹, l'ANTIC est une collaboratrice privilégiée des forces de sécurité en ce qu'elle « (...) *participe aux enquêtes et aux investigations numériques, de sa propre initiative ou en collaboration avec les services de sécurité* »⁷². Elle est donc la cheville ouvrière en matière de cybercriminalité qui n'est pas limitée par les frontières nationales. De nombreuses victoires sont à mettre à l'actif de l'ANTIC⁷³. L'exemple du Cameroun devrait être répercuté dans tous les autres Etats de l'Afrique centrale afin de permettre une synergie des actions et un partage optimal d'informations en matière de cybercriminalité.

A côté de l'ANTIC, le Cameroun a aussi mis sur pied au niveau de tous ses aéroports internationaux des Cellules Aéroportuaires Anti-Traffics (CAAT) avec le décret n° 2014/413 du 22 octobre 2013. Les CAAT ont pour principal objectif d'assurer une communication sécurisée, en temps réel, entre les aéroports d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes⁷⁴. Même si le champ géographique de déploiement des CAAT est limité – ne s'étendant pas à l'Europe et à l'Asie – elles restent tout de même des structures importantes dans le cadre de la coopération policière au

⁶⁹ Journal-CCPAC, 16^e Session du Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale, Yaoundé 15-18 septembre 2015, p. 23.

⁷⁰ Décret n° 2012/180 du 10 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication

⁷¹ Art. 5 du Décret n°2019/150 du 22 mars 2019 qui a remplacé le Décret n° 2012/180 du 10 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication : l'ANTIC a pour missions « (...) ; a) *de participer à l'élaboration de la politique nationale de sécurité des réseaux de communications électroniques et de certification ; b) d'assurer la sécurisation du cyberspace national, notamment des transactions en ligne, des systèmes d'information et des réseaux de communication électronique ; c) de mettre en place des mécanismes pour assurer la régulation et la sécurité d'internet au niveau national ; (...); k) de contrôler les activités de sécurité des réseaux de communications électroniques, des systèmes d'information et de certification ; (...); q) d'assurer la surveillance, la détection et la fourniture de l'information sur les risques informatiques et les actes des cybercriminels ; (...)* »

⁷² Art. 5 al. 6 du Décret n°2019/150 du 22 mars 2019 qui a remplacé le Décret n° 2012/180 du 10 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication

⁷³ L'ANTIC a contribué à l'arrestation des individus responsables du piratage de compte Facebook de ELECAM.

⁷⁴ Art. 2 du décret n° 2014/413 du 22 octobre 2013 portant création, organisation et fonctionnement des Cellules Aéroportuaires et Anti-Traffics (CAAT) au sein des aéroports internationaux du Cameroun.

regard des missions qui lui sont assignées⁷⁵. Ceci parce qu'en procédant aux fouilles systématiques des personnes et des biens à l'arrivée, les CAAT empêchent l'entrée au Cameroun de produits illicites. Inversement, elles empêchent aussi la sortie des mêmes produits illicites du Cameroun vers l'étranger. C'est une structure composée des fonctionnaires de police, de gendarmerie et de douane⁷⁶. Au rang des faiblesses des CAAT, on note son incompétence à mener des enquêtes. En cas de saisie, elle doit immédiatement transmettre le dossier aux services compétents pour des poursuites judiciaires. En dépit des insuffisances qui peuvent leur être reprochées, les CAAT participent activement à une coopération policière efficace. Elles permettent aux services de police de recevoir des informations prévisionnelles au sujet de l'arrivée d'une personne suspecte ayant en elle ou dans ses effets de la drogue ou autres substances prohibées par les Conventions internationales, afin de l'appréhender à son arrivée⁷⁷. De nombreuses actions couronnées de succès sont à mettre à l'actif des CAAT⁷⁸.

Au regard de ce qui précède, tant le dispositif conventionnel impressionnant que la multitude d'organes aux compétences précises participent à la construction d'une coopération policière en Afrique centrale. Ces moyens sont complétés par la consécration de certaines opérations de police.

B- La facilitation avérée de la coopération policière par la consécration de certaines opérations de police

Sans l'existence des opérations de police, la coopération policière reste une expression vaine. C'est à travers ces opérations que la collaboration entre les services de police des différents Etats membres se concrétise. De nombreuses opérations de police sont consacrées notamment : l'échange d'informations, la remise de police à police, les missions à l'étranger et les missions

⁷⁵ Art. 3 du décret n° 2014/413 du 22 octobre 2013 portant création, organisation et fonctionnement des Cellules Aéroportuaires et Anti-Trafics (CAAT) au sein des aéroports internationaux du Cameroun : « (...) la Cellule Aéroportuaire et Anti-Trafics est chargée :

- A- de collecter et de partager les renseignements, e, temps réel, entre les aéroports connectés, dans le cadre de lutte contre les trafics illicites, notamment les trafics de drogue, d'armes explosifs, d'objets d'art et de médicaments contrefaits ;
- B- d'exercer un contrôle plus efficace des personnes, des bagages, frets et courriers postaux en transit, à l'arrivée et au départ, dans le cadre de lutte contre les trafics illicites ;
- C- de procéder à l'analyse des risques ».

⁷⁶ Art. 5 du décret n° 2014/413 du 22 octobre 2013 portant création, organisation et fonctionnement des Cellules Aéroportuaires et Anti-Trafics (CAAT) au sein des aéroports internationaux du Cameroun.

⁷⁷ SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, op. cit., p. 66.

⁷⁸ Les actions du CAAT ont permis l'arrestation d'un trafiquant de drogue de nationalité nigériane à l'aéroport international de Yaoundé-Nsimalen en 2019. Sur l'ensemble de la question www.Koaci.com

conjointes de police. Pour un besoin de clarté, nous classerons ces opérations en opérations simples de police (1) et opérations complexes de police (2).

1- Les opérations simples de police

Nous analyserons tour à tour les échanges d'informations (a) et la remise de police à police (b) comme éléments matérialisant la coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité organisée.

Page | 217

a- Les échanges d'informations comme moyen primaire matérialisant la coopération policière

L'échange d'informations est l'opération de base dans le cadre de la coopération policière. Il est prévu par toutes les conventions⁷⁹ qui portent sur la répression des infractions transfrontalières. C'est même la raison d'être de l'OIPC-Interpol en ce qu'elle « (...) ne constitue pas une police internationale dont les agents exercent des pouvoirs d'enquête. (...) Interpol intègre en effet des informations à elle transmises dans les bases de données accessibles au BCN »⁸⁰. L'échange d'informations n'est pas limité à une seule forme déterminée. En effet, l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale précise en son article 17 que « Les demandes ou transmissions d'informations prévues à l'article 16 ci-dessus pourront s'effectuer par n'importe quel moyen de communication ». Cela traduit une volonté poussée des Etats membres à faciliter la transmission des informations afin de « (...) contrer des menaces ou d'appréhender des personnes qui, traversant des frontières ont pour but de commettre des crimes ou se réfugier dans un Etat voisin »⁸¹. L'échange d'informations peut être à but préventif ou curatif. Sans négliger l'apport des notices de signalétiques individuelles⁸² et les notices des objets volés ou recherchés⁸³ consacré par l'OIPC-Interpol, nos propos suivants se

⁷⁹ Art. 39 de l'accord Schengen : « (1) Les parties contractantes s'engagent à ce que leurs services de police s'accordent, dans le respect de la législation et dans la limite de leurs compétences, l'assistance aux fins de la prévention et de la recherche des faits punissables (...) » ; Art. 16 de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale : « (...) les polices des parties contractantes devront, dans le cadre du présent accord, échanger entre elles les renseignements en matière d'investigation criminelle, de prévention criminelle et de police générale »

⁸⁰ REBUT (D.), *Le droit pénal international*, op. cit., p. 424.

⁸¹ SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, op. cit., p. 28.

⁸² ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., n° 662 et svt.

⁸³ *Ibid.*, n° 677 et svt.

cantonneront aux procédés prévus dans le cadre des conventions entre les Etats de l'Afrique centrale.

L'échange d'informations assure la prévisibilité des risques de commission d'un crime organisé. Elle permet aux services de police des différents Etats membres d'anticiper sur le risque d'une éventuelle commission d'une infraction transfrontalière. Pour y parvenir les Etats de l'Afrique centrale ont mis sur pied un ensemble de procédés. Tout d'abord, ils se sont engagés à transmettre les informations sur le « *modus operandi* »⁸⁴. Ce dernier est entendu comme la manière dont l'auteur a commis le crime. Il s'agit du mode opératoire des criminels transfrontaliers. En communiquant des informations sur le mode opératoire, les services de sécurité des différents ont déjà une idée sur la manière de répondre à une activité illicite. Ensuite, les Etats s'engagent à transmettre « *un avis de passage à la frontière d'une personne à protéger, d'une personne à rechercher, d'une personne à surveiller, d'un véhicule suspect, d'un objet dangereux ou prohibé etc.* ». L'avis de passage à la frontière d'une personne à protéger peut renvoyer à l'hypothèse où cette dernière détient des informations sur la commission future d'une infraction transfrontalière, sur l'identité d'un criminel. Les Etats attachent donc du prix à la protection de ce type de personnes afin qu'elles dénoncent l'éventuelle commission d'une infraction transfrontalière ou divulgue des informations nécessaires au démantèlement d'un réseau criminel. En ce qui concerne l'avis au passage de frontière d'une personne à rechercher, il faut dire qu'ici la personne recherchée serait un potentiel délinquant. Si effectivement, les services de sécurité placés à la frontière mettent la main sur ce type d'individu, ils saperaient la commission d'une éventuelle infraction. Toujours dans le but de prévenir le crime transfrontalier, l'avis de passage aux frontières s'étend aussi aux véhicules suspects et aux objets dangereux ou prohibés. Cette dernière hypothèse fait référence aux bombes, explosifs, drogue ou tout autres produits illicites condamnés par les Conventions internationales.

A côté de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale, la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale, signée le 24 mai 2004 et adoptée à Libreville par le règlement n°08/05-UEAC-057-CM-13 le 5 février 2005 aussi prévoit des dispositions préventives. En effet, son article 3 alinéa 1^{er} de ladite Convention prévoit que les Etats membres s'engagent à : « *prévenir par tous les moyens sur leur*

⁸⁴ Art. 16 al. 2 de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

territoire respectif, la préparation, le financement, la commission d'actes terroristes ou l'implantation d'organisations reconnues comme terroristes par les Nations unies ». Cet article est appuyé dans cette tâche par l'article 4 de la même Convention⁸⁵. En effet, cette disposition prévoit la création dans le cadre du Comité des chefs de police de l'Afrique Centrale d'une banque de données commune sur les personnes poursuivies pour terrorisme, les groupes, mouvements et organisations à caractère terroriste. Aussi, elle préconise l'échange d'informations sur les actes terroristes commis ou en préparation sur les territoires des Etats membres. Tous ces procédés permettent en amont d'éviter la matérialisation de l'infraction.

L'échange d'informations à titre curatif intervient dans le cadre de l'investigation criminelle. Il a pour fondement l'article 16 de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale. Il porte principalement sur les auteurs, co-auteurs et complices des infractions de droit commun⁸⁶. Les auteurs de crime organisé se réfugient généralement dans un Etat voisin afin d'échapper aux poursuites et aux éventuelles sanctions de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise. Pour mettre fin à cette impunité, les Etats se sont donc engagés à transmettre des informations pouvant aider à l'appréhension de tels criminels. Notons que l'échange d'informations dans le cadre de l'investigation criminelle s'étend aux objets ayant un rapport quelconque avec une infraction commise ou tentée, aux éléments nécessaires de l'établissement de la preuve d'une infraction commise ou tentée, et aux arrestations et enquêtes de police menées par les services respectifs à l'encontre des nationaux des autres Etats parties et des personnes qui résident sur leur territoire⁸⁷. L'extension du champ d'application de l'échange d'informations renforce davantage la coopération policière et permet de fragiliser le phénomène criminel transfrontalier.

b- La remise de police à police comme moyen supplémentaire matérialisant la coopération policière.

L'opération de remise de police à police aussi est une marque de la coopération policière contre le crime transfrontalier organisé. Il peut s'agir de la remise d'une personne ou des objets en lien avec le crime. La remise de personne de police à police peut s'opérer dans le cadre de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale ou dans celui

⁸⁵ Art. 4 de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale du 24 mai 2004.

⁸⁶ Art. 16 de l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

⁸⁷ *Ibidem*.

de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale. L'article 12 de la première Convention prévoit : « *Les personnes appréhendées dans le cadre d'une enquête peuvent au terme de celle-ci être remises aux fonctionnaires de police de l'Etat requérant s'il s'agit des nationaux, avec l'accord des autorités judiciaires compétentes de l'Etat requis* ». Cet article en consacrant la remise de personne de police à police la subordonne à deux conditions. D'une part, la remise est subordonnée à l'appartenance de la personne à l'Etat requérant. D'autre part, l'accord obligatoire des autorités compétentes pour la réalisation de la remise. Cette deuxième condition appelle des commentaires. L'intervention des autorités judiciaires est malvenue, en ce que ce procédé peut se confondre⁸⁸ avec un autre bien connu⁸⁹ et prévu⁹⁰ qu'est l'extradition. Il est vrai que l'intervention des autorités judiciaires est exigée afin d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes objet de la remise. Certains auteurs soutiennent même que la remise d'une personne simplement soupçonnée est un aveu de la culpabilité anticipée de cette dernière et que la procédure d'extradition prévue par les Etats de l'Afrique centrale garantit mieux le respect des droits fondamentaux⁹¹.

La seconde Convention quant à elle, prévoit la remise de personne de police à police en son article 4 alinéa 5. Aux termes de cette disposition, les Etats s'engagent : « *à remettre de police à police sous réserve de l'accord des autorités judiciaires compétentes, les personnes arrêtées pour terrorisme (...)* ». Contrairement au texte précédent, le législateur ne fait pas de référence à la nationalité de la personne objet de la remise. Est-ce - à dire qu'un Etat requis peut remettre son national à un Etat requérant pour que celui-ci soit poursuivi par les autorités judiciaires étrangères ?

⁸⁸ KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., pp. 289-290 : « *La question se pose à ce niveau est de savoir sous quelle forme les autorités judiciaires de l'Etat requis doivent donner leur accord. Ont-elles d'ailleurs la possibilité de le faire alors qu'elles ne sont pas en connaissance des éléments du dossier ? Doivent-elles donner cet accord d'une façon arbitraire sur la seule base des procès-verbaux établis par la police ou doivent-elles examiner le dossier avant de se prononcer ? Si cette dernière hypothèse est retenue, doivent-elles soumettre le dossier à la Cour d'appel ? Auquel cas on revient à la procédure d'extradition et on ne comprend pas pourquoi il a été plutôt question de remise. S'agirait-il d'une autre procédure de livraison que les conventions n'ont pas organisée ? Pourquoi d'ailleurs instituer une autre procédure alors que celle de l'extradition est plus fiable et bien réglementée ?* »

⁸⁹ L'extradition peut être définie comme une procédure par laquelle un Etat, appelé Etat requis, accepte de livrer une personne qui se trouve sur son territoire à un autre Etat, appelé Etat requérant, lequel la réclame pour la juger pour la commission d'un crime ou d'un délit ou pour lui faire exécuter une peine prononcée pour la commission d'un crime ou d'un délit. Cette procédure nécessite l'intervention d'une autorité judiciaire. Pour une vue générale sur l'extradition V° REBUT (D.), *Le droit pénal international*, op. cit., n° 223 et svt ; V° aussi ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., n° 719 et svt.

⁹⁰ Accord d'extradition entre les pays de la zone CEMAC du 02 juin 2004.

⁹¹ KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., p. 290.

Aucune précision à ce sujet n'est donnée par la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale. Dans le principe, rien ne s'opposerait à une réponse affirmative à cette question. Mais, en pratique les Etats, jaloux de leur souveraineté s'accrochant sur le principe de la personnalité active⁹² refuseraient de remettre leur national aux autorités étrangères. Toutefois, une telle remise ne doit pas d'office être exclue. Elle retrouverait tout son sens lorsque l'Etat requis n'est pas apte à poursuivre et à sanctionner son ou ses nationaux poursuivis pour terrorisme. En clair, la remise dans ce cas devrait obéir au principe de subsidiarité⁹³ bien connu en droit pénal international. En conclusion, l'Etat requis peut remettre son ou ses nationaux aux autorités étrangères lorsqu'il est dans l'incapacité de les poursuivre et de les sanctionner.

La remise peut aussi porter sur des objets en lien avec la commission du crime. Elle est prévue à la fois par l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale⁹⁴ et la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale⁹⁵. La transmission de ces objets est un facteur pouvant accélérer la procédure judiciaire en cours dans un Etat partie, et par la même occasion établir la culpabilité des personnes poursuivies. La remise des objets peut aussi être un élément nécessaire pour contrecarrer la commission future d'une infraction transfrontalière. Les objets sont remis principalement par voie postale. Ce n'est qu'en

⁹² La compétence personnelle active fait partie d'un principe plus grand qualifié de principe de personnalité de la loi pénale. Le principe de la personnalité suppose que la loi pénale au lieu d'être liée à un territoire déterminé s'attache aux personnes et les suit partout où elles se rendent. Mais ces personnes peuvent être soit des délinquants soit les victimes. Par conséquent, le principe de la personnalité se dédouble. La compétence personnelle active c'est lorsque la loi de l'Etat s'étend aux infractions commises à ses nationaux même à l'étranger. Dans ce cas, les nationaux de l'Etat qui revendique sa compétence sont des auteurs présumés de l'infraction. Ce principe est opposé à celui de la compétence personnelle passive qui s'applique pour juger les infractions commises à l'étranger contre les nationaux de l'Etat considéré. Ici, les nationaux de l'Etat considérés sont des victimes de l'infraction en question. cf. PIN (X.), *Droit pénal général*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 153

⁹³ LAFONTAINE (F.), « La compétence universelle et l'Afrique : ingérence ou complémentarité », *Etudes internationales*, vol. 45, n° 1, mars 2014, p. 139 : La subsidiarité épouse « l'idée selon laquelle la compétence universelle est un mécanisme par défaut et ne devrait être exercée, sous réserve du respect des autres conditions à son exercice, que si les Etats territoriaux ou de nationalité active (le forum conveniens) sont incapables ou n'ont pas la volonté d'exercer leur compétence dans le respect du droit international »

⁹⁴ Art. 18 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale : « Les services de police des parties contractantes se transmettront mutuellement :

- Les objets saisis provenant ou ayant un rapport avec une infraction de droit commun ;
- Les objets trouvés ou ayant été possédés par un étranger décédé ;

- Les rapports d'enquête de police concernant des citoyens d'une des parties contractantes, pouvant comprendre des procès-verbaux de constatations, d'audition de témoins, de perquisitions, de fouilles à corps ou de saisie, etc. ».

⁹⁵ Art. 4 al. 5 de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale du 24 mai 2004 : Les Etats s'engagent à « remettre de police à police, sous réserve de l'accord des autorités judiciaires compétentes, (...) les objets (armes, munitions, explosifs, véhicules, les dossiers ou documents de procédure, d'actes ou décisions judiciaires) ... ».

cas d'urgence ou lorsque, des précautions particulières doivent être prises en raison de la nature de l'objet, la transmission pourra s'effectuer par une autre voie appropriée⁹⁶.

En cas d'insuffisance d'opérations simples de police, les services de sécurité des Etats de l'Afrique centrale peuvent recourir aux opérations complexes de police.

2- Les opérations complexes de police

Les opérations complexes concrétisent la coopération policière des Etats de l'Afrique centrale. Elles sont celles impliquant une descente effective sur le terrain des services de sécurité. Nous envisagerons ici, les missions à l'étranger (a) et les missions conjointes de police (b) dans le cadre de la lutte contre la criminalité transfrontalière organisée.

a- Les missions à l'étranger

Les missions à l'étranger ont un cadre général de déploiement qu'est l'Accord de coopération en matière de police criminelle⁹⁷ et des cadres spécifiques que sont la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale du 24 mai 2004⁹⁸ et la Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage du 19 novembre 2010⁹⁹. Il s'agit pour un Etat membre, d'admettre les fonctionnaires des services de sécurité d'un autre sur son territoire afin que ceux-ci posent des actes dans le cadre d'une enquête criminelle. La mission à l'étranger est un moyen sûr permettant aux services de sécurité de braver le principe de la souveraineté qui empêche leur intrusion dans le territoire d'un autre Etat. En réalité, la lutte efficace contre certaines formes graves de criminalité nécessite une certaine continuité transfrontalière de l'action policière¹⁰⁰. L'exercice des missions à l'étranger atténue la souveraineté de chaque Etat membre à la Convention. Parce que « *la souveraineté s'oppose à ce que les agents interviennent à l'étranger, alors même qu'il s'agit seulement de poursuivre une action commencée sur leur territoire. Les forces de police n'ont ainsi aucun droit de continuation transfrontalière de leur action* »¹⁰¹. La souveraineté a pour conséquence l'inexistence d'une police internationale dont les membres seraient habilités à poursuivre partout dans le monde les

⁹⁶ Art. 19 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

⁹⁷ Art. 5 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

⁹⁸ Art. 4 al. 1^{er}.

⁹⁹ Art. 25 al. 1^{er}.

¹⁰⁰ REBUT (D.), *Le droit pénal international*, op. cit., p. 416.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 412.

infractions et d'en arrêter les auteurs¹⁰². De même, les fonctionnaires de police d'un Etat n'obéissent qu'à leurs supérieurs hiérarchiques. Ils n'ont pas à exécuter les ordres, les actes à la demande des autorités étrangères. Le cadre des missions à l'étranger est donc une traduction réelle de la volonté des Etats de l'Afrique centrale de ne pas laisser les frontières nationales constituées un passe-droit aux criminels et groupes criminels. L'élément central qui permet d'affirmer que la mission à l'étranger est un moyen efficace de lutte contre la criminalité transfrontalière réside dans l'obligation mise à la charge de l'Etat requis en cas d'autorisation de la mission. En effet, les services de police de l'Etat requis « s'emploieront à faciliter toutes les missions d'enquête de police criminelle autorisées sur leurs territoires »¹⁰³. Il revient donc à l'Etat requis de prendre toutes les dispositions pouvant faciliter l'enquête criminelle. On pense entre autres aux mesures comme l'autorisation du ou des fonctionnaires étrangers à intégrer la police locale, la remise d'une arme de service au fonctionnaire étranger. Il est vrai que ces deux mesures ne sont pas mentionnées dans l'Accord de coopération en matière de police criminelle de l'Afrique centrale comme l'ont décrit certains auteurs¹⁰⁴. Mais, une analogie avec l'Accord Schengen nous permet de dire que les Etats de l'Afrique centrale peuvent s'inspirer de l'expérience de cet espace commun¹⁰⁵ et assimiler les agents étrangers aux agents de police judiciaire locaux¹⁰⁶.

Toutefois, l'exercice d'une mission à l'étranger n'est fait sans conditions. La première est relative aux fonctionnaires habilités à effectuer des missions à l'étranger. Ceux-ci doivent au préalable obtenir l'autorisation des autorités locales de l'Etat requérant. C'est le sens de l'article 6 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle qui dispose que : « *Sont compétents pour l'exécution des actes de police judiciaire, les fonctionnaires des parties contractantes habilités par leur législation nationale* ». Une lecture *a contrario* de cette disposition nous permet de conclure que les actes de police judiciaire posés par un fonctionnaire sur le territoire d'un Etat étranger est interdit. La sanction de cette interdiction est que le juge n'accordera pas d'effet à un acte policier accompli extra-territorialement sans habilitation¹⁰⁷. Et qui plus est, une telle attitude pourrait engager sa responsabilité personnelle.

¹⁰² KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., p. 281.

¹⁰³ Art. 8 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

¹⁰⁴ SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, op. cit., p. 39.

¹⁰⁵ REBUT (D.), *Le droit pénal international*, op. cit., p. 412.

¹⁰⁶ HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, op. cit., 2012, pp. 572-573.

¹⁰⁷ Crim. 21 sept. 1999, *Bull. crim.*, n° 189 ; RSC 2000, p. 221, obs. A. Giudicelli.

La seconde condition est que la mission à l'étranger est subordonnée à l'autorisation expresse des autorités de l'Etat requis¹⁰⁸. Cette autorisation apparait comme une porte à moitié fermée en ce qu'elle fait surgir de nouveau la souveraineté chère à tout Etat. Bien que l'Etat requis par la signature de l'Accord de coopération en matière de police criminelle a marqué son accord à l'exercice des missions sur son territoire par des agents étrangers, il n'a par conséquent pas sacrifié intégralement sa souveraineté au profit des autres Etats parties. L'autorisation encadre les pouvoirs des agents étrangers et permet de maintenir une certaine prégnance de la souveraineté de l'Etat requis¹⁰⁹. Même si cette autorisation est malvenue pour certains auteurs¹¹⁰ – arguant qu'elle freine ou fragilise la coopération policière et partant la répression du crime transfrontalier – il n'en demeure pas moins qu'elle est le seul moyen pour l'Etat requis d'avoir un droit de regard sur ce qui se passe sur son territoire. A notre avis, la mission à l'étranger ne saurait s'effectuer sans l'autorisation des autorités de l'Etat requis.

b- Les missions conjointes de police

Les missions conjointes de police sont prévues par la Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage du 19 novembre 2010. Il s'agit des opérations nécessitant la coalition des forces de police des Etats de l'Afrique centrale. Elles se subdivisent en deux types : les opérations conjointes de descente dans les caches illicites¹¹¹ et les opérations et patrouilles transfrontalières conjointes et mixtes¹¹². Les premières sont celles qui

¹⁰⁸ Art. 7 de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale.

¹⁰⁹ HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, op. cit., p. 575.

¹¹⁰ SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, op. cit., pp. 39- 40 : « Cette condition à notre sens peut être un frein à l'accomplissement des enquêtes extraterritoriales, dans la mesure où un Etat requis peut tarder dans le fait de fournir une autorisation à l'Etat requérant. Cela même si ces agents ont été habilités par leur législation ou leurs supérieurs hiérarchiques. Cette situation ne facilite pas de fait l'accomplissement des fonctions de la police en matière criminelle et de lutte effective contre la criminalité transnationale organisée ».

¹¹¹ Art. 15 al. 6 de la Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage du 19 novembre 2010 : « Les Etats parties conduisent des opérations conjointes pour localiser, saisir et détruire les caches illicites d'armes légères et de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage ».

¹¹² Art. 17 al. 4 la Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage du 19 novembre 2010 : « Les Etats parties s'engagent à renforcer leur coopération aux frontières et notamment à organiser des opérations et patrouilles transfrontalières conjointes et mixtes afin de mieux contrôler la circulation des armes légères de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composants pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage ».

visent à débusquer les lieux où sont entreposés de façon illicite les armes. Les secondes quant à elles renvoient aux opérations menées en commun par les forces de sécurité aux frontières dans le but de contrôler la circulation des armes de petit calibre et toute pièce pouvant concourir à sa fabrication ou son utilisation. La circulation des armes de petit calibre est à la source de l'armement des groupes criminels qui sévissent dans les Etats de l'Afrique centrale et au-delà. La réalisation des missions conjointes permet d'amputer le mal à son origine. Etant entendu que les frontières sont les lieux par excellence d'interception des objets illicites, les Etats de l'Afrique centrale ont mis un point d'honneur sur l'organisation des opérations et patrouilles transfrontalières conjointes et mixtes.

De ce qui précède, il faut relever que l'encadrement juridique de la coopération judiciaire en Afrique centrale est certain. On constate une construction progressive de la coopération policière dans cette sous-région tant à travers l'existence d'un dispositif conventionnel fourni qu'à travers la diversité d'organes aux compétences bien délimitées chargés de mettre en œuvre ces normes. Aussi, ladite coopération facilitée par la consécration de certaines opérations de police. Il en est ainsi des opérations simples de police telles que l'échange d'informations et l'opération de remise de police à police. Dans le même ordre d'idées, les Etats de l'Afrique centrale ont poussé plus loin leur coopération policière en admettant des missions complexes à l'instar des missions à l'étranger et des missions conjointes de police. L'encadrement de la coopération policière étant digne d'exaltation, il faut maintenant s'interroger sur son déploiement ou sa matérialisation.

II-LE DEPLOIEMENT PENIBLE DE LA COOPERATION POLICIERE DE L'AFRIQUE CENTRALE CONTRE LA CRIMINALITE TRANSFRONTALIERE ORGANISEE

Le déploiement pénible de la coopération judiciaire n'est qu'une traduction d'une rencontre difficile entre le droit pénal et le droit communautaire¹¹³ qui a de temps été constant. Comme précisé plus haut, le droit pénal est un domaine réservé de l'Etat en vertu du principe de la souveraineté. En dépit du cadre juridique prévu, il subsiste certains manquements au déploiement efficace de la coopération policière de l'Afrique centrale (A). A cela s'ajoutent certaines imprécisions et inadaptations qui viennent entériner le caractère difficile de la matérialisation de la coopération policière de l'Afrique centrale (B).

¹¹³ BORE (J.), « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in *Droit pénal contemporain*, Mélanges André Vitus, *Cuja*, 1989, p.25 ; NGNINTEDEM (J. -C.) et TCHEOMBE HAIWA (W.), « L'effectivité du droit pénal des affaires OHADA : réflexion sur les vicissitudes de l'infraction d'abus de biens sociaux à partir du droit camerounais », *Revue trimestrielle de droit économique LE NEMRO*, Janvier-Mars 2021, p. 42.

A- La pénibilité justifiée par certaines carences

Les carences qui justifient le caractère pénible de la matérialisation de la coopération policière de l'Afrique centrale sont l'absence d'harmonisation de certaines législations en matière policière (1) et le manque d'audace des autorités politiques de la sous-région (2).

Page | 226

1- L'absence d'harmonisation de certaines législations

La répression de la criminalité transfrontalière est un vain mot si tous les Etats de l'Afrique centrale n'adoptent pas les mêmes positions et les mêmes règles sur la question. Cela n'est possible que par l'harmonisation des règles qui encadrent la criminalité transfrontalière. Et l'harmonisation elle-même passe par l'adhésion aux conventions internationales. Il est vrai qu'il a été souligné plus haut que les Etats de l'Afrique centrale ont fait des efforts énormes dans ce sens, mais de nombreuses lacunes demeurent. En réalité, l'incrimination au niveau national des infractions transfrontalières est le plus souvent le résultat ou la conséquence d'une convention internationale. Cela apparaît comme une mesure adaptée à la lutte contre la criminalité transfrontalière en ce que tous les Etats parties à la Convention ont les mêmes outils de riposte contre ce fléau. Toutefois, une telle vision est idéaliste pour trois raisons.

D'un, il faut souligner que les Etats de l'Afrique centrale n'ont pas tous ratifiés certaines conventions en matière de lutte contre la criminalité transfrontalière. Or l'objectif de la communauté internationale est la mise en œuvre des règles globales et reconnues par tous. Si les Etats de l'Afrique centrale recherchent une coopération policière sous-régionale efficace, ils doivent avoir tous, les mêmes règles en cette matière. L'adhésion de certains d'entre eux seulement aux conventions nécessaires à la lutte contre la criminalité transfrontalière biaise l'objectif d'harmonisation qui est cher à la répression de la criminalité transfrontalière. L'exemple le plus flagrant en la matière porte sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transfrontalière organisée du 15 novembre 2000 appelée la Convention de Palerme. En effet, tous les Etats de l'Afrique centrale n'ont pas ratifié cette convention. Des huit (08) Etats de l'Afrique centrale, l'un est resté à la traîne. Le Congo-Brazzaville n'a jusqu'ici pas ratifié la Convention de Palerme¹¹⁴. Alors que c'est un cadre propice de déploiement de la lutte contre la criminalité transfrontalière.

¹¹⁴ <http://treaties.un.org> consulté le 16 janvier 2023 à 14h29.

De deux, on relève le problème de la transposition de la norme internationale en droit interne. A ce sujet, la question qui émerge est celle de savoir si un Etat partie à une convention est tenu d'incriminer les comportements prévus par une convention internationale à laquelle il est partie. Cette question elle-même est liée à celle de l'applicabilité d'une convention internationale en droit interne. Le principe de base est qu'une convention internationale n'est pas directement applicable en droit interne des Etats parties. L'exception à cette règle est le principe de l'applicabilité directe ou *self-executing*. Ce principe traduit l'idée qu'une norme fait directement naître dans l'ordre juridique interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques et/ou morales¹¹⁵. Ceci permet alors à ces personnes d'en demander elles-mêmes l'application aux organes des pouvoirs publics ou à défaut aux tribunaux de l'ordre juridique interne. Il obéit à deux conditions : l'une subjective et l'autre objective. La première est l'intention des Etats parties telle qu'elle résulterait de l'interprétation minutieuse des dispositions du traité¹¹⁶. La seconde est le contenu du traité. Il faut que celui-ci soit précis et ne comporte pas la nécessité de recourir à des mesures d'application interne ou internationale. En réalité la réponse à cette question se trouve généralement dans la convention internationale¹¹⁷.

En dehors des cas où la convention est d'application directe, on peut classer les conventions en matière de coopération judiciaire et policière en deux grands groupes : les conventions qui imposent l'obligation d'incriminer aux Etats et celles qui n'intègrent pas une telle obligation. Dans le premier cas, l'exemple de la Convention de Palerme mérite d'être cité. Les occurrences répétées de la formule « *Chaque Etat partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale (...)* »¹¹⁸ permet de nous en convaincre. Il faut souligner que cette obligation est difficile à mettre en œuvre. En ce que l'Etat qui ne satisferait pas au vœu de la convention verra seulement sa responsabilité internationale engagée. Or, ce que recherchent les Etats parties à la convention, c'est l'atteinte d'une coopération judiciaire ou policière efficace afin de barrer la voie à la criminalité transfrontalière. Une convention internationale dont les recommandations ne sont pas reprises par les Etats partie reste un texte stérile. Dans le second cas, le succès de la Convention et par conséquent de la coopération policière est le fruit d'une pure volonté politico-législative. Ce qui n'est pas en adéquation avec l'esprit de coopération policière

¹¹⁵ DUPUY (P. M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., n°419

¹¹⁶ *Ibid.*, 420.

¹¹⁷ *Ibid.*, n° 421.

¹¹⁸ Art. 5, 6, 8 et 23 de la Convention de Palerme.

internationale recherché par la communauté internationale. Au final, la réussite de la coopération policière est conditionnée par la bonne volonté des Etats parties aux conventions internationales¹¹⁹. Parmi les Etats de l'Afrique centrale, la République centrafricaine fait bonne figure en ce qu'elle s'est appropriée les règles prévues par la convention de Palerme à travers l'article 323 de son Code de procédure pénale qui dispose en substance que : « *En application de la Convention des Nations Unies contre la Criminalité Transnationale organisée et les Protocoles Additionnels portant sur la traite des personnes en particulier les femmes et les enfants, les trafics illicites des migrants par terre, mer et air et les trafics illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions, toute personne peut être poursuivie et Jugée dans les conditions prévues par ladite convention et ses protocoles additionnels* »¹²⁰.

De trois, il existe également un problème d'adaptation des conventions internationales au droit interne¹²¹. En réalité, les incriminations prévues par la convention internationale peuvent contredire les incriminations existantes dans le droit interne d'un Etat partie. *A priori*, un tel problème devrait trouver une solution dans le cadre de deux théories gouvernant la réception de la norme internationale par le droit interne : la théorie moniste¹²² et la théorie dualiste¹²³. Mais, des contradictions peuvent demeurer concernant l'étendue de l'infraction ou de la qualification même de celle-ci. Dans ce cas, l'Etat en question devrait mettre en conformité les incriminations prévues par la convention internationale en conformité avec celles de son droit interne.

La convention de Palerme nous servira d'échantillon pour caractériser le besoin d'adaptation des droits internes à la norme internationale. Relativement au problème de qualification juridique, relevons que la Convention de Palerme prévoit en son article 3 alinéa 1 b)

¹¹⁹ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 61 : « *Le succès de la mise en place de la coopération policière internationale et partant de la répression internationale est ainsi directement proportionnel au degré d'implication des Etats, et surtout au degré d'équivalence entre les différentes législations* ».

¹²⁰ Art. 323 de la loi N°10.002 du 06 janvier 2010 portant code de procédure pénale centrafricain.

¹²¹ Une telle recommandation a déjà été formulée par l'article 3 alinéa 5 de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale. Seulement, les Etats parties à ladite convention n'ont pas implémenté cette recommandation. En effet, ce texte dispose que les Etats parties s'engagent à : « *adapter pour les Etats qui ne l'ont pas encore fait, les législations internes au contexte actuel de la criminalité internationale, en prenant en compte le phénomène de terrorisme dont les risques de propagation sont de plus en plus présents en Afrique* ».

¹²² DUPUY (P. M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, op. cit., n° 423. La théorie moniste abolit les frontières entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international et tien à l'affirmation de l'unité des deux ordres. Selon les sensibilités des Etats, ils adoptent soit le monisme avec primauté du droit interne, soit le monisme avec primauté du droit international.

¹²³ *Ibidem*. Selon la théorie dualiste, il existe une dualité absolue entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Chacun constitue un ensemble autonome sans lien avec l'autre.

qu'elle s'applique à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant « *Les infractions graves telles que définies à l'article 2 de la présente convention ; lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un criminel y est impliqué* ». L'article 2 b) de la même convention définit les *infractions graves* comme étant « *un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans et d'une peine plus lourde* ». Ramener au cas du Cameroun, ces dispositions ne semblent pas aller en droite ligne avec le droit pénal. En effet, l'article 21 alinéa 1^{er} fait une classification tripartite des infractions en droit pénal camerounais en prévoyant la contravention¹²⁴, le délit¹²⁵ et le crime¹²⁶. En lisant ces dispositions de la Convention, on est en droit de s'interroger s'il existe une quatrième catégorie d'infractions – infractions graves – en droit pénal camerounais. Il est vrai que dans ce cas précis, il n'est question que d'un aspect de pure théorie générale du droit pénal. Mais, le problème de la mise en conformité se pose avec plus d'acuité en ce qui concerne les incriminations.

Lorsque l'incrimination prévue par la convention n'existe pas ou n'existe qu'à des proportions réduites dans le droit interne d'un Etat partie, celui-ci doit l'intégrer ou l'étendre à la proportion voulue par la norme internationale. La coopération policière et par conséquent, la limitation de la criminalité transfrontalière est à ce prix. Comme pour dire que l'harmonisation de la législation à elle seule ne suffit pas pour assoir une véritable coopération policière internationale¹²⁷. Encore faut-il que les Etats parties adaptent leurs droits internes aux conventions internationales.

2- Le manque d'audace des autorités politiques de la sous-région

Malgré une volonté affichée de coopérer en matière policière, les autorités politiques de l'Afrique centrale sont restées perplexes quant aux moyens pouvant assurer cette coopération. Chaque Etat, jaloux de sa souveraineté est resté réticent en ce qui concerne certaines méthodes et techniques d'investigation. Les Etats craignent que certaines informations sensibles pour leur

¹²⁴ Art. 21 al. 1^{er} du Code pénal camerounais : « *Sont qualifiées de contraventions, les infractions punies d'un emprisonnement qui ne peut excéder dix (10) jours ou d'une amende qui ne peut excéder vingt-cinq (25 000) mille francs* ».

¹²⁵ *Ibidem* : « *Sont qualifiées de délit les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une amende lorsque la peine privative de liberté encourue est supérieure à dix (10) jours et n'excède pas dix (10) ans ou que le maximum de l'amende est supérieur à vingt-cinq (25) mille francs* ».

¹²⁶ *Ibidem* : « *Sont qualifiées de crime les infractions punies de la peine de mort ou d'une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à dix (10) ans et d'une amende lorsque la loi en dispose ainsi* ».

¹²⁷ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 61.

sûreté ne tombent entre les mains des puissances étrangères. Le rapport de coopération, n'est avant tout qu'un rapport d'intérêt qui n'exclut pas la méfiance de l'Etat vis-à-vis de ses semblables. Le manque d'audace s'observe à travers la non consécration de certaines techniques spéciales d'enquête (a) et le manque d'initiative formaliste pour le renforcement de la coopération policière (b).

a- La non consécration de certaines techniques spéciales

Le cadre juridique de coopération policière en Afrique centrale ne prévoit pas explicitement certaines techniques spéciales d'enquête. La Convention de Palerme quant à elle a accordé une place de choix à ces techniques en son article 20 dont le premier alinéa dispose en substance que : « *Si les principes fondamentaux de son système juridique national le permettent, chaque État Partie, compte tenu de ses possibilités et conformément aux conditions prescrites dans son droit interne, prend les mesures nécessaires pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, par ses autorités compétentes sur son territoire en vue de combattre efficacement la criminalité organisée* ». La doctrine aussi est favorable à l'utilisation de ces techniques spéciales d'enquête en ce qu'elles sont adaptées à la lutte contre certaines formes de criminalité transfrontalière¹²⁸. Dans le cadre de l'espace Schengen des techniques comme le droit d'observation¹²⁹ et de poursuite transfrontalière, sont prévues. Le droit d'observation transfrontalière accordé aux agents d'un Etat partie les autorise à continuer une surveillance sur le territoire d'un Etat membre frontalier. Le droit de poursuite transfrontalière quant à lui consiste à un droit de suite permettant à un agent étranger d'un Etat de ne pas s'arrêter à des frontières auxquelles les malfaiteurs ne se heurtent pas. Dans la même veine, la France autorise des infiltrations¹³⁰ et des surveillances¹³¹ des agents étrangers sur son territoire en vue de lutter efficacement contre la criminalité transfrontalière organisée. Il est vrai que ces techniques sont limitées par le respect de la souveraineté des Etats parties¹³². Mais, une bonne volonté des pouvoirs politiques peut assurer le bon usage de ces techniques et par ricochet la coopération policière

¹²⁸ REBUT (D.), *Droit pénal international*, op. cit., p. 410 ; SAMBO JOSS (J.), *La coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière organisée*, op. cit., pp. 43-44.

¹²⁹ Art. 40 de la Convention Schengen.

¹³⁰ Art. 694-7 du Code de procédure pénale français.

¹³¹ Art. 694-6 du Code de procédure pénale français.

¹³² REBUT (D.), *Droit pénal international*, op. cit., pp. 410-411.

internationale. La carence de prévision de ces techniques par l'Accord de coopération de l'Afrique centrale en matière policière aurait pu être comblée par la ratification de la Convention de Palerme par l'ensemble des Etats de cette sous-région.

b- Le manque d'initiatives formalistes pour le renforcement de la coopération policière

Page | 231

Ce manque d'initiative formaliste est caractérisé par l'absence de gestion régulière de fichiers criminels et l'absence de mandats généraux pour les investigations communes.

L'une des difficultés de la coopération policière de l'Afrique centrale tient à « l'absence de fichiers criminels informatisés, fiables et régulièrement mis à jour »¹³³. La collecte et l'enregistrement permanent des données criminelles sur un fichier centralisé, contribue efficacement à lutte contre la criminalité transfrontalière organisée. Car, « (...), les recherches et le démantèlement des réseaux criminels et leur interpellation ne sont pas des entreprises évidentes pour les Forces de Police dans la mesure où les informations fournies sont parfois, sinon insuffisantes du moins erronées »¹³⁴. La recommandation faite par l'article 4 alinéa 2¹³⁵ de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale n'a toujours pas vu le jour.

Comme mentionné plus-haut, les criminels sont aujourd'hui mobiles. Ils ne se limitent pas au cadre géographique d'un Etat. Les mesures aptes à les contenir devrait aussi être transnationales. Mais, il est regrettable de constater que dans le cadre de la coopération de l'Afrique centrale en matière policière, il n'est pas prévu des « mandats généraux ». Cette situation emprisonne le déploiement de la coopération policière dans son étendue et profite dans ce sens à la prolifération du phénomène criminel transfrontalier. Il faut noter que les mandats dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction transfrontalière sont limités tant dans le temps que dans l'espace. Ainsi, « A titre d'exemple, un mandat de perquisition est signé pour un acte précis, encadré dans le temps et l'espace. Il ne peut donc permettre aux officiers de police de pénétrer continuellement un même local »¹³⁶.

¹³³ Journal-CCPAC, 16^e Session du Comité des Chefs de Police de l'Afrique Centrale, Yaoundé 15-18 septembre 2015, p. 29.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Art. 4 al. 2 : « Aux fins de combattre efficacement les infractions à caractère terroriste, les Etats parties conformément à leurs droits et procédures internes, s'engagent à : créer dans le cadre du Comité de chefs de police de l'Afrique centrale (CCPAC) une banque de données commune sur les personnes poursuivies pour terrorisme, les groupes, les mouvements et les organisations à caractère terroriste (...) ».

¹³⁶ *Ibidem*.

B- La pénibilité accentuée par certaines imprécisions et inadéquations

Les imprécisions et inadéquations constatées dans le cadre juridique de la coopération policière rendent davantage celle-ci difficile. Il en est ainsi de l'imprécision du champ d'application de la remise de personne de police à police (1) et des inadéquations normatives et financières (2).

1- L'imprécision du champ d'application de la remise de personne

L'imprécision du champ d'application de la remise de personne de police à police fait d'elle une technique surabondante dans la coopération policière sous-régionale et moyen d'aveu de culpabilité anticipée. Pour arriver à cette démonstration, nous devons rappeler le cadre de la remise d'une personne de police à police en Afrique centrale. Cette technique est prévue tant par l'accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale¹³⁷ et la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale¹³⁸.

A partir de ces dispositions, force est de constater que la remise est subordonnée à l'autorisation des autorités judiciaires compétentes. Cette condition appelle nécessairement certaines interrogations : quelle est l'autorité judiciaire compétente pour accorder cette autorisation ? Et sur quelles bases – décision souveraine ou décision conditionnée par l'appréciation des procès-verbaux – doivent-elles apprécier la remise ? Ces interrogations nous font constater que la remise de police à police telle que prévue par les deux conventions susmentionnées se confondent à l'extradition. Et qui plus est, ces mêmes conventions prévoient des dispositions relatives à l'extradition et la considèrent même comme « *étant la seule procédure à utiliser pour la remise à l'État requérant des auteurs des infractions poursuivis ou condamnés à des peines d'emprisonnement* »¹³⁹. C'est ainsi que dans le cadre de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les Etats de l'Afrique centrale l'article 2 dispose : « *Chaque État Partie s'engage à extradier, selon les règles et sous les conditions déterminées par le présent*

¹³⁷ Art. 12 : « *Les personnes appréhendées dans le cadre d'une enquête peuvent au terme de celle-ci être remises aux fonctionnaires de police de l'Etat requérant s'il s'agit des nationaux, avec l'accord des autorités judiciaires compétentes de l'Etat requis* ».

¹³⁸ Art. 4 alinéa 5 Les Etats parties s'engagent à : « *Remettre de police à police, sous réserve de l'accord des autorités judiciaires compétentes, les personnes arrêtées pour terrorisme ainsi que les objets (armes, munitions, explosifs, véhicules, les dossiers ou documents de procédure, d'actes ou décisions judiciaires) saisis dans le cadre d'une telle procédure, conformément aux dispositions pertinentes de l'Accord de coopération en matière de police criminelle entre les États de l'Afrique centrale, ainsi qu'aux dispositions de l'Accord d'extradition entre les États membres de la CEMAC et de l'Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la CEMAC* ».

¹³⁹ KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., p. 290.

Accord, les individus qui sont poursuivis pour des infractions de droit commun ou recherchés aux fins d'exécution des peines ou des mesures de sûreté par les juridictions compétentes de l'un d'eux dénommée partie requérante ». Dans le même ordre d'idées, l'article 11 de ladite convention fait allusion à « (...) la recherche internationale d'une personne en vue de son arrestation et de son extradition (...) ». La Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique centrale aussi en son article 4 alinéa 4 prévoit que les Etats s'engagent à « extraditer vers l'Etat requérant les auteurs d'infraction à caractère terroriste, conformément à la convention d'extradition de la CEMAC, ou de tous les accords auxquels l'Etat requérant et l'Etat requis sont parties ». Telle que prévue, la remise apparaît en définitive comme une technique surabondante dans la coopération policière sous-régionale. Les Etats de l'Afrique centrale ont consacré une technique de remise à côté de l'extradition pour la priver aussitôt d'effet¹⁴⁰.

Aussi, la remise d'une personne de police à police pourrait être analysé comme un aveu anticipé de culpabilité de personne qui en est l'objet. Cette situation est préjudiciable aux droits de la personne remise¹⁴¹, parce qu' « il faut préciser qu'on se trouve à la phase de l'enquête, c'est-à-dire la phase du procès pénal au cours de laquelle de simples soupçons pèsent sur la personne qui bénéficient pleinement de la présomption d'innocence. La remettre aux autorités de police de l'Etat requérant équivaudrait à se prononcer favorablement sur sa culpabilité »¹⁴². Mais cet argument doit être relativisée en ce que la personne remise l'est pour faire l'objet d'une enquête judiciaire et non dans l'optique d'être emprisonné immédiatement. En clair, il aura la possibilité de présenter ses moyens de défense devant une juridiction compétente. En cela, elle n'est pas une cause perdue d'avance et les droits de la défense auxquels il peut prétendre seront assurés.

Une nécessaire relecture des dispositions communautaires s'impose. Pour cela, nous nous associons à la proposition de certains auteurs qui préconisent la suppression pure et simple de la remise d'une personne de police à police¹⁴³. Parce qu'il est difficile d'envisager la remise d'une personne de police à police en dehors d'une intervention des autorités judiciaires. Celles-ci sont les garants du respect des droits et libertés fondamentaux¹⁴⁴.

2- Les inadéquations normatives et financières

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, op. cit., n° 1137 et svt.

¹⁴² KEUBOU (Ph.), *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, op. cit., p. 290.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 292.

¹⁴⁴ HERRAN (Th.), *Essai d'une théorie générale de l'entraide judiciaire internationale*, op. cit., p. 580.

Il sera question de présenter le dévoiement de l'interprétation de certaines conventions internationales (a) et de la disproportion entre les moyens financiers de l'Etat et de ceux des groupes criminels organisés (b).

a- L'interprétation dévoyée des conventions internationales

Page | 234

L'interprétation dévoyée de certaines conventions bilatérales entre les Etats accentue la criminalité transfrontalière organisée. En effet, certains Etats de l'Afrique centrale ont signé des traités bilatéraux portant sur la libre circulation des personnes. Des individus mal intentionnés utilisent donc lesdites conventions afin soit de perpétrer des infractions, soit de transiter par les territoires des Etats signataires. Ils utilisent donc, la convention qui ontologiquement a été conclue pour faciliter le développement des activités économiques, pour faciliter la commission des infractions transfrontalières. L'interprétation galvaudée de la libre circulation des personnes facilite ainsi la criminalité transfrontalière organisée.

De nombreuses conventions nous permettront d'illustrer cette idée. Le protocole d'accord signé entre le Cameroun et le Nigéria le 6 février 1963 régissant le contrôle du mouvement des personnes et des biens a permis l'entrée de nombreux ouest-africains sur le territoire camerounais. Se faisant passer pour des nigériens, des nombreuses personnes ont pu regagner le Cameroun qui n'est souvent pas leur destination finale. L'interprétation dévoyée de cette convention a rendu les frontières entre le Cameroun et le Nigéria très poreuses de telle enseigne que des individus mal intentionnés parviennent à regagner le territoire camerounais afin d'y commettre des infractions ou de transiter par là pour commettre des infractions sur des territoires voisins. Ce texte à l'instar de la convention Cameroun-Mali du 06 mai 1964 sur la libre circulation entre ces deux Etats¹⁴⁵ devrait être révisé afin de contenir l'immigration clandestine qui accentue le phénomène criminel transfrontalier.

b- La disproportion entre les moyens financiers des Etats et ceux des groupes criminels organisés

L'aspect financier de la lutte contre la criminalité transfrontalière organisée est très important. La limitation de ce fléau nécessite d'importants moyens financiers afin de procurer aux

¹⁴⁵ En effet, ce texte en son article 3 prévoyait : « *Tout ressortissant d'une des parties contractantes peut entrer librement sur le territoire de l'autre Etat, y voyager, y établir sa résidence dans le lieu de son choix et en sortir sans être restreint à un visa ou à une autorisation quelconque de séjour (...)* ». L'interprétation de cet article a drainé une masse importante de la population ouest-africaine parmi lesquels les criminels. Voyant que le phénomène a pris de l'ampleur les deux Etats sur leur accord en exigeant depuis le 8 septembre 2015 un visa d'entrée sauf aux titulaires de passeport diplomatique ou de passeport de service et aux agents de l'Etat en mission.

services policiers du matériel adapté aux missions qui leur ont été assignées. Le déficit de tels moyens affaiblit l'engagement des Etats et la bonne volonté des forces de police. Ceci en ce que les groupes criminels disposent de moyens importants à leur disposition pour réaliser leur forfait. La disproportion entre les moyens financiers des Etats et l'objectif d'éradiquer la criminalité transfrontalière se lie à travers deux éléments : l'importance des moyens à la disposition des organisations criminelles et le plafonnement des dépenses policières qui couvrent une pléthore d'activités.

Les organisations criminelles brassent d'importantes sommes d'argent¹⁴⁶. Elles fonctionnent à l'image des sociétés commerciales, à deux différences près. La première est que la source des avoirs des organisations criminelles est illicite. La seconde consiste au fait que les organisations criminelles ne déclarent pas les produits de leurs activités. Mais, nul doute qu'elles brassent d'importantes sommes d'argent. Ces sommes sont tellement élevées qu'elles dépassent le PIB de plusieurs Etats et avoisinent celui des Etats qualifiés d'économiquement puissants. La diversification des activités criminelles de ces organisations accroît aussi leurs profits¹⁴⁷. Ce qui accroît davantage leur richesse et par ricochet leur pouvoir est l'absence d'imposition des produits du crime¹⁴⁸. Cette astuce est vraie tant pour les narcotrafiquants, les trafiquants d'êtres humains que les trafiquants d'armes. Tous ces fonds seront objet du blanchiment d'argent et réinjectés dans le circuit économique. Ces fonds ainsi réinjectés serviront à acquérir du matériel sophistiqué et de la main d'œuvre qualifiée en vue de la commission des prochaines infractions. Enfin, lesdits fonds servent également à assurer le secret des activités de l'organisation. La discrétion est le maître-mot dans ces types d'activités et elle a un prix. Pour s'assurer de cette discrétion, l'organisation peut elle-même aller à la recherche des informations sur les activités de la police, pour savoir à quel groupe criminel la police s'intéresse à un moment précis. Pour cela, elle peut passer par une piraterie informatique du système de la police. Mais, le moyen le plus sûr est d'infiltrer la police

¹⁴⁶ VALLOTON (J.), « Les enjeux de la lutte contre les organisations criminelles transnationales : des mafias au terrorisme », *op. cit.*, p. 291 ; MODICA (B.), « Mondialisation et criminalité », *Diploweb.com : la revue géopolitique*, *op. cit.* : « Avec un revenu net théorique de plus de 1 000 milliards de dollars par an, les différentes activités criminelles sont un secteur d'activité plus lucratif que l'économie mondiale » ; MOREL (P.), « La criminalité transfrontalière organisée comme composante de la mondialisation : quelle réponse politique ? », *op. cit.*, p. 4 : « Les Nations Unies estiment à 870 milliards de dollars par an les revenus tirés du crime organisé ».

¹⁴⁷ ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁸ *Ibidem* : « D'un point de vue fiscal, tous les profits réalisés par les groupes criminels sont nets de toute imposition. Cela ne peut qu'accroître leur pouvoir financier, et dans le même temps la menace d'être de plus en plus puissants ».

en corrompant l'un de ses agents¹⁴⁹. Il en est ainsi parce que « *la corruption de fonctionnaires est d'autant plus facile que le prix à payer est dérisoire pour l'organisation criminelle, au regard de toutes les sommes d'argent qu'elle brasse, alors que dans le même temps le montant de la trahison est très aguichant pour le fonctionnaire, comparé à son traitement. Ce dernier peut ainsi, en l'échange d'un renseignement, gagner autant qu'en un mois de travail, voire beaucoup plus si le renseignement est capital ou si l'opération se renouvelle plusieurs fois* »¹⁵⁰. Les sommes ainsi employées sont négligeables au regard du pouvoir financier de l'organisation et surtout au regard du caractère très précieux des renseignements reçus. Le fonctionnaire corrompu devient donc, un « *induc inversé* » de l'organisation criminelle en interne. Avec de tels moyens, il est indéniable que les auteurs des infractions transfrontalières ont toujours une longueur d'avance sur les services de police des Etats de l'Afrique centrale en ce que leurs moyens financiers sont limités et servent à financer plusieurs activités.

Comparativement à ce que peuvent déployer les organisations criminelles, les Etats ne peuvent pas disposer autant pour lutter contre la criminalité transfrontalière organisée. La raison de cette limite financière de l'Etat est d'une part la diversité d'activités que ce dernier doit couvrir. En plus de la sécurité, l'Etat ayant des missions régaliennes¹⁵¹ a d'autres activités à couvrir à l'instar de l'éducation, la santé, la justice la communication. Il ne saurait consacrer une ressource importante à la lutte contre la criminalité transfrontalière organisée.

D'autre part, l'Etat est astreint aux exigences d'ordre budgétaire. Au début de chaque année, tout Etat alloue un budget à la sécurité. Il n'est pas spécifiquement destiné à financer la lutte contre la criminalité transfrontalière. Il est destiné à couvrir tous les besoins en matière de sécurité nationale. Et qui plus est, le budget n'étant qu'un acte prévisionnel au regard des événements passés, peut s'avérer insuffisant face à l'étendue des phénomènes criminels. Il est vrai qu'à travers son budget national, chaque pays de l'Afrique centrale marque sa volonté de lutter contre la criminalité transfrontalière organisée, mais « *de nombreux pays économiquement faibles ou dont la paix sociale est perturbée, présentent généralement des lacunes budgétaires* »¹⁵².

¹⁴⁹ VALLOTON (J.), « Les enjeux de la lutte contre les organisations criminelles transnationales : des mafias au terrorisme », op. cit., p. 293-294.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁵¹ FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, op. cit., n° 9.

¹⁵² ESSAME (P.), *Interpol : instrument de coopération policière en matière de criminalité internationale*, op. cit., p. 68.

Et même dans le cadre des organismes internationaux, le budget est plafonné. Le cas d'Interpol est assez révélateur¹⁵³. Une répartition annuelle des contributions sont fixées par l'Assemblée générale. Dans le même ordre d'idées, la CEMAC alloue chaque année un budget de fonctionnement au Comité des chefs de police de l'Afrique centrale. Dans l'un ou l'autre cas, le budget prévu est plafonné. Nous remarquons que contrairement aux groupes criminels, les Etats sont limités dans le financement de la lutte contre la criminalité organisée. Cette situation a pour conséquence le manque de matériel adapté à la lutte contre la criminalité transfrontalière organisée. Les services de police des Etats de l'Afrique centrale ne possèdent pas de matériel apte leur permettant de traquer et de mettre hors d'état de nuire les délinquants. Et la lutte contre la criminalité transfrontalière ne peut se concevoir en dehors du renouvellement du matériel déjà obsolète au profit des outils nouveaux. Autrement dit, « *La lutte contre la criminalité transfrontalière en général et du terrorisme en particulier, exigent des Forces de Police et plus précisément des unités spéciales d'avoir un armement adapté et arrimé, car cette lutte avec des résultats probants est tributaire des acquisitions en arme* »¹⁵⁴.

Afin de pallier à cette situation, deux solutions peuvent être adoptées. La première consiste à revoir à la hausse le budget alloué à la lutte contre la criminalité transfrontalière. La seconde consiste à prévoir au sein du CCPAC un mécanisme semblable à celui de la loi des finances correctives dans le but de proportionner la réponse à la menace transfrontalière.

Au bilan des développements, la coopération policière de l'Afrique centrale contre la criminalité transfrontalière est une réalité. Il existe un cadre juridique plausible qui dénote une construction progressive, mais irréversible d'une coopération policière dans cette sous-région. Cette dernière est assise sur un dispositif conventionnel bien fourni et s'appuie sur une pléthore d'organes aux compétences bien circonscrites. La coopération policière est effectivement mise en œuvre aux moyens d'opérations policières en vue de contrecarrer la criminalité transfrontalière organisée. Elles peuvent d'une part être, des opérations simples de police à l'instar des échanges d'informations et de la remise de police à police. D'autre part, il peut s'agir des opérations complexes de police comme les missions à l'étranger et les missions conjointes de police.

¹⁵³ Art. 39 du Statut d'Interpol.

¹⁵⁴ NKOMO MVONDO (A.), *La police camerounaise et lutte contre la criminalité transfrontalière : Le cas du terrorisme*, Mémoire de fin de formation en vue de l'obtention du diplôme pour le grade de Commissaire de Police, promotion 2018-2020, p. 26.

Malgré ce dispositif alléchant, la coopération policière a du mal à se matérialiser en raison de certaines carences, imprécisions et inadéquations. Relativement aux carences, elles se résument en l'absence d'harmonisation de certaines législations, la non consécration de certaines techniques spéciales et le manque d'initiative formaliste en vue de renforcer la coopération policière. Les difficultés de déploiement de la coopération policière sont davantage visibles en raison de l'imprécision du champ d'application de la remise de personne qui fait d'elle une technique surabondante de coopération policière en ce qu'elle se confond à l'extradition. Dans le même ordre d'idées, le dévoiement de certaines conventions internationales favorise plutôt la criminalité transfrontalière au lieu de promouvoir les échanges économiques entre Etats parties. Enfin, la disproportion entre les moyens financiers de l'Etat et ceux des organisations criminelles remet une couche supplémentaire aux difficultés qui étaient déjà nombreuses.

Il est indéniable qu'il existe une volonté politique des Etats de l'Afrique centrale de lutter contre la criminalité transfrontalière organisée. Mais, cette volonté est à demi-teinte. Il leur revient à nouveau de parachever le processus qu'ils ont enclenché en transposant les incriminations prévues par les conventions internationales, collaborant effectivement avec les agents de l'Etat requérant et en consacrant des techniques spéciales d'enquête comme dans le cadre de l'espace Schengen. Il faut dire pour conclure que tous les efforts des Etats membres seront plus optimaux avec le concours de la population que les services de police sont censés protéger.

Libres propos sur la généralisation de la fiducie en droit OHADA à la lumière des droits anglo-saxon, écossais et français

Publications on the generalization of the trust in OHADA law through anglo-saxon, scottish and french law

Par :

MBOKE Anne

Docteur en droit des affaires/ Assistante à l'Université de Yaoundé II (Cameroun)

Page | 239

Résumé :

Face à la compétition mondiale qui s'étend aujourd'hui à un nombre croissant de domaines comme le droit, les acteurs économiques, en effet, s'attachent de nos jours à vérifier, préalablement à leur décision d'investissement ou d'établissement, la présence d'outils juridiques adaptés, efficaces et peu coûteux susceptibles de fonder l'attractivité juridique sollicitée. C'est ainsi qu'à travers des décisions économiques, le droit a vocation à évoluer, en s'inspirant d'institutions étrangères, pour fournir à ceux-ci les outils dont ils ont besoin et devenir compétitif. A la suite d'un tel constat, l'indifférence du législateur ne pouvait perdurer. Son intervention s'est faite par l'élaboration d'un corpus juridique en matière de fiducie-sûreté dans l'AUS du 15 décembre 2010. Toutefois, la fiducie est un concept ancien et un mécanisme protéiforme moderne, capable de remplir les fonctions les plus diverses au-delà de la simple garantie du crédit. Ne l'ayant limitée qu'au seul moyen de sûreté, le questionnement qui s'en est suivi est celui de savoir si cette opération ne peut être étendue à d'autres mécanismes fiduciaires utiles à la pratique des affaires, pourtant inconnus du droit OHADA. Autrement écrit, la généralisation de la fiducie à des mécanismes autres que la fiducie-sûreté sur biens incorporels est-elle opportune? En réalité, la pratique de la fiducie française comme celle du trust en droit anglo-saxon et Ecossais ont montré l'efficacité du droit à fournir des solutions juridiques concrètes en tenant compte des utilités recherchées par les acteurs économiques. L'opportunité s'y prête donc logiquement, car l'étude historique, comparative et exégétique des textes permet de dégager un régime juridique cohérent permettant d'orienter la plume du législateur OHADA.

Mots clés : Fiducie-Fiducie française-Trust-Généralisation

Abstract :

In the face of the global competition that now extends to an increasing number of fields such as law, economic actors are now focusing on verifying, prior to their investment or establishment decision, the presence of appropriate, effective, and inexpensive legal tools that are capable of establishing the requested legal attractiveness. Thus, through economic decisions, the law has a duty to evolve, drawing inspiration from foreign institutions, in order to provide them with the tools they need and become competitive. In view of this overall situation, the indifference of the legislature could no longer endure. Its intervention took place through the development of a legal corpus on trust-security in the AUS of December 15, 2010. However, trust is an ancient concept and a modern versatile mechanism, capable of fulfilling the most diverse functions beyond just credit security. By limiting it only to a security mechanism, the question that followed was whether this operation could not be extended to other trust mechanisms useful for business practices still unknown to OHADA law. In other words, what is the opportunity for the generalization of trust in OHADA law beyond trust-security? In reality, the practice of French trust and the trust in Anglo-Saxon and Scottish law have shown the effectiveness of the law in providing concrete legal solutions while taking into account the utilities sought by economic actors. The opportunity is therefore logically appropriate, as the historical, comparative, and exegetical study of the texts allows for the identification of a coherent legal regime that can guide the OHADA legislator's pen.

Keywords: Trust-French trust-Trust-Generalization

Introduction

Trust et fiducie ou l'histoire de faux jumeaux !

A ce propos, nombreuses sont les plumes qui ont esquissé des réflexions, soit pour fixer les origines¹, soit pour déterminer le régime juridique applicable². Pour autant, la multiplicité d'écrits en la matière n'altère pas l'actualité de la question. En premier lieu, celle-ci émane visiblement de la limitation *stricto sensu* de la fiducie-sûreté aux biens incorporels en droit OHADA. Certes, l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés (AUS) du 15 décembre 2010 en consacrant cette sûreté réelle parmi les sûretés-propriétés a fait œuvre utile, mais des interrogations demeurent : l'existence d'un « compte bloqué »³ dans lequel les fonds fiduciaires doivent être versés signifie-t-il que ceux-ci sont détenus dans un patrimoine fiduciaire séparé du patrimoine de la banque ou du bénéficiaire ? Autrement exprimé, la fiducie-sûreté autorise-t-elle la création d'un patrimoine d'affectation ? En l'absence de celui-ci, peut-elle être étendue aux biens meubles du fiduciaire en cas de défaillance ?

Le mutisme législatif ainsi observé sur ces questions essentielles biaise âprement la magnificence du mécanisme. En effet, les praticiens ne s'acclimatent pas d'interprétations peu concises, car le but d'un mécanisme est par définition d'être sûr, au moins juridiquement⁴. D'emblée, « le succès d'une institution dépend largement du degré de protection assuré aux agents économiques qui en font usage, au-delà de la simple mise en œuvre de la responsabilité »⁵.

¹ Witz (C.), *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981 ; Mettetal-Fresnel (F.), *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficultés*, Thèse, Paris, 1995 ; Lucas (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières-pour une fiducie de valeurs mobilières*, Paris, LGDJ, 1997 ; Barrière (F.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004 ; Family (R.), *L'acte de fiducie. Etude de droit interne et de droit international privé*, Thèse, Paris, 2000 ; Kuhn (C.), *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, Thèse, Paris, 2003 ; Kalieu Elongo (Y.R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2012, pp. 1443-1450.

² Thomat-Raynaud (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf Tomassin (D.), Paris, Défrénois, 2007 ; Aubry (M.-Ch.), *Le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris, 2010 ; Ibarra Garza (R.), *La protection du patrimoine fiduciaire-Trust fund (Etude comparée : droit français-droit anglais)*, Paris, LGDJ, 2014 ; Borga (N.), « Le fiduciaire responsable (exégèse de l'article 2026 du Code civil) ? », in *A la recherche du fiduciaire...RLDA*, mars 2010, n° 47, p. 85 ; Delebecque (Ph.), « La responsabilité du fiduciaire », *Dr et patr.*, nov. 2009, n° 186, p. 42 ; Le Tourneau (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2014-2015, n° 802 et sv ; Tallon (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, 223 ; Remy (Ph.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, 323 ; Juen (E.), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Thèse, Dijon, 2014.

³ Article 87 alinéa 2 de l'AUS.

⁴ Forbin (Th.), « L'utilisation du mécanisme du transfert fiduciaire d'une somme d'argent en droit OHADA dans le cadre des contrats d'exploitation pétrolière », *SBF*, 2015, p. 109.

⁵ Berger-Tarare (C.), *Le fiduciaire défaillant : Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2015, p. 5.

Lato sensu, l'infinie richesse et les bouleversements provoqués par les aliénations fiduciaires sur des structures classiques « romanistes » notamment la notion de patrimoine ainsi que la distinction entre les droits réels et personnels continuent d'alimenter les controverses doctrinales. *A priori*, les moules catégoriels du droit civil ne semblent pas couvrir toute la substance de cette opération. La fiducie mélange ainsi les notions essentielles du droit civil et suscite l'interrogation⁶. Cette opposition se retrouve également en droit des trusts, bien que dans le droit anglo-américain, les frontières des notions entre droit réel et droit personnel soient perméables.

De même, si l'on s'en tient à l'évolution historique, il est possible de constater un usage constant des aliénations fiduciaires. La réforme française récente du droit des sûretés l'illustre parfaitement par l'adoption d'une ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce. Elle procède à un certain nombre de retouches en droit des sûretés en introduisant respectivement aux articles 2373 et 2374 du Code civil, la cession de créances et la cession de somme d'argent à titre de garantie⁷ ainsi que des règles modificatives des procédures collectives⁸. Outre cette réforme, la loi du 22 mai 2019 a également habilité le gouvernement à réformer, par voie d'ordonnance, les sûretés au sein du droit des entreprises en difficulté. Dans une approche d'ensemble, il s'agit d'une occasion idoine de simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés dans les différentes procédures collectives⁹.

Modifications récentes en France, l'histoire du trust et de la fiducie est pourtant le fruit d'une longue évolution doctrinale, législative et jurisprudentielle.

Le premier né, le « trust », est un mot d'origine anglaise renvoyant dans un sens générique à la « confiance »¹⁰. Juridiquement, le trust est une opération à trois personnes, qui consiste à remettre à une personne le trustee, des biens que celui-ci devra gérer dans l'intérêt d'un tiers ou pour un but charitable ou à des buts purement patrimoniaux et surtout fiscaux¹¹. De manière

⁶ Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, 1847.

⁷ La cession de somme d'argent à titre de garantie remplace la pratique du gage-espèce enracinée depuis plusieurs années dans le sillage des sûretés et prévoit un encadrement juridique plus adéquat : Legeais (D.) et Pichat (E.), « Réforme du droit des sûretés : Le gage-espèce et la cession de créance : quelles opportunités », *Defrénois*, n° 48, 25 novembre 2021, pp. 23 et sv ; Boussarin (M.), « Sûretés exclusives : quelles limites ? », *Defrénois*, n° 48, 25 novembre 2021, pp. 18 et sv ; Gijssbers (Ch.), « Le gage et les sûretés sur créances », *RDC*, déc. 2021, pp. 96 et sv.

⁸ On y distingue désormais la fiducie à titre de garantie (art. 2372-1 à 2372-2-fiducie-sûreté mobilière ; 2488-1 à 2488-5-Fiducie-sûreté immobilière) ; la cession de créances à titre de garantie (art. 2373 à 2373-3) et la cession de sommes d'argent à titre de garantie (art. 2374 à 2374-6).

⁹ Blandin (Y.), « Le nouveau paysage des sûretés au sein des procédures collectives », *Gaz. Pal.*, 2021, p. 16.

¹⁰ Tallon (D.), « Trust », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 2003, p. 1487 : « To trust, c'est faire confiance ».

¹¹ *Ibid.*

spécifique, le trust est une « relation créée par une personne, le constituant, lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou pour un but déterminé »¹².

Sa reconnaissance, en l'état actuel, marque une métamorphose profonde des systèmes juridiques de droits anglais, même si en Ecosse, sa gestation est spécifique. Page | 243

En réalité, en droit anglais, le trust apparaît aux XIV^e et XV^e siècles devant les juridictions d'Équité anglaises, qu'à l'origine on qualifiait d'ecclésiastiques, pendant la longue lutte pour l'hégémonie qui opposa les tribunaux d'Équité et les tribunaux judiciaires, aussi appelés "tribunaux royaux". Aussi, la flexibilité de l'*Equity* demeure le fondement de l'utilisation contemporaine du trust, mécanisme ayant perduré en dépit de la rigidité de la *Common law*.

Le trust émane de l'*use*, pratique développée aux alentours du XIII^e siècle. Dans son essence, l'*use* signifie « pour mon compte » « au bénéfice de ». Elle tire ses origines d'une pratique utilisée par les moines franciscains guidés par leur vœu de pauvreté. En effet, « les moines réalisaient un vœu en transférant la propriété de leurs biens à des tiers, qui promettaient de les détenir dans le seul intérêt des moines. Par la suite, la technique fût développée par les croisés. Ces *feoffors* confiaient en leur absence à leur ami, le *feoffee to use*, la gestion de leurs biens au bénéfice de leurs enfants mineurs, des *cestui que use*. Le *feoffee* était ainsi gratifié de la propriété des terres du croisé, en échange de sa promesse de les administrer dans le seul intérêt des enfants et de les restituer au *feoffor* à son retour, ou à ses héritiers en cas de décès. L'absence des croisés pouvait être particulièrement longue et plusieurs d'entre eux mourraient en terre inconnue »¹³. Le *feoffee*, profitant de la situation pouvait conserver les biens confiés par le défunt. Les héritiers cherchant à obtenir gain de cause se tournaient vers les tribunaux de *Common law*, lesquels malheureusement, ne reconnaissaient que la propriété légale des terres du *feoffee* et n'accordait une action à ceux-ci s'ils établissaient l'existence d'un *Writ*. En l'absence d'un *Writ* adapté, les tribunaux de la *Common law* rejetaient systématiquement les actions des *cestui que use*.

Il a fallu attendre les pétitions adressées à la Curia regis (Conseil du Roi), traitées par le Chancelier du Roi, ecclésiastique, membre de la Curia, pour voir poindre à l'horizon les moyens

¹² Article 2 alinéa 1 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 1^{er} juillet 1985.

¹³ Underhill (A.) et Hayton (D.J.), *Law relating to trusts and trustees*, Butterworths, 15^e éd., 1995, p. 3 ; Oosterhoff (A.H.), Chambers (R.) Micness (M.) et Smith (L.), *Oosterhoff on trusts : Text, Commentary and Materials*, Thomson Carswell, 2004, p. 289 ;

rétablissant la situation d'injustice autrefois vécu par les *cestui que use* sous le poids de la rigidité et du formalisme poussés de la *Common law*. Le Chancelier astreignant la comparution des propriétaires légaux des terres ou le *feoffee*, sous paiement d'amendes importantes. Ainsi, lors de la comparution de ce dernier, le Chancelier se fondant sur l'équité ordonnait que « justice soit faite en faveur du plaignant »¹⁴, en permettant le transfert immédiat de la propriété du bien litigieux, accompagné le cas échéant d'une somme d'argent correspondant aux dommages causés par l'objet¹⁵. L'admission de ce transfert permit de fonder les droits des *cestui que trust* sur l'*Equity*, justice parallèle à la *Common law*, émanant exclusivement de la conscience du Chancelier et de ses délégués ; toute chose qui aboutit à l'abolition des *Writs*.

Toutefois, en dépit de l'extension de la règle du précédent (*stare decisis*) en *Equity* et la fusion des Cours de *Common law* et d'*Equity* par le *Supreme Court of Judicature Act*, la substance du trust n'a pas été fondamentalement modifiée. Elle est désormais une institution duale qui comporte un droit de propriété légal attribué au trustee (*legal owner*) et un droit de propriété équitable qui appartient au beneficiary (*equitable interest*)¹⁶.

De manière spécifique, en droit écossais, pays dans lequel il existe une fusion de deux traditions, celle des pays civilistes et celle de la *Common law*¹⁷, le trust est la matérialité d'une évolution prétorienne, lequel est devenu l'un des moyens fructueux d'organiser la gestion efficace des biens. La technique juridique utilisée consiste « à permettre au constituant (connu sous le nom de *Settlor* en Angleterre et de *Truster* en Écosse) de transférer tout ou partie de ses biens dans le patrimoine d'un trustee à charge pour celui-ci de les administrer au profit des bénéficiaires »¹⁸. Le trust est ainsi une relation fiduciaire : confiance et bonne foi sont donc à la base des rapports entre constituant, trustee et bénéficiaire¹⁹. L'approche moderne autorise à penser que le trust fait partie du droit des biens²⁰. Ainsi, malgré ses fondations civilistes, le droit des trusts a donc une origine bien établie en Écosse²¹.

¹⁴ Berger-Tarare (C.), *Le fiduciaire défaillant : Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2015, n° 22, p. 12.

¹⁵ Maitland (F.W.), *Equity : A course of lectures*, Cambridge Univ Press, 1936, p. 25.

¹⁶ Van Caengem (R. C.), *The birth of the English Common Law*, Cambridge, Univ, Press, 1988 ; Plucknett (T. F. T.), *A concise History of the Common law, The Lawyers Corporative Publishing Co*, 1936, p. 82.

¹⁷ J.-Cl. *Droit comparé* V° Grande-Bretagne, Fasc. 3 : « Notarial Répertoire- Législation comparée ».

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Scotland Act 1998, section 126 (4).

²¹ Comment cela est-il possible ? Selon son origine, au sens moderne du terme, « le trust remonte en Écosse au XVII^e siècle. Une source importante semble avoir été le *fideicommissum* de droit romain. La première loi concernant ce que

Le second né, la fiducie, est pareillement le fruit d'une gestation lointaine et fructueuse du droit français. Cette "fiducie à la française" « apparaît comme un mécanisme intermédiaire entre la fiducie romaine et le trust anglo-saxon »²². Du mot latin *fides* (la confiance), la fiducie tire ses origines de la *fiducia* du droit romain. Cette notion comportait deux acceptions : *fiducia cum creditore* (fiducie-sûreté)²³ et *fiducia cum amico* (fiducie-gestion)²⁴. Un régime commun leur était applicable. Pour ce faire, la propriété d'un ou de plusieurs biens d'une personne était transférée à une autre dans un but déterminé dans la convention des parties matérialisé par un pacte. L'acquéreur s'engageait à transmettre la propriété du bien à l'aliénateur ou à un tiers déterminé à la fin de l'opération fiduciaire.

En dépit de ses nombreux avantages, la *fiducia* du droit romain portait en elle-même les germes de sa disparition. En effet, « la faiblesse de la protection des droits du bénéficiaire de la *fiducia* romaine est l'une des principales causes de sa tombée en désuétude »²⁵. C'est pourquoi, en raison de certaines réticences, la fiducie ne fût pleinement consacrée en droit français que tardivement, par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, à la suite d'une proposition de loi déposée au Sénat le 8 février 2005 par le Sénateur Philippe Marini²⁶, faite au nom de la commission des lois, déposée le 11 octobre 2006. Elle fût complétée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, ainsi que les ordonnances n° 2008-345 du 18 décembre 2008 et n° 2009-112 du 30 janvier 2009, et en dernier lieu par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009²⁷.

Traditionnellement, toutefois, il était possible d'appréhender quelques manifestations du concept de fiducie : la cession de créances professionnelles à titre de garantie, dite « cession-Dailly », les aliénations fiduciaires d'instruments financiers et le gage avec dépossession de choses

l'on appellerait maintenant un private trust est l'Executors Act 1617 qui sanctionnait les executors testamentaires qui, contrairement aux souhaits du défunt, s'octroyaient la jouissance de la quotité disponible au lieu de l'utiliser au profit de la famille du défunt. Ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle que le droit anglais des trusts a exercé une influence en Écosse, mais les bases du droit écossais dans ce domaine étaient d'ores et déjà bien établies » : *J.-Cl. Droit comparé* V° Grande-Bretagne, Fasc. 3 : « Notarial Répertoire ».

²² Ancel (P.) et Gout (O.), *Droit des sûretés*, Paris, LexisNexis, coll. Objectif droit, 8e éd., 2019, n° 505 ; Witz (V.C.), *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Paris, Economica, 1980.

²³ La *fiducia cum creditore* était une forme de sûreté portant sur la propriété. En cas de défaillance du débiteur, le créancier acquérait la propriété du bien transféré. Inversement en cas d'exécution par le débiteur, le paiement de la dette astreignait le créancier à rendre le bien à ce dernier.

²⁴ La *fiducie cum amico* permettait de confier la gestion d'une partie ou de la totalité d'un patrimoine, lequel devrait être transmis au bénéficiaire déterminé à la fin de l'opération. Elle recouvrait le terme de « fidéicommiss », lorsqu'elle était utilisée à cause de mort.

²⁵ Barrière (F.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004, p. 475, n° 614.

²⁶ V. Proposition de loi n° 178 instituant la fiducie : www.senat.fr.

²⁷ Pellier (J.-D.), *J-Cl contrats et distributions*, Fasc. 3300 : « Fiducie », 2019, n° 2.

fongibles²⁸. La doctrine invoquait pour les regrouper le concept de « fiducies innommées »²⁹. Néanmoins, il était difficile d'en tirer un « droit commun », d'autant plus que la Cour de cassation se montrait hostile à la généralisation de cette technique, au moins pour ce qui est des créances, comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006 selon lequel : « en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance »³⁰. Ont longtemps été invoqués au détriment de son admission en droit positif, les sacro-saints principes de l'unicité du patrimoine,³¹ et l'unicité du droit de gage général, lesquels justifiaient indéniablement l'interdiction d'un fractionnement du patrimoine fiduciaire³².

Dans ce contexte, une intervention du législateur était donc nécessaire. Après bien des vicissitudes, et notamment un projet de loi avorté³³, c'est donc la loi du 19 février 2007 qui permit à cette figure juridique spécifique du droit français de faire enfin son apparition sur la scène juridique interne.

Aussi, les avantages de la consécration de cette arlésienne juridique dans d'autres systèmes juridiques, ses finalités et ses manifestations ont séduit le législateur OHADA³⁴. Il a consacré dans l'AUS révisé, la fiducie-sûreté à travers la cession de créance à titre de garantie ainsi que le transfert fiduciaire de somme d'argent.

Même si l'instauration de la fiducie-sûreté est louable en droit OHADA, les utilités de ce mécanisme demeurent résiduelles. En procédant à la lecture des dispositions de l'AUS, l'on se rend compte que la législation en la matière semble inachevée. En l'état actuel, la préoccupation est celle de savoir si la consécration en droit OHADA de la fiducie-sûreté n'a pas été une occasion manquée d'étendre la fiducie à d'autres opérations utiles à la pratique des affaires. Autrement

²⁸ Dans l'hypothèse prévue par l'alinéa 2 de l'article 2341 du Code civil en constituent les illustrations les plus connues : Bourassin (M.) et Brémond (V.), *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, 6^e éd., 2017, n° 742 ; Legeais (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, 13^e éd., 2019, n° 754. De manière plus particulière : Lucas (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, préf. Lorvellec (L.), Paris, LGDJ, 1997.

²⁹ Pellier (J.-D.), *J-CI contrats et distributions*, Fasc. 3300 : « Fiducie », 2019, n° 2.

³⁰ Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, JurisData n° 2006-036663. - Rapp. Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388 : JurisData n° 2010-007246.

³¹ Rochfeld (J.) *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, notion n° 6, « le patrimoine ».

³² V. en ce sens Grimaldi (M.), « L'introduction de la fiducie en droit français », *Rev. droit Henri Capitant*, 30 juin 2011, www.henricapitantlawreview.fr.

³³ Projet de loi n° 2583, Assemblée nationale, IX^e législature du 20 février 1992.

³⁴ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires.

exprimé, la généralisation de la fiducie à des mécanismes autres que la fiducie-sûreté sur biens incorporels est-elle opportune ?

L'intérêt de ce questionnement s'inscrit en droite ligne du vaste mouvement d'harmonisation *rationae materiae* de certaines techniques financières nécessaires au monde des affaires selon les dispositions de l'article 2 du Traité du 17 octobre 2008, *in fine*, lequel favorise l'extension du droit OHADA à de nouveaux domaines. On peut ainsi constater les suggestions récentes relatives à l'adoption des actes uniformes sur l'affacturage, le crédit-bail etc³⁵. De telles propositions peuvent aussi être étendues à la fiducie, qui est l'instrument idoine d'opérations d'ingénierie financière.

En premier lieu, la fiducie est un instrument de transmission du patrimoine. Elle sert ainsi à régler des affaires familiales ou assurer la protection d'incapables. C'est généralement par la voie d'un testament que la plupart des trusts sont créés³⁶.

En second lieu, elle constitue l'un des points d'ogre de l'investissement à travers la création de trusts pour des fonds de retraite ou des trusts permettant aux employés d'une entreprise de détenir des actions de cette entreprise ou d'une véritable « finance islamique »³⁷. L'entreprise peut utiliser la fiducie sur siège social pour lever les fonds. Pour un auteur, « la fiducie permet aux entreprises d'externaliser leur immobilier ainsi de financer leur développement. La fiducie-sûreté présente l'avantage par rapport au lease-back, d'avoir un coût de constitution moindre, une neutralité fiscale pour le constituant, une sécurité équivalente à celle d'un crédit-bail immobilier où la propriété de l'immeuble est utilisée à titre de sûreté. Elle constitue dans cette hypothèse une alternative à l'hypothèque »³⁸. De plus, l'usage et la jouissance de l'immeuble peuvent être transmis au constituant au moyen d'une convention de mise à disposition³⁹.

Plus spécifiquement, en matière commerciale, il est courant qu'un trust soit créé en cas de cessation de paiement d'une entreprise. La personne en cessation de paiement transfère l'actif de son entreprise au fonds du trust et nomme ses créanciers comme trustees et bénéficiaires. En

³⁵ Pohé (D.), « Plaidoyer pour l'adoption du crédit-bail en Afrique en droit OHADA », *RLDA*, 2016, pp. 46-50 ;

³⁶ Les trusts familiaux *inter vivos* semblent être réservés aux familles très aisées mais cette option est de moins en moins retenue car le régime fiscal n'est plus très avantageux.

³⁷ Saint Marc (G.), « Emission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie », in *Thèmes et commentaires : « La fiducie dans tous ses états »*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-88.

³⁸ Saint-Marc (G.), « Autres exemples concrets d'application dans les opérations de financement », in *colloque de la fiducie en action*, Paris Europlace-Caisse des dépôts, 18 janv. 2012.

³⁹ Article 2018-1 du Code civil français : La convention de mise à disposition est celle par laquelle le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire.

échange, les créanciers abandonnent leurs créances. Cette formule permet un règlement de la situation d'une façon plus rapide et moins onéreuse que la procédure de liquidation judiciaire. Le trust permet également à un associé de détenir un bien immobilier au nom de cette société et peut même être un instrument garantissant un paiement. Dans cette dernière hypothèse, le constituant (débiteur) transfère un bien à un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire (le créancier). Dans les contrats pétroliers d'exploration, de production et/ou de partage de production, elle sert de garantie aux exploitants dans le cadre de l'exécution de leurs obligations de réhabilitation des sites⁴⁰. Elle permet enfin de créer des groupements sans personnalité morale (groupements, clubs ou syndicats).

Quel que soit l'objectif recherché, le recours au trust ou à la fiducie est souvent un moyen de transmettre un patrimoine avec un régime fiscal avantageux. Dès lors, la belle fiducie, rayonnante dans toute sa gloire, suscite l'appétit de ses prétendants en quête d'encadrement économique et juridique favorable à leurs divers intérêts. Le choix des législations françaises, écossaises et anglo-saxonnes comme base juridique d'analyse vise à définir, en tenant compte des orientations de politique juridique, un cadre sécurisé et attractif au monde des affaires dans l'espace OHADA. En réalité, « tout le monde ne court pas après la vertu. Aussi, le droit doit-il permettre le rétablissement de la justice, en assurant l'effectivité du respect de la confiance légitimement octroyée et en offrant contrairement à la morale une solution contraignante à l'encontre de celui qui n'en serait pas digne »⁴¹.

C'est pourquoi, l'opportunité de la généralisation de la notion de fiducie (I) permet un aménagement consécutif de son régime juridique (II).

I- L'OPPORTUNITE D'UNE EXTENSION DE LA NOTION DE FIDUCIE

La fiducie est une technique alléchante dont l'élasticité décloisonne les notions classiques du droit. Son assiette peut être modelée en fonction des utilités qu'on envisage en y incluant des biens ou des droits. De même, les parties à l'opération peuvent être diversifiées dépendamment des montages financiers sollicités.

C'est donc une opération dont les méandres continuent d'être découverts : elle séduit par la flexibilité de son objet (A) et la pluridiversité des parties à l'opération (B).

⁴⁰ Forbin (Th.), « L'utilisation du mécanisme du transfert fiduciaire d'une somme d'argent en droit OHADA dans le cadre des contrats d'exploitation pétrolière », *SBF*, 2015, p. 109.

⁴¹ Berger-Tarare (C.), *op.cit.*, p. 2.

A- L'opportunité favorisée par la flexibilité des opérations fiduciaires

L'objet de la fiducie est varié. En effet, pour en tirer toutes les utilités, elle peut porter sur des biens comme sur des droits (1). Cette flexibilité concerne également les formes qu'elle peut revêtir, car les montages financiers y afférents sont innombrables (2).

Page | 249

1- La flexibilité de l'assiette de la fiducie

De manière globale, la fiducie est un mécanisme dont l'assiette peut être étendue en fonction des utilités visées par les parties. Ceci se traduit par le large domaine d'application fixé en la matière par les dispositions de l'article 79 de l'AUS, d'après lequel : « la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes aux conditions prévues par la présente section ». Il résulte de cette disposition légale que le législateur OHADA reconnaît la possibilité pour la fiducie de porter sur des biens ou un ensemble de biens. Si cette appréhension globale est satisfaisante en soi, tant en ce qui concerne les biens susceptibles d'être donnés en garantie (biens présents ou futurs ou ensemble de biens) ou des créances garanties (dette actuelle ou future ou ensemble de dettes), il est toutefois déplorable de remarquer le caractère limitatif des fiducies-sûretés effectivement consacrées. Si, pour un auteur, ce choix se justifie par la nécessité d'éprouver son utilité pratique avant une généralisation législative, on peut toutefois regretter que cette restriction biaise les intérêts économiques dont les parties pouvaient en tirer profit⁴².

A l'opposé, pourtant, le législateur français, conscient des enjeux économiques des aliénations fiduciaires, a prévu qu'elles sont translatives des biens, droits et sûretés (article 2011 du Code civil). *A priori*, ce triptyque de l'objet de la fiducie semble conforter un domaine d'application extensif approprié. Néanmoins, aussi séduisant qu'il puisse paraître, ce dispositif comporte des lacunes évidentes. Invoquer « droits et sûretés » est un pléonisme puisque les droits patrimoniaux, que l'on oppose traditionnellement aux droits extrapatrimoniaux, sont par essence soit des droits réels principaux (droit de propriété et ses démembrements) ou accessoires (sûretés ou garanties), soit des droits personnels ou de créance. A l'évidence, les sûretés sont des droits. De même, l'on peut regretter que le transfert de dettes n'ait pas été envisagé. Cette absence empêche notamment la transmission d' « entreprises » avec des éléments d'actif et de passif⁴³.

⁴² Dobassy (L.), *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 520 et sv.

⁴³ François Barrière (F.), *Rép. dr.civ.*, «Fiducie », 2017, n° 43.

Quoi qu'il en soit, la fiducie peut porter sur des biens ou des droits. Ceux-ci doivent être déterminés ou déterminables⁴⁴ par le contrat, à peine de nullité⁴⁵. Le droit écossais s'oriente dans ce sens, puisque tout bien (meuble, immeuble, corporel ou incorporel) pouvant faire l'objet d'une aliénation peut être transféré pour constituer un fonds de trust sauf si le bien est situé dans un pays ne le reconnaissant pas⁴⁶. Pareillement en Grande Bretagne, toute sorte de biens peut faire l'objet d'un trust : les biens réels (*realty*) comme les biens personnels (*chattels*). Souvent ce sont même des droits incorporels, tels les actions d'une société, un fonds de commerce, ou encore un ensemble composé de biens de différentes catégories. Un trust peut toujours être greffé sur un autre⁴⁷.

S'agissant particulièrement des biens, il s'agit de toutes choses susceptibles d'appropriation. Sous ce prisme, la fiducie peut donc avoir pour objet les biens mobiliers⁴⁸, corporels ou incorporels, notamment les sommes d'argent⁴⁹, les créances⁵⁰ et immobiliers⁵¹.

Pour les sommes d'argent, le législateur ne spécifie pas la nature des sommes considérées. En cas de silence de la loi, doit-on considérer les sommes d'argent sous la forme de monnaie métallique et scripturale ? Peut-on les étendre à la monnaie électronique ou à la monnaie virtuelle ou cryptographique ?

La monnaie scripturale est définie comme celle : « constituée par les soldes disponibles des comptes en banque susceptibles de circuler de compte en compte par le jeu d'écritures »⁵². Bien que pour les juristes, le solde disponible d'un compte courant demeure une créance, il n'en demeure pas moins qu'elle est une monnaie, qui confère un droit réel sur des créances entrées et

⁴⁴ Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021, art. 25-III, en vigueur le 1^{er} janv. 2022 : « L'obligation garantie peut être présente ou future ; dans ce dernier cas, elle doit être déterminable. »

⁴⁵ Article 2018 du Code civil. Ainsi, un usufruit peut parfaitement faire l'objet d'un transfert fiduciaire.

⁴⁶ *Brown's Trs v. Gregson*, 1920.

⁴⁷ *Neville Brown (L.) et Weston (C.A.)*, *J.Cl Droit comparé*, Fasc. 2 : « Grande-Bretagne : Droit anglais.-Donations. Successions. Trusts.- Droit international privé », 2018.

⁴⁸ Art. 2372-1 (L. no 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138) : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 »

⁴⁹ Art. 2374 (Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021, art. 11-VIII, en vigueur le 1^{er} janv. 2022) : La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures.

⁵⁰ Art. 2373 (Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021, art. 11-VII, en vigueur le 1^{er} janv. 2022) : « La propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 à 1326 ».

⁵¹ Art. 2488-1 (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138) : « La propriété d'un bien immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 ».

⁵² *Lassas (Ch.)*, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Paris, LGDJ, 1994, p. 114.

inscrites en compte⁵³. Elle peut donc être usitée pour garantir l'existence d'une créance. En la matière, la dématérialisation⁵⁴ conduit à l'apparition d'une monnaie plus immatérielle que la monnaie scripturale, en l'occurrence la monnaie électronique.

En réalité, la monnaie électronique épouse plusieurs formes notamment le système « Monéo » ou le porte-monnaie électronique (PME), lequel est un dispositif qui permet de stocker la monnaie sans avoir besoin d'un compte bancaire afin d'effectuer directement les paiements sur des terminaux de paiement électronique installés auprès des commerçants affiliés au réseau⁵⁵. Il peut être émis par un établissement de crédit ou un groupe d'établissement de crédit.

Néanmoins, elle est un prolongement de la monnaie scripturale, adapté du procédé technologique utilisé. En effet, le porteur d'une monnaie électronique, peut à tout moment, se faire rembourser ses unités monétaires électroniques en monnaie scripturale par l'établissement émetteur ou par son propre banquier⁵⁶.

Relativement à la monnaie virtuelle ou cryptographique, elle est tout système de paiement à travers le réseau internet et une unité de compte utilisée par ce système de paiement, en l'occurrence le « bit coin »⁵⁷. A la suite d'un auteur, la monnaie cryptographique « sert à effectuer des paiements de petits montants très rapidement et à des coûts faibles, et ne semble pas encore être utilisée à titre de garantie »⁵⁸.

En droit comparé, le législateur français précise nommément que la somme cédée peut être « soit en euro soit en une autre monnaie »⁵⁹. Ces sommes renvoient « aux devises au sens traditionnelle (USD, CHF, GBF etc).. »⁶⁰. Sont donc exclus, la cryptomonnaie, notamment le bitcoin ou d'autres formes de nouvelles monnaies comme les stable-coins adossées sur une

⁵³ Lemaire (F.), *La monnaie comme objet de sûretés*, Paris, LGDJ, 2017, n° 66, p. 90.

⁵⁴ Germain (M.), « Sociologie et la dématérialisation », *Arch. Phil. Dr.*, 1942, p. 105.

⁵⁵ Tcheumalieu Fansi (M. R.), *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2013, p. 326. L'auteur cite la I-CARD émise par la banque Afriland First Bank, qui a été l'une des entreprises ayant installé le réseau d'exploitation de paiement par porte-monnaie électronique.

⁵⁶ Le Gueut (Th.), *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, Thèse, Université de Paris II-Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 176.

⁵⁷ La crypto-monnaie développée sur les réseaux internet de « pair à pair » et reposant sur la cryptographie pour la validation des transactions et la création de la monnaie elle-même.

⁵⁸ Lemaire (F.), *La monnaie comme objet de sûretés*, Paris, LGDJ, 2017, n° 66, p. 90.

⁵⁹ Article 2374 du Code civil.

⁶⁰ Julienne (M.), « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, 2021, p. 102.

monnaie légale, lesquelles, certes, peuvent servir de garantie, mais n'en constituent pas moins une monnaie⁶¹.

Pour les créances, elles peuvent être présentes ou futures. Lorsqu'elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celles-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu du paiement, le montant des créances ou leur évaluation et s'il y a lieu, leur échéance.

En outre, la fiducie peut également porter sur un ensemble de biens, tels que le fonds de commerce même avant l'apparition d'une clientèle, les titres ou des droits tels que les droits d'exploitation d'une centrale photovoltaïque, le droit de passage dans un câble de télécommunication.

Enfin, le patrimoine fiduciaire peut recevoir à la fois des biens meubles et des biens immeubles⁶², dont le contrat doit comporter la valeur estimée de ceux-ci⁶³ ou de celle de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire⁶⁴.

Au-delà de ces combinaisons, les sûretés peuvent-elles être affectées en garantie ? Alors que l'article 2011 du Code civil français prévoit que le droit de propriété peut porter sur des sûretés, l'article 2372-1 du même Code ne vise pas expressément cette catégorie. Or, les sûretés sont des droits réels accessoires⁶⁵ qui peuvent faire l'objet de transmission. Le fiduciaire est le titulaire des sûretés accordées par le débiteur (constituant de la fiducie) et les détient pour le bénéfice du pool bancaire⁶⁶ (bénéficiaire de la fiducie). Le fiduciaire a comme mission de gérer les sûretés et de les réaliser, le moment venu, pour le compte des établissements de crédit intéressés. Sous ce prisme, les avantages de la fiducie sont multiples. Ainsi, soit un établissement de crédit prêteur gérerait les sûretés, soit un tiers le ferait, ce qui permettrait d'éviter toute suspicion de conflit d'intérêt. La réalisation des sûretés serait contrôlée par le fiduciaire qui répartirait ensuite le produit entre les bénéficiaires, selon les termes de l'acte de fiducie.

⁶¹ Julienne (M.), « Les nouvelles formes de monnaie », *RDC*, 2020, p. 133 ; Du même auteur : « Les actifs numériques entre droit et technologie », *BJB*, janv. 2020, p. 64, n° 13 et sv.

⁶² Cas d'une convention de jouissance sur fonds photographiques : CA Paris, pôle 5, ch. 9, 4, nov. 2010, n° RG : 10/7100, SAS Verdosoo Média, *JCP N* 2010, n° 3, 1014 ; *JCP E* 2010, 1191. Pour un contrat de fiducie portant sur des parts sociales de société immobilière : CA Paris, Ch. 3, sect. B, 26 mars 2009, n° RG : 21/21262.

⁶³ Art. 2372-2 du Code civil français : en cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.

⁶⁴ Article 2488-2 du Code civil français.

⁶⁵ Libschaber (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Défrénois* 2007, art. 38631.

⁶⁶ Le pool bancaire est une représentation économique mais non juridique de l'ensemble des établissements de crédit prêteurs, dépourvue de la personnalité morale.

Toutefois, il faut distinguer selon que les sûretés sont des garanties prises sur autrui, ou des sûretés constituées par le fiduciaire. Lorsque le fiduciaire est titulaire de créances garanties par une sûreté, celle-ci est transmise avec celle-là, par application du principe de l'accessoire. En revanche, lorsque les sûretés sont constituées par le fiduciaire, elles sont à la charge de son patrimoine. Des dettes remises en garantie priveraient d'objet la sûreté, puisqu'elles ne permettent pas de procurer un patrimoine de garantie.

Il convient de signaler que la question de la possibilité de constituer les sûretés en fiducie suppose de répondre à la question, qui concerne également la fiducie-gestion, de savoir s'il est possible de réaliser une fiducie sur des dettes. Cette question s'est posée pour l'admission de la *defeasance*, opération qui consiste à affecter des biens en garantie d'une dette déterminée. Malgré que certains auteurs y soient favorables⁶⁷, cette opération n'est possible que si le constituant peut céder ses dettes. Or, en l'état actuel, la cession de dettes n'est pas légalement envisageable dans certains pays de l'espace OHADA⁶⁸.

2- La flexibilité des montages financiers résultant des aliénations fiduciaires

La fiducie peut revêtir diverses formes selon les montages financiers envisagés. Cette diversité varie aussi bien en droit anglais qu'en droit français.

En droit anglais, il est impossible de donner une liste exhaustive des applications possibles du trust. D'un constat général, le trust est majoritairement utilisé dans le cadre de relations commerciales, soit près de 90 % sont des trusts de nature commerciale aux Etats-Unis. Aussi, le rôle du trust comme moyen de transmission de biens de génération en génération et, plus généralement, d'octroi de libéralités, est quant à lui devenu trivial⁶⁹. Une étude de quelques-unes des législations en la matière permet de dégager globalement les différentes utilisations du trust.

Aux Etats Unis, il n'existe aucune forme particulière de trust. Les trusts peuvent être établis par testament (trusts testamentaires), ou par un acte de disposition actuel (trusts entre vifs). Bien que les trusts soient instaurés le plus souvent par un acte écrit, ils peuvent l'être dans certains cas

⁶⁷ Richemont de (H.), Rapport au nom de commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la loi de Philippe Martini, instituant la fiducie, Séance du 11 octobre 2006, Doc. Sénat n°11, p. 8 ; Roux (X.), « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, instituant la fiducie », *Rapp. AN. Doc.*, AN n° 3655, p. 33 et 51.

⁶⁸ Picod (Y.), *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, 3^e éd., 2012, n° 1298, p. 344, note 1 ; Crocq (P.), « Le cœur du dispositif fiduciaire », *RLDC* 2007/40, n° 2624.

⁶⁹ Hansmann et Mattei, *The Functions of Trust Law : a Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 New York University Law Review 1998. 434, spéc. p. 436.

par un acte verbal. De plus il n'est pas toujours nécessaire de désigner un trustee ou un bénéficiaire. Un trust de bienfaisance (charitable) reste d'ordinaire valable bien que le bénéficiaire ne puisse pas recevoir les biens.

En Ecosse, les montages financiers résultant du trust dépendent soit de l'objet du contrat, soit des bénéficiaires de l'opération. Aussi en tenant compte des utilités, l'on distingue les trusts simple et spécial⁷⁰, les trusts "inter vivos" et testamentaire⁷¹, le "private trust" et "public trust"⁷², les trusts créés volontairement et ceux créés implicitement.

En Grande Bretagne, la classification du trust dépend de trois critères : le mode de création ; le rôle du trustee et l'objet du trust. Suivant le mode de création, certains trusts sont créés par l'intention expresse du constituant (*Settlor*). Ce dernier a le choix, ou bien de faire de son vivant un acte de disposition (*Settlement*) ou bien d'inclure un trust dans ses dispositions testamentaires. S'il opte pour la première méthode, il peut se nommer lui-même trustee ou bien désigner un tiers à ces fonctions. Dans les deux cas, il doit indiquer avec précision les biens constitués en trust et le ou les bénéficiaires. Ces derniers peuvent d'ailleurs ignorer les dispositions prises en leur faveur.

Suivant le rôle du trustee, lorsque ce dernier joue seulement le rôle de propriétaire apparent, le trust est réputé simple ou nu. Lorsqu'au contraire le trustee est chargé de remplir certaines obligations, le trust est dit "spécial". Ainsi, le trustee peut se trouver en devoir de vendre les biens dont il a la charge : il s'agira alors d'un « trust for sale ». Il peut encore avoir à gérer les biens mis en trust au profit de plusieurs bénéficiaires et sans que le constituant ait précisé la répartition des revenus entre eux, tous pouvoirs sur ce point étant laissés à l'appréciation du trustee : il s'agit alors d'un « trust discrétionnaire » susceptible de présenter pour le bénéficiaire des avantages fiscaux substantiels.

En tenant compte de l'objet du trust, lorsque celui-ci est destiné à bénéficier à un individu ou à une catégorie d'individus, on parle de trust "privé". Un trust constitué au profit du public en général ou d'une fraction quelconque du public est un trust « public ». Les trusts "charitables" forment la catégorie la plus importante des trusts publics. La mission du trustee, en pareil cas, consiste à donner aux biens qui lui sont confiés une affectation qui réponde à la définition légale

⁷⁰ Un trust est spécial quand le fonds de trust est affecté à un objectif particulier. Le but étant déterminé, le trustee doit respecter les volontés du constituant.

⁷¹ On oppose le trust inter vivos au trust testamentaire qui est créé dans le but de prendre effet au décès du constituant.

⁷² Les private trusts sont créés pour le bénéfice d'individus particuliers alors que les public trusts le sont pour celui de public en général ou d'une fraction du public.

de l'expression "charitable". Ce trust se trouve régi par des règles spéciales, qui ne sont pas applicables aux trusts ordinaires. Par ailleurs, il existe une variété particulière de trusts, considérés comme non exécutoires. Ils ne prévoient la désignation d'aucun bénéficiaire susceptible d'en assurer l'exécution. Dépourvus de toutes fins charitables, ils se trouvent soustraits à l'intervention du procureur général, gardien de l'intérêt public.

A ces trusts généraux, peuvent être adjoints des trusts particuliers. On distingue d'abord les œuvres charitables qui concernent toute catégorie d'institutions présentant un caractère d'utilité publique⁷³. Ensuite, les obligataires, lorsqu'une société contracte un emprunt et se trouve gagé sur l'actif social. À cet effet, on constitue un trust en faveur des obligataires, et les trustees affectent les sûretés convenues au service de l'emprunt. Enfin, des trustees sont fréquemment désignés pour s'occuper de certaines associations dépourvues, en droit anglais, de personnalité morale ; cercles, syndicats, Églises non-conformistes, etc. Ces organismes ne pouvant, en règle générale, être propriétaires ni agir eux-mêmes en justice, les trustees remplissent ce double rôle au nom de leurs membres.

En France, par contre, les techniques fiduciaires connaissent trois principaux domaines : les libéralités, la gestion et la sûreté.

S'agissant de la fiducie gestion, elle consiste à une gestion dynamique des biens transmis au fiduciaire. Outil protéiforme, elle est un instrument efficace de gestion de portefeuilles confiée à un tiers professionnel, ce qui permet de remédier aux difficultés traditionnellement posées par le maintien de la propriété des titres au mandat. La fiducie est également un outil de gestion efficace des pactes de préférence, permettant de pallier les risques d'inexécution qui, bien qu'ils tendent à se réduire, existent néanmoins. Dans le même ordre d'idées, elle peut d'ailleurs permettre la gestion des conventions de vote, assurant de la sorte que lesdites conventions seront respectées. Ainsi, la totalité des actions des constituants, actionnaires minoritaires, est transférée au fiduciaire par une période donnée. Cela permet la réunion des droits de vote entre ses mains en quantité suffisante pour s'assurer un certain contrôle sur les décisions prises en assemblée. Elle permet de décourager les achats hostiles pour faciliter une réorganisation de la société. Par ailleurs, « elle sert

⁷³ Elles peuvent être rangées sous quatre rubriques principales : trusts d'assistance ; trusts à tendance éducative ; trusts à tendance religieuse ; trusts ayant un objet d'intérêt public à caractère spécial.

de substitut à la création d'une société comme c'est le cas du Massachusetts trust ou Massachusetts business trust (MBT) ou unicorporated business organisation (UBO) »⁷⁴.

Elle sert également d'instrument de gestion de l'actionnariat salarié/dirigeant. La transmission, à un fiduciaire, des options d'achat ou des actions gratuites accordées aux salariés ou aux dirigeants, pourrait permettre de s'assurer du respect des obligations de conservation de ces options ou actions par leurs bénéficiaires. A l'issue de la période d'incessibilité, « le fiduciaire transmettrait lesdites actions ou options aux salariés ou dirigeants bénéficiaires, qui alors pourraient en disposer librement »⁷⁵.

En outre, dans les sociétés cotées, « l'entreprise émettrice pourrait remettre du cash au fiduciaire afin que ce dernier acquiert les titres des attributaires souhaitant les céder à l'issue de la période de conservation »⁷⁶.

Pour la fiducie libéralité ou fiducie-transmission, elle constitue la forme de fiducie la plus simple, dans laquelle la mission du fiduciaire consiste principalement à conserver le bien qui lui est confié, puis à le transmettre, à une échéance déterminée ou déterminable, à un tiers-bénéficiaire. On pourrait ainsi imaginer un montage similaire à celui des *insurance trusts*, qui implique le transfert d'un contrat d'assurance-vie ou du montant nécessaire à son achat à un trustee.

La fiducie peut être utilisée à titre de garantie⁷⁷. Le montage de la fiducie-sûreté prend essentiellement deux formes : soit le fiduciaire est également le créancier (fiducie-sûreté sans

⁷⁴ Berger Tarare (C.), *op. cit.*, pp. 29-30.

⁷⁵ Siraga (M.), « La fiducie dans la gestion sociétairé », in colloque L'avenir de la Fiducie : de la théorie à la pratique, Cercle national des Armées, 13 octobre 2009, *RTDF* 2010, n° 4, p. 96.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Adelle (J.-F.), « Efficacité de la sûreté fiduciaire en présence d'un élément d'extranéité ou d'une syndication », in colloque L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique. Cercle national des Armées, 13 octobre 2009, *RTDF* 2010, n° 4, p. 9 ; Ansault (J.-J.), « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. et Patr.*, mai 2010, n° 192, p. 52 ; Aynès (L.), « Quelques retouches à la fiducie-sûreté », *Dr. et Patr.*, déc 2009, n° 65, p. 22 ; Barrière (F.), « La fiducie-sûreté », *JCP E*, 2009, 1808 ; Bauch-Labesse (N.), « Quelles applications pratiques pour la fiducie-sûreté », *Journ. des sociétés*, mai 2009, n° 65, p. 37 ; Berthelot (G.), « le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives », *RTD com.*, oct. 2009, n° 185, p. 89 ; Bertran De Balanda (J.) et Sorensen (A.), « La fiducie-sûreté : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *RLDA*, juin 2007, p. 35 ; Borga (N.), « Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RDBF*, mai-juin 2009, n° 3, étude 20 ; Canto (A.), « Constitution et opposabilité de la fiducie-sûreté », in *Colloque l'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique*, p. 88 ; Cerles (A.), « la fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E* 2007, 2054 ; Combe (M.), « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *LPA*, 11 févr. 2011, n° 30, p. 8 ; Crocq (P.), « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, janv-févr 2009, étude 10 ; « La fiducie-sûreté-Présentation générale », in colloque L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique, Cercle national des Armées, 13 octobre 2009, *RTDF* 2010, p. 86 ; « la nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009, 716 ; « Lacunes et limites de la loi de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC*, mai 2008, n° 49, p. 33 ; « Fiducie-sûreté : droit positif et perspectives d'avenir », in *Mélanges AEDBF-France*, vol V. 2008, p. 139 ; « Les sûretés-proprétés face au plan de sauvegarde », *D.* 2008, 928 ; Damman

entièrement), soit le fiduciaire est un tiers neutre dans l'opération que la fiducie est destinée à garantir, le créancier étant un tiers bénéficiaire (fiducie-sûreté avec entièrement).

Enfin, il est possible de mentionner les opérations de syndication. Un crédit syndiqué ou agent des sûretés est en charge de la mise en place, de la gestion et de la réalisation des sûretés consenties par l'emprunteur. Il se distingue de l'agent de crédit, lequel assure la fonction centrale dans la circulation de l'information et la gestion des paiements entre les parties qui doivent transiter par lui.

B- L'opportunité déduite de l'extension des parties à l'opération de fiducie

Au plan subjectif, la fiducie est une opération tripartite (1), car elle est constituée entre le fiduciaire ou constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire. Leur identité doit être déterminé ou déterminable dans le contrat. Mais, la fiducie peut être étendue à d'autres personnes soit par la cofiducie, soit par la fiducie-sûreté rechargeable (2).

1- Une opération classiquement tripartite

Traditionnellement, la fiducie est une opération tripartite. Elle repose sur le caractère triangulaire des parties intervenantes. C'est un contrat, conclu par le constituant et le fiduciaire produisant ses effets au profit d'un bénéficiaire⁷⁸.

Le constituant est celui qui transfère des fonds au fiduciaire, à charge pour ce dernier de réaliser l'objet du contrat de fiducie. Le législateur OHADA demeure muet sur la nature de la personne susceptible d'acquiescer cette qualité. L'article 87 de l'AUS parle simplement d'« un constituant ». On peut alors subodorer qu'en théorie, le constituant puisse être une personne physique ou morale. Cette conception extensive du droit OHADA entérine la loi française de modernisation de l'économie (LME) n° 2008-211 du 4 août 2008, laquelle admet la qualité de

(R.) et Robinet (M.), « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté », *Cah. dr. entr.* Juillet 2009, n° 4, dossier 23 ; Dammann (R.), « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC*, mai 2009, n°60, p. 64 ; Dupichot (Ph.), « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E.*, 22 mars 2007, n°12, p. 3 ; Gourio (A.), « La fiducie-sûreté », *D.* 2009. 1944 ; « La réalisation de la fiducie-sûreté », in Colloque l'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique », Cercle national des Armées, 13 octobre 2009, *RTDF* 2010, p. 92 ; Lasserre (M.-C.), « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA*, 11 févr. 2011, n° 30 ; Le Corre (P.-M.), « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* 2009, 882 ; Mallet-Bricout (B.), « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté », *Dr. et Patr.*, oct. 2009, n° 185, p. 79 ; Ravet (Y.-M.) et ANDREANI (M.), « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de la masse ? », *Dr. et Patr.*, sept 2013, n° 228, p. 38 ; Rontchevsky (N.), « Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *RLDA*, juin 2009, n°39, p. 80 ; Torck (S.), « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RDBF*, janv. 2008, n°1, étude 2.

⁷⁸ Article 2012 du Code civil dispose que la loi peut également être source d'une fiducie, mais le juge ne pourra pas en créer ; à la différence du droit anglo-américain où, dans certaines hypothèses, le juge peut créer un trust.

constituant à toute personne. Il peut également nommer un tiers protecteur, chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

En plus de ses éléments généraux, le législateur français impose que le constituant soit résident d'un État de la Communauté européenne ou d'un État (ou territoire) ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions, contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (soit plus d'une centaine de pays). En réalité, cette disposition participe de la volonté légitime d'encadrer la fiducie⁷⁹. Le législateur admet également et contrairement à son homologue OHADA, que plusieurs personnes puissent arborer la casquette de constituants⁸⁰. L'existence des coconstituants est un moyen de favoriser le développement de la fiducie par des « pools » de sociétés ayant une opération en commun ou agissant en tant que codébiteurs dans des opérations de financement.

Quant au fiduciaire, il est essentiellement en droit OHADA un établissement de crédit (banque ou établissement financier)⁸¹. C'est donc toute personne morale qui fait habituellement des opérations de banque (réception des fonds du public, services de paiement et opérations de crédit). Ce choix législatif des personnes morales s'explique juridiquement en raison de la qualité de propriétaire ou de l'étendue des obligations du fiduciaire. Agissant non pas pour son compte, mais pour le bénéfice d'autrui, le fiduciaire devrait être nommément déterminé par la loi. De même, le refus d'ouvrir la fonction de fiduciaire à toute personne est dû par le souci d'encadrer la fiducie afin qu'elle ne soit pas un vecteur utilisé à des fins de blanchiment de capitaux. Or, les établissements de crédit sont enclins au respect des obligations de vigilance qui leur sont légalement imposées.

De plus, la rigidité de la réglementation institutionnelle bancaire, autorise à exclure de la qualité de fiduciaire des personnes sanctionnées pour certaines fautes de gestion. La sanction met en avant le risque qu'il y aurait à confier à de telles personnes condamnées la gestion d'une

⁷⁹ Des personnes morales constituées hors de France peuvent être soumises à l'impôt sur les sociétés en France, en particulier à raison des profits tirés de leurs entreprises exploitées en France (CGI, art. 209, I, al. 1^{er}) ou des bénéfices provenant de leurs « établissements stables » français selon le vocable des conventions internationales, voire même sans qu'elles y exercent une activité (que ce soit à raison de la quote-part des bénéfices des sociétés de personnes françaises dont elles sont membres ou encore de revenus d'immeubles loués).

⁸⁰ Art. 2011 du Code civil.

⁸¹ De manière exceptionnelle, en France, les membres d'une profession d'avocat peuvent avoir la qualité de fiduciaire (article 2015 alinéa 2 du Code civil).

propriété fiduciaire. Peuvent donc être exclues de cette qualité, toute personne inapte à la gestion des biens d'autrui, notamment ceux ayant fait l'objet de certaines condamnations pénales ou disciplinaires incompatibles avec leur fonction ou encore toute violation des obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux.

Mais le droit français ne se borne pas seulement à écarter du rôle de fiduciaire les personnes qui se sont montrées incapables à la gestion des intérêts d'autrui. En effet, l'article 2015 du Code civil limite cette faculté à des professions particulières, à savoir certains types d'organismes financiers, en particulier les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance, ainsi que la Poste et la caisse des dépôts et consignations⁸² ou des avocats⁸³. La même restriction de localisation du fiduciaire, établissement financier que celle venant d'être énoncée pour le constituant (résidence au sein d'un État de l'Union européenne ou partie à une convention de lutte contre la fraude fiscale) s'applique.

Le droit écossais consacre plutôt le principe de la liberté de désignation des trustees par le constituant. Cependant, le Bankruptcy Scotland Act de 1985, en sa section 3 ne prévoit la nomination que d'un seul trustee en cas de liquidation judiciaire. Pour les publics trusts ayant un statut de "charitable", le Lord Advocate et les trustees sont autorisés à prendre des mesures nécessaires pour qu'il y ait au moins trois trustees, à moins d'une clause contraire dans l'acte créant le trust. Si un trustee fait défaut, notamment en cas de décès, le constituant peut en nommer un nouveau dans le cadre d'un trust privé alors que dans celui d'un trust public, ce n'est que si l'acte créant le trust prévoyait cette possibilité que le constituant dispose de ce pouvoir.

Le bénéficiaire est toute personne physique ou personne morale qui reçoit le « résultat » de la gestion fiduciaire⁸⁴. Les articles 87 et 91 de l'AUS parlent de « créancier », lequel peut être soit un tiers, soit le fiduciaire ou l'établissement de crédit. En matière de fiducie-sûreté par exemple, sont bénéficiaires à titre principal, le tiers créancier, le bénéficiaire de la sûreté, mais aussi le constituant, à titre subsidiaire, en cas de paiement de sa dette au tiers créancier. Toutefois, l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas nécessaire pour la validité du contrat de fiducie⁸⁵. Il

⁸² Ainsi que les autres institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier.

⁸³ Décret n° 2009-1627 du 23 déc. 2009.

⁸⁴ Comp : en droit écossais, un bénéficiaire peut être toute personne physique ou morale, un enfant à naître, un aliéné mental ou un groupe de personnes appartenant à un groupe déterminé.

⁸⁵ En France, en revanche, la faculté d'acceptation reconnue au bénéficiaire permet que celui-ci puisse être remplacé. Mais, en cas d'acceptation, le droit devient irrévocable (article 2028 du Code civil).

s'agit d'un type de stipulation pour autrui, dont le régime peut s'appliquer⁸⁶. Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la fiducie, le tiers bénéficiaire acquiert un droit contre le fiduciaire, car les fonds sont inscrits en son nom sur un compte bloqué, dans les livres d'un établissement de crédit.

En droit américain, bien qu'un trust soit valable même si le *Settlor* ne désigne aucun trustee, le fait de ne pas désigner avec quelque précision un ou plusieurs bénéficiaires entraîne la nullité du trust, sauf au cas d'un trust de bienfaisance. Il est essentiel que tout trust privé ait un bénéficiaire. Selon les termes du Surrogate Fowler : « pour établir un trust qui ne soit pas de bienfaisance, il doit toujours y avoir une personne désignée qui soit habilitée à poursuivre l'exécution du trust ou du pouvoir conféré en trust devant la juridiction d'Équité et ce bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable... »⁸⁷. Il suffit, pour rendre le bénéficiaire reconnaissable, qu'il puisse être déterminé de façon précise dans les limites de la période définie par la Règle d'interdiction des biens de mainmorte. En général, rien ne limite la faculté de désignation des bénéficiaires. Seule est bénéficiaire une personne à laquelle le *Settlor* souhaite attribuer des profits par l'intermédiaire du trust. Une entité juridiquement reconnue capable d'acquérir un titre sur des biens et de s'obliger peut être désignée comme bénéficiaire d'un trust privé, encore que le gouvernement fédéral et une société étatique ou communale puissent être bénéficiaires, à l'égal d'une société privée.

Les trusts établis pour des mineurs, des personnes atteintes d'incapacité mentale, ou qui ont été judiciairement déclarées alcooliques ou prodigues sont valables et constituent des moyens utiles de pourvoir aux besoins et à l'éducation des intéressés. Une personne conçue, mais pas encore née, peut être désignée dans l'acte comme bénéficiaire d'un trust qui prendra effet à sa naissance, mais elle ne peut pas être le bénéficiaire unique d'un trust existant.

Il arrive que certains États excluent les étrangers et, dans quelques États, les étrangers ne peuvent pas être propriétaires de terres agricoles. Bien que le *Settlor* et le trustee puissent être désignés comme bénéficiaires, le plus souvent le trustee ne peut pas être à la fois le seul trustee et le seul bénéficiaire.

Au demeurant, il est licite et coutumier de désigner comme bénéficiaire une catégorie de personnes qui recevront les revenus, le capital, ou les deux, dans des proportions déterminées, ou dans celles que le trustee fixera selon ses modalités.

⁸⁶ Barrière (F.), *op.cit.*, n° 54 et sv.

⁸⁷ *Matter of Catlin*, 87 Misc. 223, 160 NYS 1034, 1037, 1916.

2- Une opération subjectivement extensible

Les parties à l'opération de fiducie peuvent être diversifiées. Dès lors, deux hypothèses sont à envisager : soit les parties à l'opération retiennent une gestion commune par plusieurs fiduciaires à travers la cofiducie, soit le constituant diversifie les personnes bénéficiaires par la fiducie-sûreté rechargeable.

La première figure est la cofiducie. Contrairement au droit français, le législateur OHADA ne l'a pas envisagé. La fiducie ne concerne qu'un seul fiduciaire, « un établissement de crédit » selon les dispositions des articles 87 et suivants de l'AUS. Le législateur britannique quant à lui ne prescrit pas de minimum ou de maximum. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'immeubles, deux trustees sont normalement requis, ou encore un trust corporation agissant comme trustee unique. Le nombre maximum en ce cas, est fixé à quatre, car, depuis 1925, il ne peut y avoir plus de quatre personnes saisies d'un *legal estate* en matière immobilière.

Néanmoins, que recouvre la notion de cofiducie ?

Substantiellement, la cofiducie est appréhendée comme l'hypothèse dans laquelle la fiducie peut comporter plusieurs fiduciaires. De manière simplifiée, c'est la propriété commune de plusieurs fiduciaires sur le patrimoine qui leur est confié, exercé dans l'intérêt des bénéficiaires. En pratique, les fiduciaires deviennent alors cotitulaires des biens fiduciaires. Cela peut se concevoir, par exemple, afin que des personnes ayant des compétences diverses gèrent le patrimoine fiduciaire, toute chose qui peut revêtir tout son intérêt lors de montages financiers complexes ou pour assurer une concurrence entre établissements « bancaires » durant la vie de la fiducie. Pour ce faire, chaque fiduciaire peut donc accomplir la mission particulière à lui assigné par le contrat. Sur le patrimoine fiduciaire, les fiduciaires peuvent individuellement être titulaires d'un droit réel sur le bien fiduciaire. Ainsi, il revient à chacun d'eux d'exercer les charges inhérentes au rôle qui lui est dévolu. Cette technique présente l'avantage pour le constituant qui bénéficie d'une assurance quant à la compétence et à la fiabilité des fiduciaires. Ainsi, étant une « forme de propriété collective »⁸⁸ ou « propriétés multiples »⁸⁹ sur un même bien, le silence législatif conforte la difficulté à pouvoir définir un régime adéquat en la matière. Cette difficulté émane principalement

⁸⁸ Berger-Tarare, *op. cit.*, n° 216, p. 98.

⁸⁹ Certains auteurs défendent la possibilité de l'existence d'une multitude de propriétaires dans les fonds communs de placement.

de la nature juridique ambiguë de la cofiducie. Peut-on y voir une forme de copropriété ou d'indivision ?

Relativement à son rapprochement de la copropriété, qui est une modalité de la propriété dans laquelle le droit de propriété sur une même chose ou un ensemble de choses appartient à plusieurs personnes dont chacune est investie privativement d'une quote-part, égale ou inégale, accompagnée sur le tout, en concurrence avec les autres copropriétaires, de certains droits⁹⁰, la cofiducie s'en distingue fondamentalement. En réalité, « les cofiduciaires ne sont investis, ni privativement, d'une quelconque partie des biens fiduciaires, ni- et c'est là que le bât blesse le plus- d'une quote-part de la propriété des biens, qu'elle soit égale ou inégale »⁹¹.

En revanche, la cofiducie semble entretenir des liens quelque peu étroits avec l'indivision. Elle est définie comme la « situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose, ou d'un ensemble de choses, entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble, un droit de même nature, chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant le droit privatif cantonnée sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition) »⁹². Même si des traits de similitude se forment entre ses deux notions, en raison de la présence concomitante d'un concours de plusieurs droits sur un même bien, il convient de mettre l'accent sur le caractère individuel des droits des indivisaires, car « nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision ». Aussi, chaque indivisaire peut légalement demander la sortie de la masse indivise pour sa quote-part, sans heurter le droit des autres coindivisaires.

Il peut en outre pratiquer des opérations dans son intérêt, comme la cession des droits indivis ou y passer des actes en son propre compte ; toute chose contraire à l'essence même de la fiducie, reconnaissant que les actes des fiduciaires doivent l'être dans l'intérêt des bénéficiaires. De plus, l'indivision n'est pas une modalité de transfert temporaire de propriété. En effet, la sortie de la communauté consolide définitivement le droit de propriété de l'indivisaire sur sa quote-part. Pour autant, l'idée de quote-part étant absente de la cofiducie, les cofiduciaires ne peuvent envisager la possibilité de jouir individuellement de la propriété des biens fiduciaires et solliciter un partage subséquent de ceux-ci. L'individualisme de l'indivision tranche donc nettement avec le caractère collectif et temporaire de la propriété fiduciaire gérée dans l'intérêt d'autrui.

⁹⁰ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op.*, V° « Copropriété ».

⁹¹ Berger-Tarare, *op. cit.*, n° 216, p. 98.

⁹² Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op.*, V° « Indivision ».

En tout état de cause, la cofiducie est un mécanisme *sui generis* dont il est judicieux d'envisager un régime juridique approprié.

L'un des pans de la construction de ce dernier porte sur l'étendue des pouvoirs reconnus à chaque fiduciaire. A ce propos, deux hypothèses peuvent être évoquées. En effet, lorsque chaque fiduciaire agit dans un domaine spécifique, il convient de lui accorder une sphère individuelle d'auto-détermination, qui permet de passer des actes sans l'autorisation des autres fiduciaires. En revanche, en cas de pouvoirs concomitants ou de cogestion, la règle de la majorité des fiduciaires comme en droit anglo-saxon est convenable, à la seule et unique condition que celle-ci soit adoptée dans l'intérêt des bénéficiaires⁹³.

De plus, tout dépend de la nature de l'acte. L'acte conservatoire peut être passé sans l'autorisation des autres cofiduciaires, car ils ont été mus par l'idée de protection du patrimoine fiduciaire. Les actes d'administration par contre, qui reposent sur la gestion du patrimoine fiduciaire, nécessitent « une décision collégiale des deux tiers des propriétaires concernés, ce qui supprime le droit de veto de quelques individus toujours réfractaires »⁹⁴. Quant aux actes de disposition, la gravité de leurs conséquences sur le patrimoine fiduciaire requiert l'unanimité de tous les cofiduciaires, sauf en cas de mandat général accordé à l'un ou plusieurs des cofiduciaires ou des tiers.

La seconde figure concerne la « fiducie-sûreté rechargeable », même si dans certaines hypothèses, on peut aussi concevoir plusieurs bénéficiaires ayant des droits différents, un bénéficiaire des revenus, un autre du capital par exemple. La propriété cédée en application peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément⁹⁵. Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. La date de publication détermine, entre eux, le rang des créanciers.

En somme, l'extension de la notion de fiducie à d'autres montages financiers trouve un écho favorable en cas d'aménagement consécutif du régime juridique actuel.

⁹³ En l'espèce, la règle de l'unanimité ne peut-être concevable, car elle bloquerait dans bien d'hypothèses la gestion adéquate du patrimoine fiduciaire.

⁹⁴ Berger-Tarare, *op. cit.*, n° 216, p. 99.

⁹⁵ Article 2488-1 et 2488-5 du Code civil français.

II- L'OPPORTUNITE D'UN AMENAGEMENT CONSECUTIF DU REGIME JURIDIQUE DE LA FIDUCIE

En l'état actuel du droit positif, le législateur OHADA définit les modalités de mise en œuvre de la fiducie-sûreté aux articles 84 à 91 de l'AUS. Si ces dernières fixent le cadre de réalisation de celle-ci lorsque le débiteur est *in bonis*, le constat d'une quasi-absence de leur traitement pendant les procédures collectives suscite encore des interrogations.

De plus, l'éventualité d'une généralisation des opérations fiduciaires à d'autres mécanismes autorise à affiner la technique juridique en aménageant la constitution (A) et la mise en œuvre (B).

A- L'aménagement de la constitution des aliénations fiduciaires

La fiducie est une opération contractuelle qui entraîne le transfert de propriété au fiduciaire. Son existence est donc subordonnée à certaines conditions substantielles (1) et formelles (2) dont il convient d'en faire l'économie.

1- Les règles substantielles de constitution

En général, les opérations fiduciaires sont établies sous forme de contrat. Leur validité est soumise aux conditions fixées par l'article 1108 du Code civil : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, l'objet certain qui forme la matière de l'engagement et la cause licite dans son obligation.

Le consentement des parties à l'opération de fiducie doit être libre, éclairé et exempt de vice. En effet, le contrat cesse d'être valable lorsque le consentement de l'une ou de l'autre partie est entaché d'un vice qui en altère la lucidité ou la liberté. Se référant au droit commun des contrats, ce vice peut s'articuler autour d'une erreur d'un des cocontractants, du dol et de la violence. De manière singulière, si l'erreur-obstacle peut souvent être retenue en l'espèce lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, étant donné que la commune intention des parties peut faire défaut, elle est toutefois difficilement concevable. En effet, le caractère solennel du contrat de fiducie permet de désigner nommément le type d'opération conclue entre les parties. Il en est pareillement de l'erreur sur la désignation de l'objet, puisque les biens, droits ou sûretés donnés en fiducie doivent figurer dans le contrat. Même lorsqu'elle porte sur les créances, celles-ci doivent être désignées, individualisées ou permettre d'identifier les éléments l'indication du débiteur, du lieu de paiement et du montant des créances ou leur évaluation ainsi que l'échéance.

Pour autant, peut être retenue comme vice du consentement dans l'opération de fiducie, outre les manœuvres ou le mensonge du cocontractant, le silence gardé par l'une des parties, notamment

le constituant, sur l'un des éléments déterminants du contrat. De telles dissimulations œuvrent à créer une erreur dans l'esprit du cocontractant, qui peut demander l'annulation sur le fondement du dol⁹⁶, notamment lorsque le contractant est assujéti à un devoir légal d'information. Pareillement, l'état de nécessité ou de dépendance économique du cocontractant peut emmener l'autre partie à lui imposer des conditions particulièrement rigoureuses lors de la négociation ou du renouvellement. Cette violence dite économique justifie l'annulation du contrat dans le cas où le cocontractant retire un avantage manifestement excessif, montrant qu'il a abusé de cette situation⁹⁷.

Pour la capacité, la constitution de la fiducie est un acte de disposition. Le mineur, même émancipé, ne peut, selon les dispositions de l'article 484 du Code civil applicable au Cameroun, ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration. Il en est de même du majeur incapable, dans un état d'imbécilité, de démence ou de fureur dont les actes sont interdits même lorsque cet acte présente des intervalles lucides⁹⁸. Ainsi, certaines règles encadrent l'action du constituant : le patrimoine d'un mineur non émancipé et les biens du majeur incapable en tutelle ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire tandis que celui du majeur incapable en curatelle ne peut être objet du contrat de fiducie que sous accord du curateur.

En droit écossais, un mineur de moins de 16 ans ainsi qu'un malade mental ne peuvent remplir cette fonction. Une condamnation ne rend pas un condamné inapte à exercer cette fonction sauf en cas de haute trahison ou, dans le cadre d'un charitable trust, de condamnation pour malhonnêteté⁹⁹. En ce qui concerne les trusts créés par un testament, la personne qui a tué le testateur sera également déchue. Par contre, un étranger peut être nommé trustee, de même que des organismes publics¹⁰⁰ tout comme des sociétés à responsabilité limitée.

En Grande Bretagne, toute personne majeure peut remplir les fonctions de trustee même si elle doit les cumuler avec le rôle de bénéficiaire. Une société peut être trustee, mais s'il s'agit d'immeubles elle doit avoir reçu les pouvoirs spéciaux, soit en vertu d'une licence accordée par la

⁹⁶ Civ, 3^e, 15 janvier 1971, *Bull. civ.*, III, n° 38, p. 25 : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui l'aurait empêcher de contracter ».

⁹⁷ Article 1143 de l'Ordonnance française de 2016.

⁹⁸ Article 489 du Code civil applicable au Cameroun. Sur la question, V° : Peterka (N.), « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie », in *Thèmes et commentaires : « La fiducie dans tous ses états »*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2010, pp. 15-26.

⁹⁹ Law Reform (Miscellaneous Provisions) [Scotland] Act 1990 s.8.

¹⁰⁰ *Martin v. City of Edinburgh District Council* [1988] SLT 329.

Couronne, soit en vertu des dispositions de la loi. La faillite n'est pas un empêchement à remplir les fonctions de trustee mais constitue un motif de remplacement, si la cour l'estime opportun.

Pour les personnes morales, leur capacité est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. S'agissant particulièrement des sociétés commerciales, elles sont régies par les conditions d'interdiction, incapacité, incompatibilité prévue par des dispositions légales ou réglementaire¹⁰¹. Elles ne peuvent alors être parties au contrat de fiducie que lorsqu'elles remplissent ces conditions légales.

Enfin s'agissant de l'objet, le droit écossais est précis. Il prévoit, à cet effet que, tout trust doit avoir un objet, explicitement ou implicitement mentionné, qui déterminera la mission du trustee. Cet objet doit être légal, possible, certain et conforme à l'ordre public. Si ce n'est pas le cas, il s'agit de l'hypothèse du « resulting trust », c'est-à-dire que le trustee détient les biens du trust et que le constituant ou ses représentants deviennent bénéficiaires. Ils sont invoqués lorsque l'objet du trust est impossible, incertain ou contraire à l'ordre public.

Si l'objet déterminé par le constituant n'est plus possible, il est prévu par le Trusts Scotland Act de 1961 que les trustees d'un private trust peuvent le modifier pour atteindre un objectif similaire. Tous les bénéficiaires doivent donner leur accord et l'objectif ainsi visé par le législateur est de permettre à une juridiction de donner un accord au nom d'un jeune enfant, d'un incapable ou même d'un enfant à naître. Pour un public trust, en revanche, c'est au juge que revient cette prérogative.

A ces règles substantielles, doivent être minutieusement définies des règles formelles de constitution.

2- Les règles formelles de constitution

A la lecture de l'AUS, le législateur subordonne la validité du transfert fiduciaire d'une somme d'argent à un formalisme rigoureux: l'inscription des fonds sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier de cette obligation, la notification de cette opération à l'établissement teneur du compte et la rédaction d'un écrit. Néanmoins, de nombreuses imprécisions peuvent être relevées : s'agit-il d'un écrit authentique ou d'un acte sous seing privé ? L'absence de publicité légale en la matière peut-elle s'acclimater à tout type de biens ? En réponse à ces préoccupations majeures, l'on pourrait souhaiter que les conditions formelles de constitution du mécanisme fiduciaire soient

¹⁰¹ Articles 7 à 9 AUDSGIE.

mieux affinées. A ce propos, la lecture du droit comparé oriente sur d'éventuelles modifications appropriées.

En premier lieu, la fiducie doit être « expresse ». Il ne s'agit pas seulement de présenter de manière claire les créances garanties ou le montant des fonds cédés à titre de garantie, mais d'établir une manifestation non équivoque de la volonté des parties et de faire ressortir les éléments substantiels ainsi que l'intention des parties quant à la réalisation d'une telle opération. Pour certains auteurs, l'usage des formules sacramentelles n'est pas dirimant puisque par analogie au mécanisme de la solidarité active, la seule mention dans l'acte suffit¹⁰².

En deuxième lieu, le contrat doit être établi sous la forme écrite. L'exigence d'un écrit se justifie amplement notamment dans l'hypothèse d'une fiducie portant sur les biens immeubles, car l'acte notarié en constitue la norme¹⁰³. Il peut prendre diverses formes, soit un acte sous seing privé, soit un écrit authentique en fonction de la nature des biens objets de la fiducie. Toutefois, si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité¹⁰⁴.

En troisième lieu, certaines mentions obligatoires doivent y figurer. Sans prétendre à une énumération exhaustive, l'on peut estimer la nécessaire prévalence de certaines d'entre elles dans la convention des parties¹⁰⁵. Pour en faire une économie judiciaire, l'article 2018 du Code civil français libelle nommément celles-ci, à peine de nullité :

- 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat¹⁰⁶ ;
- 3° L'identité du ou des constituants ;
- 4° L'identité du ou des fiduciaires ;

¹⁰² Smith [1979] SLT (Sh Ct)35 : *J.-Cl. Droit comparé* V° Grande-Bretagne, Fasc. 3 ou *Notarial Répertoire* V° Législation comparée.

¹⁰³ Article 8 de l'Ordonnance n° 74-1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier : « les actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits réels immobiliers doivent à peine de nullité, être établis en la forme notariée ».

¹⁰⁴ Pourtant, le droit écossais est moins tatillon sur la question. L'écrit n'est exigé que si un trust est créé par testament (*mortis causa trust*) ou si le constituant est le seul trustee¹⁰⁴. Lorsque le trust est « *inter vivos* », la preuve de l'opération peut être faite par tous moyens.

¹⁰⁵ En droit écossais, la déclaration de trust doit indiquer les biens qui feront partie du trust et le but pour lequel le trust est créé.

¹⁰⁶ Le délai légal permet de proscrire la fiducie à durée indéterminée et d'éviter « la perpétuation de l'inaliénabilité du bien mis en fiducie » : Barrière (F.), *Rép. civ. Dalloz*, V° « Fiducie », n° 62.

5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;

6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition

En quatrième lieu, la fiducie doit faire l'objet d'un enregistrement¹⁰⁷. L'objectif primordial est de limiter les risques d'évasion fiscale ou encore de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, écueils soupçonnés de ces opérations d'aliénations, sauf en matière de sûretés où son rôle d'accessoire à l'obligation principale et l'inscription des fonds sur un compte bloqué ainsi que la notification à l'établissement teneur du compte ne nécessitent plus un enregistrement particulier de l'opération.

Elle peut également faire l'objet de publicité. L'alinéa 2 de l'article 2019 du Code civil dispose que « lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code général des impôts ». C'est donc une mesure de publicité, également sanctionnée par une nullité, prévue par ce texte. Cela est remarquable, dans la mesure où la sanction normale de la publicité est l'inopposabilité et non la nullité.

Quoi qu'il en soit, l'on peut regretter que cette publicité ne soit pas généralisée, car elle pourrait remplir une fonction d'information de l'ensemble des tiers. Elle contribuerait à la rendre plus efficace, particulièrement lorsqu'elle est utilisée à des fins de sûreté et ce, d'autant plus que l'enregistrement ne saurait remplir une telle fonction.

Le législateur français prévoit même à cet effet, un Registre national des fiducies. L'article 2020 du Code civil prévoit qu'« un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État ». Il s'agit du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010. Il a « pour finalité de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant de lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »¹⁰⁸. Il n'est donc pas destiné à informer n'importe quel tiers. En conséquence, sa sanction ne saurait être l'inopposabilité de la fiducie, mais sa nullité¹⁰⁹.

¹⁰⁷ L'article 2019 alinéa 1^{er} du Code civil français.

¹⁰⁸ Décret n° 2010-219, 2 mars 2010, article 1^{er}, alinéa 2.

¹⁰⁹ V. en ce sens, Barrière (F.), *Rép. civ. Dalloz*, V° Fiducie, n° 93 ; Lienhard (A.), « Registre national des fiducies : parution du décret », *D.* 2010, p. 571, se prononçant en faveur d'une nullité absolue. Contra : Witz (C.), *JCl. Civil Code*, Art. 2011 à 2030, fasc. 10 ou Notarial Répertoire, V° Fiducie, fasc. 10 ou Banque-Crédit-Bourse, fasc. 785, n° 73, par pour lequel « la seule sanction envisageable serait (...) la mise en jeu de la responsabilité du fiduciaire négligent ».

On peut toutefois remarquer que les législateurs OHADA et écossais ne soumettent l'opération à aucune forme de publicité. Compte tenu de son importance en la matière, il est souhaitable qu'un régime de publicité soit nommément organisé par la loi. Déjà, la présence d'un Registre du commerce et du crédit mobilier dans l'espace OHADA, dont l'une des finalités est d'assurer l'information économique en recevant l'immatriculation et l'inscription des sûretés mobilières¹¹⁰, permettra d'accroître la transparence du mécanisme et de rendre crédible ces opérations fiduciaires auprès des tiers.

Sur le plan fiscal, le contrat de fiducie et ses avenants doivent être enregistrés au service des impôts du siège du fiduciaire et au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire est domicilié à l'étranger¹¹¹.

Cet aménagement de la constitution de la fiducie devrait être étendu à sa mise en œuvre.

B- L'aménagement de la mise en œuvre des aliénations fiduciaires

La mise en œuvre des opérations fiduciaires est manifestement controversée en ce qui concerne la consécration du patrimoine d'affectation (1). Néanmoins, que l'opération soit d'origine légale ou conventionnelle, le fiduciaire est assujéti à des obligations qui peuvent engendrer sa responsabilité. Sous ce prisme, l'exécution du contrat de fiducie devrait être judicieusement encadrée à l'aune de la théorie générale des obligations (2).

1- La consécration souhaitée du patrimoine d'affectation

Le droit commun des opérations fiduciaires est sujet à controverses doctrinales. Celles-ci s'ordonnent autour de l'admission ou non du patrimoine fiduciaire et de la question sous-jacente de la qualification des droits des parties à l'opération de fiducie.

La première préoccupation concerne la création du patrimoine d'affectation par l'opération de fiducie. Selon les pères de la théorie de l'unicité du patrimoine, AUBRY et RAU, la personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot¹¹². Plusieurs auteurs ont longtemps soutenu la rigidité des termes usités par la formule des maîtres, estimant alors que le patrimoine est un et indivisible¹¹³.

¹¹⁰ Article 34 et suivants de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général.

¹¹¹ Article 2019 du Code civil français.

¹¹² Aubry (Ch.) et Rau (F.-Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. IV, Marchal et Billard, 4^e éd., 1873, §573, in fine, p. 231.

¹¹³ Family (R.), *L'acte de fiducie. Etude de droit interne et de droit international privé*, Thèse, Paris II, 2000, n° 61 et Sv, pp. 41 et sv ; Kuhn (C.), *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, Thèse, Paris, I, 2003,

Toutefois, l'évolution des techniques juridiques et les aménagements légaux ont justifié de nouvelles lectures en la matière. En effet, « si la doctrine a, dans son ensemble, trop longtemps nié, de façon tout à fait inexacte, la possibilité pour un seul individu, de détenir plusieurs patrimoines, il semble que cette position ne puisse plus être soutenue aujourd'hui. Car c'est le législateur lui-même qui autorise à présent la création des patrimoines d'affectations »¹¹⁴. Dans plusieurs domaines, le législateur a introduit des exceptions au principe de l'unité du patrimoine en consacrant diverses formes de société à associé unique, qui autorisent concrètement une seule personne à être titulaire de deux patrimoines, « sous couvert de la fiction selon laquelle ce serait la personne morale et non l'associé unique qui détiendrait le patrimoine professionnel »¹¹⁵.

A ce constat d'ensemble, le patrimoine d'affectation est nommément admis en droit OHADA¹¹⁶. Le législateur le précise *expressis verbis* à l'article 9 de l'AUS, à propos de l'agent des sûretés. Ainsi, « lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son propre patrimoine par l'agent de sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission ».

Cette reconnaissance du patrimoine d'affectation à l'agent des sûretés peut-elle être étendue au fiduciaire ? Autrement dit, doit-on considérer que la conservation des fonds dans un compte bloqué constitue en elle-même un patrimoine d'affectation ? La réponse peut être nuancée. A l'analyse, le seul fait d'inscrire les fonds sur un compte bloqué dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ne crée pas automatiquement un patrimoine d'affectation. Toutefois, en pratique, rien ne s'oppose au fait que le créancier bénéficiaire du transfert fiduciaire de somme d'argent et l'établissement teneur constituent une seule et même personne. L'on sait alors dans ce cas que l'établissement de crédit ouvrira dans ses livres un compte interne à son nom, ce qui permettra « d'isoler » les fonds ayant fait l'objet du transfert. De plus, dès lors que le législateur OHADA dénie au créancier bénéficiaire la possibilité d'en disposer, même avec une autorisation préalable du constituant, il ne saurait être reconnu jusqu'à l'échéance une quelconque

n° 233 et sv, p. 170 et sv ; Aubry (M.-Ch.), *le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris, XIII, 2010, n° 49 et ss, pp. 40 et sv ; Wester-Ouisse, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA*, 14 décembre 2009, n° 248, p. 4.

¹¹⁴ Berger-Tarare (C.), *op.cit.*, p. 44.

¹¹⁵ Berger-Tarare (C.), *op.cit.*, p. 44.

¹¹⁶ Néanmoins, la question ne se pose plus avec acuité en droit français, car le législateur a pleinement consacré la notion de patrimoine d'affectation avec l'avènement de la fiducie et l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

confusion entre les sommes d'argent affectées en garantie et son patrimoine propre. Ce raisonnement est appuyé par l'interdiction en droit OHADA de la libre disposition des sommes affectées en garanties par le bénéficiaire de la sûreté contrairement au droit français¹¹⁷.

Pour mieux s'en convaincre, il faut partir des notions de « comptes fiduciaires »¹¹⁸ et de « retenue sur garantie »¹¹⁹. Classiquement, une partie de la doctrine rangeait les comptes fiduciaires et les retenues sur garantie dans la catégorie des nantissements ou des gages non translatifs de propriété¹²⁰. Pourtant, l'AUS adopte une lecture nouvelle, car le transfert fiduciaire emporte cession des fonds en garantie d'une obligation pour le compte du bénéficiaire, sans liberté de disposition de ceux-ci : il ne s'agit pas d'un nantissement mais plutôt d'une « fiducie-sûreté avec dépossession aménagée » par souci de protection des intérêts du constituant de bonne foi. Si cette déduction peut *a priori* permettre de déterminer le choix du législateur OHADA, il convient toutefois d'établir le constat regrettable selon lequel toutes les conséquences n'ont pas été suffisamment affinées.

Néanmoins, en admettant la création d'un patrimoine d'affectation, la question sous-jacente concerne la qualification juridique des droits des parties à l'opération de fiducie. Peut-on considérer le fiduciaire comme le véritable propriétaire des biens fiduciaires? Comment qualifier cette propriété d'un « genre particulier »? Ce choix législatif d'accorder un droit de propriété au bénéficiaire dans le mécanisme de fiducie-sûreté peut-il être étendu à toutes les autres formes de fiducie, notamment à la fiducie-gestion? Quels sont les droits de l'établissement teneur du compte bloqué?

En l'état actuel, les réponses y relatives sont lancinantes, tant elles sont discutées en doctrine et confuses en jurisprudence.

¹¹⁷ Art. 2374-3 de l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 sept. 2021.

¹¹⁸ Un compte fiduciaire est « celui qui est ouvert chez une banque par un client afin d'y déposer les sommes provenant d'un contrat qui le lie à une tierce personne, que ce soit dans le cadre de ses relations commerciales habituelles, d'opérations du commerce international (...) ou dans le cadre d'un prêt consenti par la banque pour garantir sa position de prêteur au cas d'insolvabilité du client » : Cerles (A.), « Le point de vue du banquier sur la fiducie », *RDBF*, mai-juin 1990, p. 117.

¹¹⁹ C'est lorsque le compte fiduciaire « est ouvert pour garantir un prêt consenti par une banque créancier à son client débiteur : des sommes d'argent dues par la banque dépositaire à son client déposant au titre de la convention de compte sont virées du compte courant de ce dernier sur un compte spécial, en garantie de sommes d'argent dues par le client emprunteur à la banque prêteuse au titre du contrat de prêt » : Lemaitre (F.), *La monnaie comme objet de sûreté*, Paris, LGDJ, 2017, n° 171, p. 242.

¹²⁰ Sur le rapprochement entre la cession fiduciaire et le nantissement de créances: Julienne (M.), *Le nantissement de créance*, Paris, Economica, 2012, pp. 245 et sv ; Crocq (P.), *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, p. 35, n° 6 ; Cass. com. 25 mars 1991, *RTD Com*, 1991, p. 417, *obs.* Cabrillac (M.) et Teyssié (B.).

En ce qui concerne le constituant, certains auteurs rejettent toute forme de transfert de propriété par celui-ci dès la conclusion de l'opération la réduisant à une simple simulation¹²¹. Pour d'autres, le transfert opéré entraîne un démembrement du droit de propriété, ou bien encore, une division de propriété entre la propriété de l'utilité que le constituant conserve et la propriété éminente du bénéficiaire comme dans le trust du droit anglo-saxon entre « equitable ownership » (bénéficiaire) et « legal ownership » (trustee)¹²². Mais, en présence d'un réel transfert, les analyses de dédoublement ou de démembrement de la propriété ne peuvent être retenues, puisque par celui-ci, le constituant a cessé d'être propriétaire. Aussi, l'on peut admettre qu'il est simplement titulaire d'un droit de créance ou d'un droit personnel, lui permettant de s'assurer du respect par le fiduciaire ou le bénéficiaire de la finalité de l'opération.

C'est pourquoi, la question de la répartition des droits des parties à l'opération fiduciaire concerne, principalement, le fiduciaire et le bénéficiaire. En se référant aux dispositions législatives, la propriété du bénéficiaire est « complexe en soi » puisque son maintien repose en grande partie sur le dynamisme du constituant à l'exécution complète de ses obligations. A preuve, les droits des créanciers du bénéficiaire qui veulent opérer des saisies, sont paralysés par le caractère provisoire de la propriété des fonds jusqu'à l'échéance de la dette garantie. Même ultérieurement, cette saisie ne peut prospérer qu'à la condition que le bénéficiaire soit devenu définitivement propriétaire des fonds donnés en garantie, suite à la défaillance du débiteur de la dette garantie et au respect des conditions posées à l'article 91 alinéa 2 de l'AUS. *A contrario*, en cas d'exécution complète de la dette garantie par le constituant, les fonds lui seront automatiquement restitués sans que la mesure de saisie puisse s'opposer à cette restitution.

Face à cet encadrement, il convient de reconnaître au bénéficiaire, la titularité d'un droit personnel, en sa qualité de créancier de la réalisation de l'objet du contrat par le fiduciaire. Comme tout droit de créance, ce droit est cessible et saisissable. Le droit personnel dont il peut se prévaloir lui permet de se voir rendre compte de l'exécution de la fiducie à périodicité régulière, visant à

¹²¹ La simulation est un mensonge concerté entre des contractants qui dissimulent le contrat qui renferme leur volonté réelle derrière un contrat apparent. On se trouve donc en présence de deux conventions : l'une ostensible mais mensongère et l'autre sincère mais secrète : Bredin (J.-D.), « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ.*, 1956, 261.

¹²² Grimaldi (M.), « La propriété fiduciaire », in *Thèmes et commentaires : « La fiducie dans tous ses états »*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2010, pp. 5-8 ; Contra : Crocq (P.), « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *Thèmes et commentaires : « La fiducie dans tous ses états »*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2010, pp. 9-15.

appréhender l'évolution de la gestion du patrimoine fiduciaire et de contrôler par ce biais les actes du fiduciaire. Ce compte-rendu pourra, par exemple, mettre en lumière d'éventuels manquements graves du fiduciaire à ses obligations ou une mise en péril des intérêts qui lui sont confiés, permettant alors de demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire, le remplacement du fiduciaire ou la résiliation de la fiducie.

Inversement, comment peut-on qualifier le droit dont dispose le fiduciaire ? A ce propos, plusieurs thèses s'opposent. Certaines plumes admettent l'existence d'un « patrimoine orphelin »¹²³, d'autres évoquent le maintien du droit de propriété du constituant¹²⁴. Sur la question également, certains auteurs reconnaissent le transfert de la propriété au bénéficiaire¹²⁵, tandis qu'à l'opposé, la plupart admet la dualité de la propriété¹²⁶. Enfin, d'autres auteurs se focalisent sur l'existence d'un droit de propriété transféré au fiduciaire¹²⁷. En dépit des diverses critiques qui peuvent être retenues pour chacune de ses thèses, il est opportun de faire crédit à la thèse du droit de propriété transféré au fiduciaire, car elle semble pour le moins apporter des solutions adéquates.

En effet, pour la doctrine majoritaire, la propriété fiduciaire est une « propriété finalisée au service d'autrui »¹²⁸ ou une « propriété affectée », limitée dans sa durée et son étendue. L'opération vise, à cet effet, à affecter temporairement une chose à une personne au bénéfice d'une autre, qui doit la récupérer à terme, lequel lui octroie des pouvoirs limités dès l'instant qu'elle est

¹²³ A ce propos, certains auteurs admettent que le patrimoine fiduciaire est dépourvu de propriétaire et qu'il « indépendant de tout sujet de droit » : Lepaulle (P.), *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, p. 31 ; Emerich (F.), « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC*, 2009, p. 49.

¹²⁴ Mallet-Bricout (B.), « Fiducie et propriété », in *Libercum amicorum*, Christian Larroumet, Paris, Economica, 2010, p. 297 ; Libschaber (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007-Ière partie », *Deffrénois*, 2007, II, article 38631, p. 1113.

¹²⁵ Danos (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, Paris, Economica, n° 43, p. 53.

¹²⁶ La dualité concurrente de la propriété consiste en un partage de celle-ci entre le fiduciaire et le bénéficiaire. Les auteurs ont donc opposé la *propriété juridique* reconnue au fiduciaire et la *propriété économique* au bénéficiaire : Goyet (Ch.), *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, LGDJ, 1983 ; Pierracini (S.), *La « propriété temporaire »*, *Essai d'analyse des droits de jouissance à temps partagé*, Thèse Sud Toulon-Var, 2008, n° 203.

¹²⁷ Ollard (R.), « la fiducie : aspects de droit pénal », *Revue de sciences criminelles*, 2009, 545, n° 2 et 5 ; Reboul-Maupin (N.), « La propriété "dans tous ses états" », in *Panorama du droit des biens*, septembre 2006-Juillet 2007, *D.* 2007, 2490 ; Puig (P.), « La fiducie et les contrats nommés », *Dr et patr.*, juin 2008, 72 ; Grimaldi (M.), « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre (première partie) », *Deffrénois*, 1991, p. 897 ; Larroumet (Ch.), *Droit civil, T. 2 : Les biens, droits réels principaux*, Paris, Economica, 2006, n° 32 ; De Lajarte (C.), « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 71.

¹²⁸ Mallet-Bricout (B.), « Fiducie et propriété », in *Libercum amicorum*, Christian Larroumet, Paris, Economica, 2010, p. 297.

une propriété affectée à la réalisation d'un but précis. Autrement dit, la propriété fiduciaire est une propriété limitée.

A première vue, de telles analyses sont alléchantes par l'étendue de leurs arguments. Néanmoins, la critique majeure qui en découle est la confusion entretenue entre la qualité de « propriétaire » reconnue au fiduciaire et celle de « mandataire ». En adhérant à la pensée d'un auteur, « il est faux de vouloir y voir une altération réelle du droit de propriété. Celui-ci demeure intrinsèquement entier et ce n'est que de manière extrinsèque que le contrat borne les initiatives du fiduciaire. En d'autres termes, la relation du fiduciaire à la chose est pratiquement la même que celle de n'importe quel propriétaire. Ce n'est qu'au titre d'obligations personnelles qu'il s'est engagé envers le constituant dans l'intérêt du bénéficiaire à ne pas faire usage de certaines d'entre elles et ce n'est qu'à ce titre que la violation du contrat de fiducie est sanctionnée »¹²⁹.

Ainsi, le fiduciaire est un véritable propriétaire, qui exerce la pleine maîtrise sur la chose ; ce n'est que parce que le contrat de fiducie instaure des obligations personnelles au fiduciaire que son caractère perpétuel ne saurait être retenu. Le fait que la loi autorise aux parties de définir dans le contrat, la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition, ne lui fait pas acquérir la qualité de « mandataire ». Il dispose de tout pouvoir sur la chose pour accomplir sa mission. De plus, la propriété fiduciaire opère un double transfert. On peut alors se poser la question de l'objet du transfert de propriété du fiduciaire au bénéficiaire. Comment expliquer que la propriété à terme dont jouit le fiduciaire devient une propriété pure et simple en cas de transfert au fiduciaire ? Ce questionnement est difficilement solvable, car en application de la maxime « *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* », nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même.

C'est pourquoi, la singularité de la propriété fiduciaire résulte non pas de la finalité ou du but poursuivi, encore moins de sa temporalité, mais de l'existence de la séparation du patrimoine entre le patrimoine personnel et celui du patrimoine fiduciaire. Celle-ci justifie notamment la paralysie des droits des tiers, y compris les créanciers du fiduciaire sur ce patrimoine d'affectation. C'est également lui qui permet de comprendre la limitation temporelle prévue par le législateur français à quatre-vingt-dix-neuf ans. Ainsi, « l'échéance de la fiducie marque non pas le terme de la

¹²⁹ Dross (W.), *Droit civil : Les choses*, Paris, LGDJ, 2012, p. 220.

propriété mais le terme du patrimoine d'affectation, lequel provoque sa transmission universelle au bénéficiaire »¹³⁰.

2- La judicieuse application de la théorie générale des obligations à la fiducie

Page | 275

Dans le cadre de l'exécution de sa mission, le fiduciaire peut être soumis aux diverses obligations calquées sur la théorie générale des obligations. A cet effet, il peut alors être astreint à fournir des garanties au début de l'opération fiduciaire et à la réédition des comptes pendant l'exécution de celle-ci¹³¹. En outre, il accomplit d'autres obligations légales relatives à la gestion du patrimoine fiduciaire telles que l'obligation de diligence¹³² ; de conserver ou de valoriser le patrimoine fiduciaire ; d'effectuer personnellement sa mission même par le biais d'un mandat ; de respecter et d'informer les tiers de l'affectation des patrimoines en cas de pluralité de ceux-ci et de transférer ou de donner la propriété à la fin de l'opération¹³³.

En droit anglo-saxon, c'est au *Settlor* de définir les droits et obligations des *trustees* et ils sont tenus de s'y conformer. Toutefois, ses pouvoirs sont restreints par des dispositions d'ordre public¹³⁴ ; les règles de l'interdiction des biens de main morte ou « *Rules against Perpetuities* »¹³⁵ et la règle de l'interdiction de la capitalisation ou « *Rule against Accumulation* »¹³⁶. De plus, les

¹³⁰ Dross (W.), *op. cit.*, p. 224 : Pour autant, cette conception se démarque de la philosophie législative du droit britannique. En effet, le trustee a incontestablement, en droit strict, toutes les prérogatives d'un véritable propriétaire, mais en Équité, il se trouve dans l'obligation de s'acquitter des charges que le trust implique. C'est une véritable dualité de propriété qui se trouve ainsi créée. D'une part, le trustee est propriétaire apparent des biens qui lui ont été transférés par le constituant en même temps qu'il en a le contrôle et la gestion. D'autre part, c'est le bénéficiaire qui est le véritable propriétaire en *Equity* et, en ce sens, il est le seul à pouvoir prétendre aux profits et à l'usage du bien constitué en trust.

¹³¹ Article 2022 du Code Civil français.

¹³² En droit britannique, dans l'accomplissement de sa tâche, un trustee a l'obligation d'agir avec le plus haut degré de diligence. Toutefois, en vertu de la loi de 1925, même au cas où les règles applicables en la matière n'auraient pas été respectées, les tribunaux peuvent passer condamnation s'ils estiment que le trustee s'est conduit honnêtement et raisonnablement, et qu'en toute équité il y a lieu de l'absoudre.

¹³³ Berger-Tarare (C.), *Le fiduciaire défaillant : Regards croisés en droit des biens et des obligations*, *op. cit.*, n° 500, pp. 221 et sv.

¹³⁴ Le *Settlor* ne peut pas établir un trust dont le but soit contraire à l'ordre public. Ainsi dans certains États, si une clause d'un trust profite au *Settlor*, elle peut être inopposable à ses créanciers actuels ou futurs.

¹³⁵ Parmi les limites auxquelles les pouvoirs du *Settlor* sont directement soumis, la règle qui restreint la durée des trusts et s'appelle "Règle d'interdiction des biens de mainmorte". Elle dispose que le titre qui porte sur un patrimoine doit être conféré dans un délai calculé par référence aux vies d'individus qui existaient déjà lorsque l'acte instituant ce patrimoine est devenu irrévocable (par exemple à la date de l'établissement d'un trust irrévocable) plus vingt-et-un ans : Gray (J.), *The Rule against Perpetuities*, 4^e éd. 1942.

¹³⁶ La Règle d'interdiction de la capitalisation (*Rule against Accumulation*) est étroitement liée à la Règle d'interdiction des biens de mainmorte (*Rule against Perpetuities*). Cette règle limite la période pendant laquelle le trustee peut capitaliser les revenus du capital du trust et l'ajouter à celui-ci. Selon la règle de Common Law les revenus peuvent être capitalisés pendant un temps égal à celui pendant lequel la faculté d'aliéner les biens peut être suspendue, c'est-à-dire des vies en cours, plus vingt-et-un ans. Si un acte prévoit la capitalisation des revenus pendant plus longtemps que la période permise, cette clause est frappée de nullité absolue.

lois des différents États américains établissent des règles que le trustee doit respecter. Ces règles se fondent sur le fait que le trustee est chargé d'administrer des biens pour le compte d'autrui et doit être soumis aux critères d'un comportement moral marqué par une probité satisfaisante. Il n'est pas permis à un trustee de mêler ses propres biens à ceux du trust. Dans certains États, le trustee doit rendre compte aux bénéficiaires de façon périodique. Il doit énumérer les opérations qu'il a effectuées et indiquer en détail les résultats des investissements de biens du trust. En filigrane, le trustee doit témoigner de la plus grande loyauté envers le bénéficiaire¹³⁷.

En droit Ecossais, les obligations des parties sont légalement définies. Le trustee doit gérer les biens d'une façon compétente, conformément au droit applicable aux trusts, mais également conformément aux conditions spécifiques posées par le constituant pour ce trust en particulier. La gestion doit être faite *in abstracto*, selon la prudence et la diligence que l'on peut attendre de tout propriétaire¹³⁸. Le trustee a donc l'obligation de gérer les biens « en bon père de famille » sans prendre de risque et conformément aux conseils d'experts. Les devoirs et obligations qui lui sont imposés par la loi¹³⁹ sont souvent repris par l'acte de constitution du trust comme par exemple le type d'investissement autorisé. Le trustee n'est pas autorisé à retirer un profit personnel du trust. S'il le fait, la « théorie du constructive trust »¹⁴⁰ sera applicable même si l'on pourrait également appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause pour permettre au bénéficiaire de récupérer celui-ci. En cas de mauvaise gestion du trust, le patrimoine personnel du trustee peut être affecté. Le bénéficiaire peut également être personnellement responsable si la mauvaise gestion résulte d'actes pris à son instigation, à sa demande ou encore s'il a donné son consentement par écrit à

¹³⁷ Une décision bien connue, rendue dans l'État de New York, *Meinhard c/ Salmon* (249 NY 458 [1928]) contient un exposé d'ensemble des obligations et responsabilités du trustee envers le trust et les bénéficiaires. A titre illustratif, dans l'État de New York, un trustee est tenu aux obligations et responsabilités, les unes requises en termes exprès par les lois, les autres imposées par les principes bien établis de la jurisprudence : prendre possession des biens du trust et les conserver ; rendre compte de façon régulière ; exercer une diligence et une compétence d'un degré raisonnable ; séparer les biens soumis au trust (pas de confusion) ; empêcher les violations du trust qui seraient commises par un co-trustee ; investir les biens du trust et les rendre productifs ; ne pas déléguer de responsabilités financières et ne pas faire d'affaires avec soi-même : Reboul (J. W.), *J.-Cl Droit comparé*, V° États-Unis d'Amérique, Fasc. 2 : États-Unis D'Amérique. - Trusts. - Successions. - Conflits de lois, 2007, n° 33 et sv.

¹³⁸ *Tibbert v. McColl* [1994] SLT 1227.

¹³⁹ Trusts [Scotland] Act 1921 et Trustee Investment Act 1961.

¹⁴⁰ Dans certaines situations, il est possible qu'un juge déclare qu'un trust existe sans que les parties aient manifesté la volonté d'en créer un. C'est un « constructive trust ». Comp : en Angleterre, les « constructive trusts » sont fréquents alors qu'en Écosse ils ne sont admis que dans deux cas : Lorsqu'une personne (par exemple un trustee) retire un avantage personnel de ses fonctions ou encore lorsqu'un tiers acquiert à titre gratuit ou de mauvaise foi un bien du trust: Godard (J.), *J. Cl. Droit comparé*, Fasc. 4 : Grande-Bretagne-Droit écossais-Donations. Successions. Trusts-Droit international privé, 2002, n° 52.

condition que le bénéficiaire ait été au courant que cela était fait en violation des règles applicables au trust.

Au-delà de ses généralités, deux solutions méritent d'être particulièrement invoquées.

La première concerne la responsabilité du fiduciaire défaillant. L'on peut alors avoir recours à certains mécanismes de droit commun des obligations notamment les actions réelles en reconstitution du patrimoine en cas de perte, telles que l'action en revendication. En cas d'inexécution du contrat, le recours à la mise en demeure préalable, l'exception d'inexécution¹⁴¹ et la résolution pour inexécution¹⁴² peuvent astreindre le fiduciaire à l'exécution complète de ses obligations. Il peut y être adjoind des réparations en nature ou par équivalent¹⁴³ en cas de dommage causé par celui-ci au créancier de l'obligation inexécutée.

Plus spécifiquement, le législateur français consacre l'assurance de responsabilité obligatoire pour le fiduciaire ayant la qualité d'avocat, laquelle permet d'encadrer la sanction réparatrice survenue du fait de la responsabilité civile engagée¹⁴⁴. Toutefois, quelques règles singulières fixent un cadre de responsabilité du fiduciaire plus aménagé en tenant compte de l'existence du contrat de fiducie. Logiquement, les parties peuvent y insérer des clauses de responsabilité notamment les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité du fiduciaire¹⁴⁵, les clauses pénales¹⁴⁶ et celles instituant une substitution de responsabilité¹⁴⁷. Inversement, des clauses de non-responsabilité peuvent aussi être restrictivement définies par les parties, lesquelles servent au

¹⁴¹ Qualifié de contrat synallagmatique, l'inexécution par l'une des parties de ses engagements contractuels peut justifier le refus d'exécution de l'autre. Ainsi, lorsque le fiduciaire refuse de s'exécuter, le constituant peut s'opposer à toute exécution à son encontre, tels le refus de le rémunérer.

¹⁴² En vertu de l'article 1184 du Code civil : « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ».

¹⁴³ En cas de préjudice subi par le constituant, le bénéficiaire ou un tiers, en l'occurrence d'un cas de responsabilité civile ou en matière contractuelle, la réparation peut être en nature (dépourvue de la sphère monétaire) et par équivalent (attribution d'une somme d'argent ou des indemnisations par l'octroi des dommages et intérêts).

¹⁴⁴ Berger (P.), « La responsabilité de l'avocat fiduciaire », in *Thèmes et commentaires : « La fiducie dans tous ses états »*, Association Henri Capitant, Paris, Dalloz, 2010, pp. 39-40.

¹⁴⁵ Terre (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 2018, n° 883, p. 951 : « ce sont des clauses qui, supposant la faute contractuelle établie, fixent le maximum possible des dommages et intérêts ». Elles plafonnent le montant de la réparation.

¹⁴⁶ Elle est appréhendée comme celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur, en cas de retard dans l'exécution : articles 1152, 1226 à 1233 du Code civil ; article 1231-5 du Code civil français depuis la réforme de 2016.

¹⁴⁷ Elles ont pour finalité de faire réparer le dommage par une personne autre que celle qui devrait en avoir la charge : Legier (G.), *Rép. civ Dalloz*, Responsabilité contractuelle-Conventions relatives à la responsabilité contractuelle, 2009, n° 228.

renversement de la charge de la preuve et exonèrent entièrement le débiteur de ses fautes, à condition qu'elles soient simplement légères¹⁴⁸.

Relativement aux clauses définissant le contenu des engagements du fiduciaire, elles permettent aux parties de déterminer les causes de responsabilité, en ajoutant ou en retranchant à celles qui sont prévues dans le droit généralement applicable en la matière. De telles clauses sont par principe valables, car elles rejoignent l'idée selon laquelle les parties élargissent ou restreignent à leur convenance l'objet du contrat¹⁴⁹. Dès lors, les parties peuvent soit aggraver les obligations du fiduciaire par l'implémentation des clauses de garantie de la bonne exécution du contrat, laquelle fait naître une obligation de résultat à sa charge, soit les restreindre en créant des modalités particulières d'exécution de ses obligations. Concrètement, la restriction peut consister à définir des obligations de caractère accessoire à l'endroit du fiduciaire, à l'exclusion de celles impératives ou d'ordre public comme l'obligation de gérer le patrimoine fiduciaire dans l'intérêt des bénéficiaires et l'obligation de transférer la propriété, car elles en constituent l'essence.

Enfin, en cas de responsabilité collective, dans laquelle le fiduciaire est coauteur du dommage, il demeure que chaque coauteur est tenu de réparer celui-ci en proportion de la part de responsabilité encouru dans sa réalisation. La solidarité ne se présument pas en matière civile¹⁵⁰, les parties peuvent alors prévoir la solidarité dans leur convention ; toute chose qui annihile le partage des responsabilités et offre une garantie supplémentaire de paiement de la créance. De même, l'obligation *in solidum* atténue le principe de la responsabilité personnelle des coauteurs du dommage dans l'hypothèse d'une difficulté à identifier le responsable du dommage causé. Selon la jurisprudence, il est désormais admis que « si plusieurs faits générateurs de responsabilité ont un lien causal dans la survenance du dommage, chacun d'eux est réputé l'avoir causé en entier »¹⁵¹.

Un auteur propose que dans l'hypothèse de cofiducie, la solidarité entre fiduciaires, coauteurs d'un dommage, soit retenue par le législateur comme principe lorsqu'il existe une coresponsabilité entre eux à l'égard des tiers¹⁵². Celle-ci permettra *in fine* au juge, en cas de silence des parties, de prononcer une condamnation commune en cas de manquement à leurs obligations contractuelles ou de survenance d'un fait générateur de responsabilité, puisqu'ils sont propriétaires d'un seul et

¹⁴⁸ Com. 6 juil. 1955, Gaz. Pal. 1955.2. 253.

¹⁴⁹ Berger-Tarare (C.), *Le fiduciaire défaillant : Regards croisés en droit des biens et des obligations*, op. cit., n° 971, p. 423.

¹⁵⁰ Article 1202 du Code civil applicable au Cameroun.

¹⁵¹ Civ, 3^e, 31 mars 1999, RCA, 1999, comm. n° 166 ; Civ, 2^e, 2 avr. 2017, Bull. civ., II, n° 108.

¹⁵² Hontebeyrie (A.), *Le fondement d l'obligation solidaire en droit privé français*, Paris, Economica, 2004, p. 5.

unique patrimoine et d'étendre les effets secondaires qui s'attachent à la solidarité contrairement à l'obligation *in solidum*. Il est donc « opportun de consacrer une règle selon laquelle le tiers, victime d'un ou plusieurs fiduciaires condamnés *es qualités*, peut demander, quelle que soit la nature de la responsabilité encourue, le paiement de la totalité de la créance de réparation, indifféremment, à l'un ou l'autre des fiduciaires »¹⁵³.

La seconde se rattache aux solutions applicables dans les procédures collectives en présence des titulaires de la fiducie-sûreté. Dans ce sens, plusieurs remèdes ont été élaborés par les législations contemporaines.

Aux premières loges, le droit français, qui a construit un régime juridique équilibré entre les intérêts des créanciers et les impératifs de protection l'entreprise en difficulté. En se référant aux dispositions de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et des textes subséquents, le traitement de la fiducie-sûreté avec dépossession ou non, dépend largement du seuil des difficultés de l'entreprise et de la procédure collective envisagée. La finalité de cette variété législative est de permettre au débiteur de conserver l'usage des biens utiles à la poursuite de son activité et d'empêcher ainsi que le sauvetage de l'entreprise ne soit compromis par la réclamation des biens de l'entreprise.

Selon les dispositions de l'article L. 622-23 alinéa 1 du Code de commerce, lorsque la fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation est sans dépossession, sa réalisation est paralysée dès l'ouverture des procédures collectives de sauvegarde et de redressement judiciaire, et aucune créance antérieure ne plus recevoir paiement pendant la période d'observation et d'exécution du plan. Cette mesure extraordinaire de sauvetage est renforcée en présence d'une convention de mise à disposition. Celle-ci est soumise au principe de la continuation des contrats en cours. Elle peut être imposée au fiduciaire, qui, même s'il exerce une action en revendication dans les trois mois de l'ouverture de la procédure en matière mobilière, ne pourra plus en obtenir restitution du bien antérieurement à la résiliation de la convention de mise à disposition. N'étant pas membre des comités de créanciers¹⁵⁴, la convention de mise à disposition ne peut être transmise, en cas de

¹⁵³ Berger-Tarare (C.), *Le fiduciaire défaillant : Regards croisés en droit des biens et des obligations*, op. cit., n° 1026, p. 447.

¹⁵⁴ L'une des innovations majeures de l'ordonnance de réforme des procédures collectives tient à la création des « classes de parties affectées », lesquelles constituent la pierre angulaire du cadre de restructuration préventive promu par la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019. En dehors de la procédure de sauvegarde accélérée et du débiteur dont les seuils et le chiffre d'affaire est de 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net (C. com., art. L. 626-29 nouv., al. 1^{er}), la mise en place des « classes de parties affectées » est à la discrétion du débiteur. Ces différentes classes ont vocation, comme les comités de créancier avant elles, à être consultées et à se prononcer par un vote sur le projet de plan.

cession d'activité prévu par le plan, au cessionnaire sans l'accord du bénéficiaire de la fiducie ou du fiduciaire. Il peut alors dans ce cas obtenir la restitution du bien s'il avait exercé l'action en revendication.

En cas de liquidation judiciaire, par contre, la fiducie-sûreté retrouve sa pleine efficacité¹⁵⁵. Dans cette hypothèse, l'action en revendication produit ses effets puisqu'elle offre la possibilité de réaliser la sûreté. Aussi, la convention de mise à disposition est exclue du régime des contrats en cours et ne peut être cédée au cessionnaire éventuel de l'entreprise sans l'accord du fiduciaire¹⁵⁶. Page | 280

En revanche, en présence d'une fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation et dépossession, l'efficacité est de plein droit : le bien, hors du patrimoine du débiteur, n'est pas soumis aux principes de la procédure collective. La suspension des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements des créances antérieures ne produisent aucun effet sur le bien fiduciaire. De plus, le contrat de fiducie n'étant pas un contrat en cours, aucune revendication n'est nécessaire. Cette protection est étendue aux fiducies-sûretés sans patrimoine d'affectation, notamment la cession de créances à titre de garantie, lesquelles sont efficaces lorsqu'elles ont été constituées avant l'ouverture des procédures collectives et que le bien est sorti du patrimoine du débiteur avant la période des difficultés de l'entreprise.

Cet encadrement, tenant compte des impératifs de redressement de l'entreprise, a été adopté en droit américain. Dès lors que la sûreté a été valablement constituée et rendue opposable aux tiers, le législateur américain organise les règles de priorité en cas de conflit et les modes de réalisation de la sûreté en cas de défaillance du débiteur, aussi bien en droit commun que dans les procédures d'insolvabilité. En droit commun, l'article 9 UCC prévoit diverses modalités de réalisation de la sûreté, notamment la reprise de la possession du bien, la vente du bien grevé, l'attribution du bien en pleine propriété et le droit d'interrompre l'attribution du bien par l'exécution de l'obligation. Il laisse toutefois le soin aux parties d'aménager contractuellement les conditions de mise en œuvre de la sûreté dans le strict respect des conditions légales¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Article L641-3 du Code de commerce français.

¹⁵⁶ Article L. 642-7 al. 5 du Code de commerce.

¹⁵⁷ Riffard (J.-F.), *Lamy droit des sûretés*, Et. 525 : « Le Security interest américain », mis à jour 2016, spéc. n° 525-169 et sv.

Or, dans les procédures d'insolvabilité, le traitement des titulaires du *Security interest*¹⁵⁸, est davantage réglementé en raison de la forte implication des créanciers dans le traitement collectif des difficultés économique, financière et juridique de l'entreprise.

Le Code américain de la faillite ou « *Bankruptcy Code* » de 1978, qui constitue le Titre II du Code fédéral des Etats-Unis, régit les procédures d'admission et de déclaration des créances dans les phases de réorganisation (Chapter 11) et de liquidation (Chapter 7) des entreprises et des personnes physiques exerçant une activité économique. Dans l'ensemble, la procédure de réorganisation de la faillite prévue au chapitre 11 du Code américain de la faillite vise à assurer la restructuration des entités économiques défaillantes, en soumettant les créanciers aux règles impératives de la suspension des poursuites individuelles et en maintenant les dirigeants à la tête de l'entreprise pendant le déroulement de la procédure. En réalité, la souplesse et la flexibilité du droit américain de la faillite ont été une source d'inspiration pour certaines législations européennes, notamment la France, qui a adopté certains principes directeurs du Chapitre 11 organisant la restructuration financière de l'entreprise¹⁵⁹.

En effet, la procédure de réorganisation vise la préservation des investissements et du crédit tout en aménageant des conditions favorables au sauvetage des intérêts des entités économiques. Les droits des créanciers peuvent être sacrifiés lorsqu'un véritable sauvetage de l'entreprise est envisageable. Sont ainsi soumis à la suspension des poursuites individuelles (*automatic stay*), tous les créanciers chirographaires et les titulaires d'un *Security interest*. Ainsi, à partir de l'ouverture de la procédure de réorganisation, les créanciers munis de sûretés réelles ne sont plus autorisés à exercer les poursuites individuelles, mais ils sont plutôt regroupés en des « classes », sans qu'aucun créancier ayant des droits similaires ne puissent réclamer un quelconque traitement exceptionnel, exclusion faite de l'hypothèse dans laquelle le créancier titulaire d'un *Security interest* « démontre que la suspension des poursuites individuelles est de nature à lui causer un préjudice important ou s'il démontre que sa sûreté ne bénéficie pas dans le cadre de la faillite d'une

¹⁵⁸ Il est défini comme tout droit sur un bien meuble (personal property) ou immeuble par destination (fixtures) qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation.

¹⁵⁹ Stankiewicz Murphy (S.), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, Vers un rapprochement des droits ?*, Université de Strasbourg, Thèse de doctorat en droit, 2011 ; Sur les conditions d'admission des créanciers dans les procédures d'insolvabilité, voir : Tanger (M.), « L'établissement du passif antérieur selon la législation fédérale des Etats-Unis sur la faillite », *LPA*, 19 août 2003, n° 165, p. 3.

protection suffisante »¹⁶⁰. Ainsi, l'application contractuelle et égalitaire des principes directeurs du droit américain de la faillite conduit à une implication fondamentale des créanciers dans les phases de sauvetage des entités économiques.

En contrepartie de leur participation à la restructuration financière de l'entreprise, le droit américain de la faillite aménage la règle du « *best interest test* », qui permet à ces derniers de recevoir au moins l'équivalent de ce qu'ils auraient perçu en liquidation judiciaire¹⁶¹.

Enfin, le Chapitre 11 du Code américain de la faillite regroupe les créanciers et les actionnaires dans chaque classe, qui dispose d'un représentant aux négociations, en vue de procéder au vote du plan consensuel. Le plan n'est alors approuvé par le juge que si trois conditions sont réunies : « la viabilité du plan qui n'est pas susceptible de conduire à l'ouverture d'une liquidation de l'entreprise ; l'octroi à chaque créancier d'une part au moins égale à ce qu'il aurait au moins perçu en liquidation et enfin l'acceptation du plan par toutes les classes de créanciers représentant au moins les deux tiers du montant en dollars »¹⁶².

En dépit des avancées louables en droit international, le législateur OHADA est demeuré silencieux sur le sort de la fiducie-sûreté dans l'Acte Uniforme portant Organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP). Ce mutisme est âprement questionneur sur le choix de la politique législative. A ce sujet, l'on s'interroge sur le sort des créanciers titulaires d'un droit exclusif au paiement. Mieux, l'exclusivité accordée au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut-elle supplanter les règles impératives des procédures collectives ? A l'analyse, le transfert de la propriété des biens mis en fiducie ayant été réalisé au profit du bénéficiaire, la procédure collective du constituant lui est indifférente. L'article 167 de l'AUPCAP le conforte amplement, puisque les « droits exclusifs au paiement » sont exclus du classement des créanciers¹⁶³. En réalité, l'exclusivité de traitement de ce créancier tire sa justification de ce que le bien est sorti du

¹⁶⁰ § 362 (d) (1) 11 et § 362 (d) (1) 11 du USC cité par Riffard (J.-F.), *Lamy droit des sûretés*, Et. 525 : « Le Security interest américain », mis à jour 2016, spéc., n° 252-208.

¹⁶¹ Levin (R.), « La restructuration d'entreprises dans le cadre du Chapitre 11 du Code américain des faillites », *Cah. Dr. entr.*, n° 5, septembre 2009, dossier 26.

¹⁶² Levin (R.), « La restructuration d'entreprises dans le cadre du Chapitre 11 du Code américain des faillites », *Cah. Dr. entr.*, n° 5, septembre 2009, dossier 26.

¹⁶³ CA Paris, pôle 5, 9e ch., 4 nov. 2010, n° 10/07100, JurisData n° 2010-025412: Dans cette affaire, la Cour d'Appel réitère que les biens fiduciaires sont automatiquement exclus de la cession de l'entreprise, peu importe que le jugement arrêtant le plan précise que tous les actifs du débiteur sont repris par le cessionnaire. Aussi, une telle cession ne peut jamais intégrer les actifs fiduciaires, fussent-ils même laissés à l'usage du constituant par une convention de mise à disposition.

patrimoine du débiteur dès la conclusion de la sûreté et ne saurait être compté parmi les actifs de celui-ci¹⁶⁴.

Cette solution devrait toutefois être réajustée, car la préservation des possibilités de restructuration de l'entreprise en difficulté passe par l'harmonisation du régime des garanties réelles dans les procédures d'insolvabilité. Dans cette perspective, la volonté d'assurer le sauvetage des entreprises viables justifie que soit « assainie » la phase de réalisation de la fiducie-sûreté dans les procédures collectives.

Conclusion

Au demeurant, la fiducie aigüise de nombreuses convoitises. En l'état actuel, il est devenu quasi impossible d'éluder ses multiples fonctions. D'emblée, en 2010, le législateur OHADA s'y est intéressé en consacrant la fiducie-sûreté sur biens incorporels. D'une évidence aussi certaine, il ne peut être nié l'efficacité de ce récent mécanisme dont les mérites traversent les frontières des théories classiques du droit civil.

Néanmoins, le détachement de sa filiation à la seule fonction de garantie de crédit s'avère nécessaire. Le plaidoyer formulé est celui de sa généralisation à d'autres opérations telles que la fiducie-gestion, la fiducie-libéralité ou d'autres formes trusts. A ce propos, le droit comparé octroie une multiplicité d'outils marquant la flexibilité de cette opération, soit par rapport à son assiette ou aux possibles montages financiers en la matière, soit dépendamment des parties qui peuvent y recourir. De même, s'inspirant du particularisme du trust des droits anglo-saxons, écossais et de la « fiducie française », l'élaboration d'un droit spécifique peut conduire à affiner ce mécanisme juridique utile au développement des activités économiques.

Toutefois, l'aménagement du régime juridique de la fiducie dépend des choix de politique législative. Dans ce sillage, le droit écossais peut être une source d'inspiration sur certains points encore sujets à controverse. Le caractère hybride de ce système juridique entre le droit anglais des trusts et la conception civiliste de la fiducie apporte des solutions fructueuses concernant les problématiques liées à l'admission du patrimoine d'affectation et de la propriété fiduciaire.

En effet, les biens qui font l'objet d'un trust sont transférés au trustee qui en devient propriétaire. Il est titulaire d'un véritable droit réel. Pour prévenir un amalgame entre les biens du

¹⁶⁴ Cerles (A.), « Fiducie-sûreté et plan de cession », *RDBF*, n° 4, juillet 2011, comm. 134 ; Ruiz (M.), « Situation du bénéficiaire de la fiducie en cas de procédure collective du constituant : périmètre du plan de cession », *JCP G*, 2011, n° 4, p. 71.

trust et les biens personnels, la loi institue un patrimoine d'affectation. Conformément à l'article 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust du 1^{er} juillet 1985: « les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ». Ce dernier se trouve donc à la tête de deux patrimoines : son patrimoine personnel et le patrimoine du trust. Si un bien est vendu ou échangé, sa valeur est remise dans le patrimoine d'origine. Au décès du trustee, son propre patrimoine est partagé entre ses héritiers alors que le patrimoine du trust survit entre les mains de nouveaux trustees. Même si le risque de confusion des patrimoines persiste, ce problème est rare en pratique, car généralement plusieurs trustees sont nommés et la gestion du trust est souvent confiée à un solicitor ou un comptable. Si le constituant est l'unique trustee, il n'y a pas de transfert car le trustee possède déjà le bien. La séparation des patrimoines est réalisée par la déclaration de constitution du trust. Néanmoins, pour pallier les risques liés au transfert de propriété inhérent aux opérations fiduciaires, un système de publicité est légalement institué.

Ce régime juridique de droit commun devrait être renforcé par l'élaboration des règles juridiques équilibrées en procédure collective, préservant les divers intérêts en présence. Une telle orientation mérite d'être adoptée car, elle constitue, comme l'ont souligné les Professeurs Nicolas BORGA et Françoise PEROCHON, « "un retour aux sources", qui s'inscrirait parfaitement dans la logique "d'efficacité graduelle", [...] consistant à entraver la mise en œuvre des sûretés lorsque le sauvetage de l'entreprise est à la clé et, à l'inverse, à la laisser s'exercer pleinement hors ce cas, et en particulier dans la liquidation judiciaire "ordinaire", préciserait-on sans poursuite d'activité »¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Borge (N.) et Pérochon (F.), « La réalisation des garanties réelles en restructuration ? ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure », *Rev. proc. coll.*, n° 4, juillet-août, 2018, p. 7.

L'action en justice du salarié contre son employeur*The legal action of the employee against his employer*

Par :

Ruben AKONO MINLO

Chargé de cours

Université de Ngaoundéré- Cameroun

Page | 285

Résumé :

L'exercice de l'action en justice par le salarié est un droit fondamental, dont la violation est sanctionnée par la nullité. Il s'agit en réalité d'une immunité de licenciement, qui tire ses fondements dans la jurisprudence et dans certaines législations sociales comparées. Dans tous les cas, c'est un mécanisme de protection contre les mesures de rétorsion prises par l'employeur liées à une action en justice. Ce faisant, ce mécanisme est une forme de garantie de l'effectivité du droit d'accès au juge des salariés exposés à subir, dans le rapport d'emploi, des conséquences négatives du fait de l'exercice d'une action ou de la formulation d'un témoignage en justice. Cette protection s'avère cependant inopérante en cas d'abus ou de mauvaise foi du salarié. En effet, un licenciement motivé même partiellement par l'action en justice d'un salarié, sauf abus ou mauvaise foi dans l'exercice de ce droit, constitue une atteinte à une liberté fondamentale qui entraîne la nullité du licenciement, peu importe qu'il existe par ailleurs une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Mots clés : Action en justice, droits fondamentaux, Employeur, Immunité, Licenciement, Salarié, Travailleur.

Abstract :

The exercise of legal action by the employee is a fundamental right, the violation of which is sanctioned by nullity. It is actually an immunity from dismissal, which is based on case law and certain comparative social legislation. In all cases, it is a protection mechanism against retaliatory measures taken by the employer linked to legal action. In doing so, this mechanism is a form of guarantee of the effectiveness of the right of access to a judge for employees exposed to suffering, in the employment relationship, negative consequences as a result of the exercise of an action or formulation of a testimony in court. However, this protection is ineffective in the event of abuse or bad faith by the employee. Indeed, a dismissal motivated even partially by the legal action of an employee, except for abuse or bad faith in the exercise of this right, constitutes an attack on a fundamental freedom which leads to the nullity of the dismissal, regardless of whether there is also a real and serious cause for dismissal.

Key words : Legal action, fundamental rights, Employer, Immunity, Dismissal, Employee, Worker.

Introduction

Le droit des relations individuelles de travail a vocation à s'appliquer aux rapports nés du travail subordonné. Il suppose en effet l'existence d'un contrat de travail marqué par un lien de subordination entre celui qui donne l'ordre de travailler –l'employeur– et celui qui exécute cet ordre –le salarié¹. Les défaillances dans la relation de travail, qu'elles soient du fait de l'employé ou de l'employeur peuvent conduire à des recours juridiques au moyen d'une action en justice. Mais qu'est-ce que c'est que l'action en justice ?

L'action en justice est une notion qui a toujours fait couler beaucoup d'encre dans la littérature juridique². En effet, bien que la loi l'ait explicitée de manière formelle, l'action en justice change, les parties à l'action aussi². Il existe autant de formes d'actions que de types de litiges. Au-delà de cette évidence, il est admis que l'action en justice est un droit fondamental reconnu à chaque citoyen. C'est le droit d'aller devant un juge afin d'obtenir le respect de ses droits subjectifs. Plus précisément, l'action est le droit d'exiger du juge qu'il statue au fond sur la prétention à lui soumise. Le Code de procédure civile français³ le définit comme étant le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. En d'autres termes c'est un droit subjectif, même s'il est clair aujourd'hui qu'il faut dissocier le droit de l'action. En effet, l'action tend à la constatation du droit et à sa sanction, elle s'en distingue donc.

Au vu de ce qui précède, tout citoyen a le droit de saisir le juge et d'être entendu sur le fond. C'est dans ce sens qu'un salarié peut saisir le juge pour faire reconnaître ses droits. Mais qu'est-ce que c'est qu'un salarié ? On entend par salarié, une personne qui s'engage à exécuter une prestation en contrepartie d'un salaire ou d'un traitement. En d'autres termes, c'est la partie qui est tenue de fournir le travail promis, en contrepartie d'une rémunération appelée salaire. Le salarié est « *le parent pauvre* » dans les relations de travail qui l'opposent à l'employeur. Ceci s'explique à la faveur de la crise économique et financière⁴ du début des années 80 qui a secoué la plupart des pays en Afrique au Sud du Sahara, et qui a été à l'origine des réformes opérées

¹ Franck (P), L'essentiel du droit du travail, relations individuelles, GUALINO Lextenso, 3eme édition 2020-2021. ² L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise, Thèse de doctorat Université Jean moulin Lyon 3, 2016, p.13.

² Idem

³ Article 30 du Code de procédure civile français.

⁴ Avec des récepteurs de crédits très bas entre 3 et 8 pour cent par an jusqu'en 1978, Moussa (S), Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal, Revue d'Etude et de Recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique.

avec pour finalité un allègement des contraintes sociales pesant sur les entreprises pour attirer l'investissement⁵. Ces nouveaux paramètres ont contraint les entreprises à des choix stratégiques très souvent défavorables aux travailleurs. La plupart des législations sociales ayant de ce fait mis en avant la promotion de l'intérêt de l'entreprise, au détriment de certains droits fondamentaux du salarié⁷. Il s'en est donc suivi un renforcement des pouvoirs managériaux de l'employeur⁸. En conséquence, la situation des salariés n'a cessé de se dégrader non plus pour cause de crise économique, mais du fait de l'aisance avec laquelle les employeurs modifient les conditions de travail, ou procèdent à la rupture des contrats⁶. Une réalité qui pourrait paraître paradoxale, dans la mesure où à l'origine, l'une des finalités du droit du travail est la protection du salarié contre les abus de l'employeur⁷. Dans un tel contexte, est-il alors aisé pour le salarié de faire valoir ses droits en justice contre son employeur ? En d'autres termes, le salarié peut-il concilier l'action en justice introduite contre son employeur et le maintien des relations professionnelles ?

Cette question mérite d'être posée au regard de ce qui précède et qui a conduit de nombreux salariés à des réticences quant à l'exercice de leur droit fondamental qu'est l'action en justice. En effet, la plupart des procès intentés par le salarié contre l'employeur le sont après la rupture du contrat de travail. C'est dans ce sens qu'une étude réalisée en France démontre que quatre vingt dix huit pour cent des salariés qui saisissent le tribunal le font après la rupture de leur contrat de travail⁸. La crainte de subir des mesures de rétorsion de la part de son employeur peut, à l'évidence, dissuader le salarié de défendre ses droits en justice ou de concourir à la réunion des preuves nécessaires au succès de l'action d'un autre salarié⁹.

Pourtant, l'action en justice du salarié est un droit fondamental. En effet, le droit social a connu des mutations dans ses fondements, à cause du grand vent de flexibilité des normes sociales qui, à partir des années 80, ont modifié l'esprit d'une spécialité juridique désormais plus sensible aux contraintes de gestion qu'au respect de ses valeurs fondatrices¹⁰. Une mouvance a été suivie à cet

⁵ Kenfack (E), Un enjeu inattendu dans le Code du travail camerounais : la protection de l'employeur, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité, 2006, p.5 ⁷ C'est le cas par exemple du Code de travail camerounais⁷. ⁸ Kenfack (P. E), Idem.

⁶ Kenfack (P. E), Idem

⁷ D'où la définition accordée au droit du travail comme étant un « droit de la protection des personnes placées en situation de subordination », économiquement faibles et juridiquement dépendants.

⁸ M. Guillonnet et E. Serverin, L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012, Continuité et changements, Ministère de la justice, DACS, Pôle d'évaluation de la justice civile, p. 7

⁹ Graton (L), Leclerc (O), Action en justice et mesures de rétorsion, in Revue de Droit du travail, n°5 2014, p.

¹⁰ Lattes (J M), Subordination juridique et morale dans l'entreprise, Presses Universitaire de Toulouse I Capitole, 2005.

effet par une consécration jurisprudentielle¹¹ des droits fondamentaux du salarié. En effet, l'arrêt Corona du Conseil d'Etat introduisit pour la première fois, la personne dans les rapports de travail. Sans évoquer directement les droits fondamentaux de la personne, cet arrêt parlait de « droits de la personne ». En droit comparé, et notamment en France cette introduction a été consacrée par la loi deux ans plus tard¹² pour donner naissance à deux types de droits fondamentaux en droit du travail : ceux qui sont propres à celui-ci, c'est-à-dire ceux qui ont été institués pour les relations de travail, tels que le droit de grève, la liberté syndicale, le droit à la négociation collective, le droit de retrait. Et ceux qui sont des droits et des libertés garantis à tous citoyens indépendamment de l'existence d'une relation de travail, il s'agit des droits fondamentaux de droit commun qui vont devoir être pris en compte dans les relations de travail. Dans cette dernière catégorie figure l'action en justice exercée par un salarié, véritable immunité de licenciement (I), sauf dans les cas où le comportement du salarié relève de la mauvaise foi ou de l'abus (II).

I- UNE IMMUNITÉ DE LICENCIEMENT DU SALARIÉ

Pendant longtemps, l'entreprise a été un monde clos, où l'employeur exerçait une autorité sans partage¹³. Aujourd'hui, il est admis par la doctrine¹⁴ que le salarié ne peut et ne doit être ramené à un simple « être du travail », et que l'entreprise doit être assimilée à une microsociété, au sein de laquelle le salarié doit, en principe, jouir des mêmes droits et libertés dont il jouit dans la société comme citoyen. Pour cela, il ne peut pas s'aliéner de ses droits les plus fondamentaux, tels que le droit d'agir en justice.

Il a été démontré pour cela que le droit d'agir en justice est une liberté fondamentale. Or il est de droit positif que la violation d'une liberté fondamentale ouvre la voie à la nullité du licenciement (A), dont les conséquences (B) peuvent conduire selon les cas à la réintégration ou non du salarié, et au paiement des dommages-intérêts.

A- La nullité du licenciement du salarié

La nullité du licenciement de l'employé agissant en justice contre son employeur est une garantie de l'effectivité du droit d'agir en justice des salariés exposés à subir, dans le rapport d'emploi, des conséquences négatives du fait de l'exercice d'une action ou de la formulation d'un

¹¹ C'est un arrêt du 1er février 1980.

¹² Loi française du 4 août 1982 relative au règlement intérieur.

¹³ Waquet (Ph), L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié, Librairie Eyrolles, 2003.

¹⁴ Perraki (P), La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen [étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen], Thèse de doctorat, Université de Strasbourg 2013, p.9.

témoignage en justice¹⁵. Une telle nullité tire ses fondements (1) dans la jurisprudence, même si certaines législations la prévoient. De même que sa mise en œuvre exige la preuve du lien de causalité, et est indifférente quant à l'existence d'une cause réelle et sérieuse (2).

1- les fondements de la nullité du licenciement

Page | 290

La nullité du licenciement du salarié agissant en justice a été instituée dans certaines législations sociales africaines à l'instar du Code du travail Ivoirien. En effet, ce Code sanctionne un tel licenciement par la nullité¹⁶. Il s'agit donc d'une nullité légale¹⁷. En France par exemple, la législation du travail¹⁸ déclare nul le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice contre l'employeur. Au Cameroun, le Code du travail n'a pas prévu de telles dispositions. Cependant, la cour de cassation, a construit une jurisprudence pérenne qui accorde au juge le pouvoir de prononcer la nullité d'un licenciement, même en l'absence des dispositions le prévoyant en cas de violation d'une liberté fondamentale.

Tout commence à partir de l'arrêt Clavaud rendu en 1988¹⁹, et plus encore l'arrêt Hugues²⁰ de 2001, un mouvement visant à renforcer la protection des droits fondamentaux du travailleur en annulant toute rupture du contrat de travail prononcée en violation de ses droits essentiels, et ce alors que le législateur n'aurait pas explicitement prévu dans ce cas, la nullité de la mesure. La cour de cassation s'est montrée pendant plusieurs années économe de l'application de cette possibilité d'annulation, écartant de nombreuses hypothèses pour n'en retenir qu'une, celle d'une atteinte à la liberté fondamentale du salarié. Ainsi jusqu'en 2008, la Cour de Cassation en sa chambre sociale refusait encore de prononcer la nullité du licenciement intervenu en violation du droit d'agir en justice, atteinte à une liberté fondamentale. C'est la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui a rattaché le droit d'agir en justice aux libertés fondamentales protégées par la convention de sauvegarde des droits et des libertés²¹.

¹⁵ Gratton (L), Leclerc (O), Action en justice, mesures rétorsion in Revue de Droit du travail, n° 5, 2014, pp. 321329.

¹⁶ Article 6. Code de travail.

¹⁷ De telles dispositions n'ont pas été prises par la législation camerounaise ou le Code de travail est muet sur la question.

¹⁸ l'article L. 1134-4 C. travail

¹⁹ Cass. Soc, 28 avril 1988 JCP éd. E, 1988, obs. B Teyssié, Dr soc 1988, p. 428, concl H Ecoutin, note G Couturier, D 1988, p.249, concl H Ecoutin, note A. Jeanmaud et M Le Friand, D 1988 pp 63-70 concl Jean Maurice verdier ; D 1988, p. 437, obs. E Wagner ; RFDS, 1988, p. 184, note G Lyon-caen

²⁰ Cass.soc. 13 mars 2001, n° 9945735 F D, Dr soc 2001, p. 1117, obs ; C. Roy loustauanaud ²⁴ Cass. Soc 28 mai 2003, n° 0240273.

²¹ Cass. 3^{ème} civ. 20 mai 2009, puis chambre sociale, 6 février 2013.

Puis, par la suite, la Cour de cassation par un arrêt de 2013, a opéré un revirement en proclamant une nullité de principe à propos des mesures de rétorsion. Ainsi donc, constitue une violation de la liberté fondamentale d'agir en justice le fait pour un employeur de rompre avant terme le contrat à durée déterminée d'un salarié, alors que ce dernier avait demandé en justice, la requalification de cette relation de travail en contrat à durée indéterminée²². Cette décision a été accueillie favorablement par la doctrine²³ qui en a trouvé une avancée spectaculaire. Dans une espèce, un salarié avait été licencié pour faute grave, pour avoir rédigé une attestation destinée à être produite dans le cadre d'un litige prud'homal concernant un autre salarié – et considérée par l'employeur comme mensongère – et pour avoir informé des collègues de travail de cette démarche. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait refusé de faire droit à la demande d'annulation du licenciement formulée par le salarié, et ce au visa des articles 6 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi* ». Le juge des référés²⁴ peut, même en l'absence de dispositions l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur. Cependant, un arrêt récent de la cour de cassation³¹ vient de préciser que la concomitance d'une action en justice et d'un licenciement ne fait pas présumer que celle-ci porte atteinte à la liberté d'agir en justice. La cour vient de confirmer sa jurisprudence lorsque l'action du salarié n'est pas mentionnée dans le courrier du licenciement. Qu'en est-il de la mise en œuvre de la nullité ?

2-La mise en œuvre de la nullité.

La nullité d'un licenciement intervenu à la faveur d'une action en justice ne s'accommode pas nécessairement des exigences de la cause réelle et sérieuse (a), cependant la preuve d'un lien de causalité (b) doit être rapportée par le salarié.

a- L'indifférence de la cause réelle et sérieuse.

²² Cass. Soc., 6 févr. 2013, Dr. Soc., 2013, 415, note J. Mouly ; RDT, 2013, p. 630, obs. P. Adam ; Sem. Soc. Lamy, 2013, Procédures, n° 4, 2013, comm. 107, obs. A. Bugada.

²³ Mouly (J), Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion », Dr. Soc. 2013, p. 415. ²⁹ Gratton (L), Leclerc (O), op.cit., p.3.

²⁴ L'article R.1455-6 Code de travail français. Dans le même sens, Cour d'appel, Paris, Pôle 6, chambre 11, 22 Septembre 2017 – n° 14/02734, Cour d'appel, Lyon, Chambre sociale B, 6 Janvier 2017 – n° 15/07471, Cour de cassation, Chambre sociale, 8 Février 2017 – n° 15-28.085 ³¹ Cass.soc.4 novembre 2020, n° 19-12.367.

De manière générale, l'employeur peut rompre unilatéralement, c'est-à-dire de sa seule volonté le contrat de travail en licenciant le salarié. Il doit dans ce cas invoquer un motif réel et sérieux pour motiver sa décision. On parle de cause réelle et sérieuse du licenciement. L'employeur doit rapporter la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Il doit justifier d'un fait précis, objectif et contrôlable. La cause réelle suppose une cause objective, existante et exacte et doit relever des faits qui se sont réellement passés et non du ressenti de l'employeur. Le caractère sérieux renvoie à un fait commis par le salarié avant un certain degré de gravité. L'action du salarié devra rendre impossible le maintien de son contrat.

Cependant, on pourrait se demander si un licenciement motivé partiellement par l'action en justice d'un salarié, hors abus de droit ou mauvaise foi doit être sanctionné par la nullité bien qu'il existe par ailleurs une cause réelle et sérieuse de ce licenciement. Un arrêt précise à cet effet qu'un licenciement motivé même partiellement par l'action en justice d'un salarié, sauf abus ou mauvaise foi dans l'exercice de ce droit constitue une atteinte à une liberté fondamentale qui entraîne la nullité du licenciement, peu important qu'il existe par ailleurs une cause réelle et sérieuse du licenciement²⁵. C'est dire que le juge n'a pas besoin de constater une cause sérieuse pour annuler un licenciement intervenu à la suite d'une action en justice du salarié. A contrario, lorsqu'un licenciement a été prononcé à la suite d'une action en justice, si le licenciement repose sur une cause sérieuse, c'est-à-dire que la lettre de licenciement ne reproche pas expressément au salarié l'action en justice qu'il a intentée, le licenciement n'est pas nul²⁶. Cela voudrait dire que le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer l'atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice. D'un autre point de vue, une Cour d'appel, se fondant sur la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁷, a par exemple jugé que lorsque la rupture d'un contrat de travail fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice²⁸. Il en ressort que le

²⁵ Cass.soc., 3 février 2016, n° 14-18600

²⁶ Cass. Soc., 4 novembre 2020, n°19-12.367.

²⁷ l'article 6-1. Selon les dispositions de cet article, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, par un tribunal indépendant et impartial et doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès équitable au sens de ces dispositions, l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit

²⁸ Cour d'appel, Metz, Chambre sociale, 2e section, 12 Septembre 2017 – n° 16/03866

licenciement motivé même partiellement par l'action en justice d'un salarié, sauf abus ou mauvaise foi dans l'exercice de ce droit, constitue une atteinte à une liberté fondamentale qui entraîne la nullité du licenciement, peu important qu'il existe par ailleurs une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁹.

b- La preuve du lien de causalité entre le licenciement et l'action en justice

La nullité du licenciement du salarié ayant agi en justice contre son employeur n'est cependant pas automatique. Il faut la preuve d'un lien de causalité entre le licenciement querellé et l'action en justice passée.

De manière générale, si le salarié considère que le licenciement a été prononcé en représailles de son action en justice, il devra apporter les éléments de preuve au juge pour obtenir la nullité de son licenciement. La jurisprudence de la Cour de cassation française, dans un arrêt du 16 mars 2016, rappelle que l'employeur ne peut utiliser sa faculté de licencier pour sanctionner un salarié qui introduit une action en justice à son encontre³⁰. Dans une espèce³¹, les juges ont reproché à l'employeur de faire état dans la lettre du licenciement du salarié, des propos tenus par le salarié qui a menacé l'employeur de saisir la justice. Dès lors, il a été énoncé "qu'est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur.

Cependant lorsque la lettre de licenciement n'invoque pas le grief, la cour d'appel a retenu l'existence d'un lien après avoir constaté que le licenciement faisait suite au dépôt par le salarié d'une requête auprès du juge tendant à voir reconnaître une discrimination. La cour de cassation approuve la cour d'appel d'en avoir déduit qu'il appartenait des lors à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par le salarié de son droit d'agir en justice.

B- Les conséquences de la nullité du licenciement du salarié.

Cour d'appel, Metz, Chambre sociale, 2e section, 4 Avril 2017 – n° 16/02686.

²⁹ Cour d'appel, Paris, Pôle 6, chambre 10, 24 Mai 2017 – n° 14/09278

³⁰ Cass.soc. 16 mars 2016, n°14-23589.

³¹ Cass. Soc. 10-6-2015, n°13-25.554. FS.PB

L'annulation du licenciement par le juge entraîne l'impossibilité d'appliquer les effets de la procédure de licenciement. Celle-ci est donc considérée comme n'ayant jamais existé. De manière générale, lorsque les droits fondamentaux du salarié sont bafoués, une indemnisation sous forme des dommages intérêts (1) n'est pas toujours satisfaisante.

C'est pour cette raison que la chambre sociale a étendu le cas de la remise en état par le mécanisme de la réintégration (2).

1- Les dommages intérêts.

Les dommages et intérêts sont un mécanisme de compensation du préjudice subi par un tiers. Dans notre étude il s'agit du préjudice subi par le salarié du fait de la perte de l'emploi. En effet, Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur³². Il appartient donc au juge de fixer le montant de cette indemnité.

Cependant, lorsque le salarié est réintégré, les dommages et intérêts correspondent à l'ensemble des préjudices subis. Le délai pris en compte est celui qui court depuis la période du licenciement jusqu'à la reprise des fonctions au sein de l'entreprise.

Néanmoins, le montant est plafonné à la hauteur des rémunérations qu'il n'a pas perçues.

2- La réintégration du salarié dans l'entreprise

De manière générale, la nullité du licenciement entraîne la réintégration du salarié. En effet, la réintégration est de droit lorsque le licenciement est irrégulier. Dans notre étude, cela voudrait signifier que le licenciement a été une mesure prise par l'employeur en raison de l'action en justice du salarié. En conséquence, le salarié doit reprendre l'exécution du contrat de travail. Dans ce contexte, le salarié peut donc réclamer son maintien au sein de l'entreprise, au même poste, avec les mêmes responsabilités, ou dans une fonction équivalente. Ce droit est valable si le précédent emploi existe au sein de la structure. Il s'agit donc d'une réintégration justifiée par la violation d'une liberté fondamentale³³.

Cependant lorsqu'il s'agit d'une action en justice pour requalification d'un contrat de travail par le juge, le salarié ne conserve pas forcément son emploi, seulement si la rupture à un lien avec la requalification, la chambre sociale autorise l'employeur à rompre le contrat à l'expiration d'un contrat à durée déterminée, ultérieurement requalifié en contrat à durée

³² Article L1235-1 du Code de travail français.

³³ Cass soc 13 mars 2011 bull numero 99-45735 Dr ou 2001, note Marie France ⁴¹ Idem.

indéterminée⁴¹. En l'espèce, une salariée est embauchée en contrat à durée déterminée pour une durée de trois mois. Son contrat est renouvelé pour trois mois supplémentaires. Deux nouveaux contrats à durée déterminée sont, ensuite, conclus et renouvelés entre les parties. La salariée saisit le Conseil de prud'hommes et obtient la requalification de la relation de travail en contrat de travail en durée indéterminée. L'employeur ne conteste pas cette requalification mais convoque aussitôt la salariée à un entretien préalable de licenciement. Elle est licenciée au motif que la mission pour laquelle elle avait été embauchée était terminée. La salariée demande au juge des référés de prononcer la nullité du licenciement et ordonner le maintien dans son emploi. La salariée estime que son licenciement s'explique par le refus de l'employeur d'appliquer la décision des juges. Elle ajoute que « *le droit d'agir en justice revêt un caractère d'ordre public* ». Pourtant, la haute juridiction approuve les juges du fond en refusant à la salariée sa réintégration au motif que « *le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement* ». Le juge peut uniquement allouer « *des réparations de nature indemnitaire* ». La Cour de cassation rappelle que le droit de licencier est une « *liberté fondamentale* » de l'employeur, liberté découlant de son pouvoir de direction. En principe, aucune atteinte ne doit y être portée, aucune annulation ne peut être prononcée et de ce fait, aucune réintégration ne peut être imposée à l'employeur.

Par exception, le non-respect de dispositions limitativement prévues et attentivement contrôlées par la jurisprudence entraîne la nullité et ouvre droit à réintégration du salarié³⁴. La Haute Cour reprend en conséquence les deux principes suivants : « *Pas de nullité sans texte* » et « *pas de réintégration sans nullité* ». Le juge a seulement la possibilité de proposer à l'employeur une réintégration mais ce dernier peut la refuser. A défaut d'être nul, le licenciement non justifié par une cause réelle et sérieuse est abusif. L'employeur doit donc être condamné à verser au salarié « *des réparations de nature indemnitaire* ».

Il convient de rappeler à cet effet que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer dans une espèce où l'employeur refusait de fournir du travail à un salarié dont le contrat à durée déterminé avait été requalifié en contrat à durée indéterminé. Les juges, tout comme dans l'arrêt Hugues, avaient considéré que « *le comportement de l'employeur s'analyse en un licenciement*

³⁴ Il s'agit notamment en France, du licenciement des salariés protégés en l'absence d'autorisation administrative préalable (article L. 412-18 du Code du travail), des licenciements prononcés dans le cadre d'un plan social jugé insuffisant ou inexistant par le juge (article L. 321-4-1 du Code du travail), du licenciement fondé sur une cause discriminatoire (article L. 122-45 du Code du travail).

⁴³ Arrêt du 13 février 1993.

qui ouvre droit, le cas échéant à des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sans que le salarié puisse demander sa réintégration ». Toutefois, il est permis de s'interroger sur la pérennité d'une telle solution qui se fonde sur l'adage « pas de nullité sans texte » afin de justifier le refus de réintégration de la salariée. Un important courant doctrinal se montre hostile à ce principe et prône en particulier que les nullités seraient « virtuelles » et non « textuelles ». L'adage est également fragilisé par les juges. Rappelons-nous, en effet, du célèbre arrêt « La Samaritaine »⁴³ : constatant la nullité du plan social, la Cour de cassation n'a pas hésité, par une interprétation extensive des dispositions légales, à étendre cette nullité « aux actes subséquents » et notamment aux licenciements économiques prononcés. La Haute Cour n'avait pas à l'époque retenu le moyen soulevé par « La Samaritaine » qui contestait cette nullité au motif notamment de l'absence de disposition textuelle. Elle avait ainsi tiré toutes les conséquences de la nullité prononcée en ordonnant la réintégration des salariés. On peut légitimement, aujourd'hui, se demander si, à terme, en matière de contrat à durée déterminé, les juges ne vont pas s'orienter vers une solution similaire en annulant les licenciements prononcés par l'employeur dans le seul but de contourner la requalification judiciaire du contrat à durée déterminé en contrat à durée indéterminé. La nullité, véritable mécanisme de protection du salarié agissant en justice se heurte cependant à l'abus ou mauvaise foi du salarié.

II-UNE IMMUNITÉ DILUÉE PAR LE COMPORTEMENT DU SALARIÉ

La jurisprudence est constante à propos de l'action en justice exercée par le salarié contre l'employeur. Dans un arrêt du 3 février 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation³⁵ précise qu'un licenciement motivé même partiellement par l'action en justice d'un salarié, sauf abus ou mauvaise foi dans l'exercice de ce droit, constitue une atteinte à une liberté fondamentale qui entraîne la nullité du licenciement, peu important qu'il existe par ailleurs une cause réelle et sérieuse de licenciement. A contrario, l'abus ou la mauvaise foi (A) du salarié apparaissent comme une limite à la protection accordée au salarié agissant en justice contre l'employeur. Il en découle à juste titre des conséquences négatives contre le salarié (B)

A- L'abus ou la mauvaise foi du salarié

Ester en justice est un droit fondamental reconnu à toute personne titulaire de la capacité à agir. L'action en justice est libre, des garanties ayant été mises en place pour en assurer

³⁵ ab

l'effectivité. Si l'exercice de ce droit ne peut, à lui seul, justifier une condamnation à des dommages-intérêts, notons que tout droit peut être exercé dans des circonstances abusives et, ainsi, donner lieu à des sanctions. La théorie de l'abus de droit peut facilement être transposée à la pratique des procédures abusives. Car si en principe, tout individu a la possibilité de faire valoir ses droits en justice, il n'est pas permis en revanche d'abuser de son droit d'action, en procédant à des actions en justice abusives.

Les critères de l'abus de droit ont donné lieu à de nombreuses controverses en doctrine, tant en droit civil qu'en droit pénal. En effet certains ont avancé que l'abus de droit suppose une intention de nuire. En réalité, il est difficile de réduire l'abus à ce seul élément. La Cour de cassation a pu admettre que l'abus du droit d'agir peut-être retenu sans que la preuve d'un acte de malice ou de mauvaise foi soit nécessairement rapportée³⁶. Ce n'est que de façon casuistique que l'on peut tenter d'établir le « profiltype » de la procédure abusive. Ainsi en droit comparé une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 avril 1976 a pu déterminer qu'un plaideur qui agit non pas pour demander justice, mais pour faire pression sur son débiteur, commet un abus de droit. De même, celui qui agit en justice uniquement pour assouvir une névrose commet un abus de droit³⁷. D'autres décisions retiennent que l'abus peut résulter de l'absence de tout fondement à l'action, du caractère malveillant de celle-ci ou encore de la multiplication des procédures engagées.

En effet, plusieurs textes du code de procédure civile prévoient une sorte de police de l'action sanctionnant celui qui soumet une prétention à un juge de manière abusive.

De manière générale, le critère de l'abus de droit est en effet controversé en doctrine. Une certaine opinion³⁸ était d'avis que, l'abus suppose l'intention de nuire de celui qui use de son droit. Un arrêt de la Cour de cassation³⁹ fournit un argument a contrario à l'appui de cette thèse : il décide qu'une action ne pouvait constituer un abus du droit d'agir alors, pourtant, qu'elle était fondée sur des faits reconnus diffamatoires dans leur élément matériel simplement parce que manquait l'élément intentionnel. Ce critère tiré de l'intention de nuire pour caractériser l'abus de droit, bien qu'il soit régulièrement appliqué, reste cependant insuffisant⁴⁹.

³⁶ Voir en ce sens Cass. 2e civ. 10 janv. 1985

³⁷ voir en ce sens Cass. 3ème civ., 12 février 1980

³⁸ La règle morale dans les obligations, 4e éd., 1949, LGDJ, no 84.

³⁹ Civ. 2e, 15 mars 2001, no 99-15.165, D. 2001. IR 1517. ⁴⁹ V. par

ex. : Civ. 1re, 9 juin 2010, no 09-10.641.

La jurisprudence est allée dans le même sens. Elle imposait, à l'origine, de « caractériser l'abus par l'intention malicieuse, la mauvaise foi ou l'erreur grossière équipollente au dol. Cependant, elle a opéré un revirement par un arrêt rendu en 1985 considérant alors qu'un simple comportement fautif, voire une légèreté blâmable étaient suffisant⁴⁰. Partant, l'intention de nuire n'est plus une condition nécessaire pour établir la responsabilité du plaideur fautif⁴¹, même si certains abus restent intentionnels⁴². Toutefois, la Haute juridiction veille rigoureusement à ce que les condamnations pour procédure abusive soient fortement motivées et que les circonstances de nature à faire dégénérer l'exercice de l'action en faute soient caractérisées⁴³. En conséquence, la Cour a censuré de nombreuses décisions reprochant aux juges du fond d'avoir retenu « des motifs qui ne suffisent pas à caractériser une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice »⁴⁴. Si l'on sait que l'abus peut résulter de l'absence de tout fondement juridique à l'action, de son intention malveillante ou encore de la volonté de multiplier les procédures engagées, la notion de procédure reste difficile à cerner et le juge demeure souverain pour apprécier les circonstances.

Par ailleurs, la poursuite de la procédure en appel est la manifestation même du droit d'agir en justice. Il peut également y avoir à ce niveau de la procédure une utilisation abusive de ce droit. Notons, toutefois, que le plaideur ne pourra pas être condamné pour procédure abusive dans le cas où sa demande est accueillie et ce, même partiellement⁵⁵. De même, le plaideur qui a eu gain de cause en première instance, mais qui est débouté en appel, échappe en principe à toute condamnation pour procédure abusive⁴⁵. L'abus suppose donc la caractérisation d'une faute susceptible de faire, selon la formule jurisprudentielle, « dégénérer en abus le droit d'ester en justice »⁴⁶. Ainsi une jurisprudence a pu décider que le témoignage en justice d'un salarié ne peut, sauf abus, constituer ni une faute ni une cause de licenciement⁵⁸.

Dans son rapport de l'année 2006, la Cour de cassation en France donne quelques précisions intéressantes sur les critères de l'abus. La Haute juridiction souligne que les dispositions relatives

⁴⁰ Civ. 2e, 10 janv. 1985

⁴¹ Civ. 2e, 11 sept. 2008

⁴² (Civ. 1re, 9 juin 2010).

⁴³ (Civ. 2e, 6 mars 2003).

⁴⁴ (Civ. 3e, 27 janv. 2015; Civ. 3e, 26 nov. 2013; Civ. 3e, 10 juill. 2012⁵⁵ (Civ. 3e, 27 mai 2008)

⁴⁵ (Civ. 1re, 30 sept. 2003).

⁴⁶ Cour de cassation, 3e chambre civile, 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-21.703). ⁵⁸ Cass., Soc., 23 nov. 1994, Bull. Civ. V, n° 308 : «».

à la condamnation aux actions dilatoires ou abusives ne constituant qu'une application particulière du droit de la responsabilité civile pour faute, leur mise en œuvre suppose que soit caractérisé le « *comportement fautif* » de la partie condamnée. La Cour de cassation indique avoir « *assoupli son contrôle en la matière, en n'exigeant plus la preuve d'une intention de nuire ou d'une mauvaise foi* », mais indique toutefois continuer « *à vérifier que les motifs de la décision attaquée caractérisent suffisamment la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit d'ester en justice ou d'interjeter appel* ». La Cour de cassation précise « *qu'une action en justice ne peut, sauf circonstance particulière qu'il appartient au juge de spécifier, constituer un abus de droit lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré, dont la décision a été infirmée* »⁵⁹.

Quant à la mauvaise foi, c'est la profération d'allégations sciemment mensongères qui expose le salarié au licenciement et non, en lui-même, le fait d'avoir témoigné en justice. Pour cette raison, la Cour de cassation prend soin de préciser que c'est la prise en compte du « contenu d'une attestation » pour prononcer un licenciement qui heurte la liberté fondamentale de témoigner⁶⁰ : ce n'est que si ce contenu est mensonger – en connaissance de cause, donc – que le salarié pourra être licencié, de ce fait et non du fait du témoignage. Cette circonstance exposerait, en outre, sur un tout autre terrain, le salarié au risque de se voir reprocher un faux témoignage⁶¹.

B- Les sanctions relatives à l'abus ou mauvaise foi du salarié

En général, les sanctions concernant l'abus de droit sont classées selon l'état d'avancement. En matière civile par exemple, la personne qui agit « *de manière dilatoire ou abusive* » peut être condamnée à des dommages et intérêts, et à une amende civile, dont le montant varie selon qu'il agit en première instance, en appel ou en cassation. D'autres textes comportent des dispositions similaires applicables à des domaines spécifiques. En matière de procédure pénale, les sanctions sont plus lourdes, le législateur ayant mesuré la gravité des conséquences d'un abus de constitution de partie civile. Il en est ainsi lorsque le tribunal correctionnel est saisi abusivement par une citation directe de la partie civile, les personnes mises en cause qui bénéficient d'un non-lieu ou d'une relaxe ont la possibilité de demander des dommages et intérêts à la partie civile téméraire, étant précisés que peuvent simultanément être engagées des poursuites pour dénonciation calomnieuse.

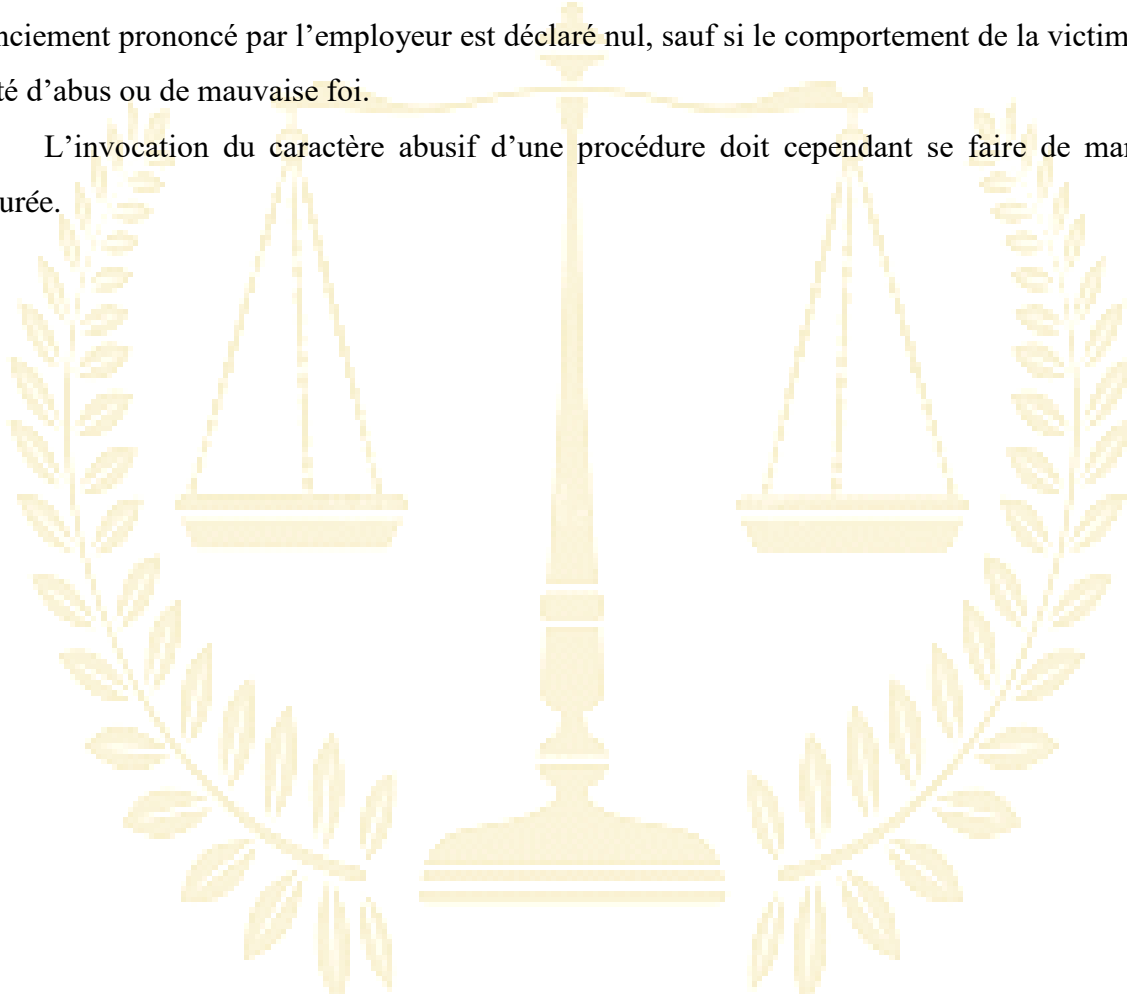
Ainsi, lorsqu'il est établi que le salarié agissant en justice contre l'employeur est de mauvaise foi, ou que la procédure est abusive, il en cours des sanctions, notamment le paiement des

dommages et intérêts. On le voit donc, si l'accès à la Justice constitue un droit, sont sanctionnés les plaideurs qui agiraient injustement.

Conclusion

A la question de savoir comment concilier l'action en justice du salarié et la menace de licenciement ? Il faut rappeler que l'action en justice est un droit fondamental. A ce titre, les mécanismes de garantie de son effectivité ne souffrent d'aucune contestation. En conséquence le licenciement prononcé par l'employeur est déclaré nul, sauf si le comportement de la victime est teinté d'abus ou de mauvaise foi.

L'invocation du caractère abusif d'une procédure doit cependant se faire de manière mesurée.



La compétence pénale de la cour constitutionnelle à l'égard d'un ancien premier ministre à la lumière de la législation et de la jurisprudence congolaises¹

The criminal jurisdiction of the constitutional court in the light of a former prime minister in the light of congolese legislation and jurisprudence

Page | 301

Par :

Jean-Pitié MUTOMBU KAYAKEZ

Assistant de second mandat à l'Université de Kolwezi
(RDC/Lualaba) et Avocat au Barreau du Haut-Katanga (RDC-Lubumbashi)

Résumé :

La compétence de la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo à l'égard d'un ancien Premier ministre, pour les faits commis dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, ne fait pas l'unanimité des chercheurs et des praticiens de droit. Ce débat, qui est né au lendemain de l'arrêt RP 0001 du 15 novembre 2021 par lequel cette haute juridiction s'était déclarée incompétente à juger de tels faits, s'est prolongé et se prolonge encore avec l'arrêt sous R. Const. 1816 du 18 novembre 2022 à travers lequel cette juridiction, siégeant en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, s'est revirée en se déclarant cette fois-ci compétente à l'égard de mêmes faits. La présente réflexion, qui se joint à ce débat, s'aligne du côté de la compétence de la Cour en prenant pour arguments : la limitation de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire à l'égard du Président de la République et du Premier ministre, le critère jurisprudentiel et légal du rattachement ou de liaison de l'acte à la fonction ainsi que l'appréciation du privilège de juridiction au moment de la commission des faits, pour les infractions instantanées, et au moment des poursuites, pour les infractions continues, successives ou continuées.

Mots clés : compétence pénale, cour constitutionnelle, ancien premier ministre

¹ Ce texte a été présenté et exposé au Colloque organisé par l'Université de Lubumbashi (RDC), à l'occasion du 7^{ème} anniversaire de la Cour constitutionnelle de la RDC, les 04 et 05 avril 2022. Il n'a pas fait l'objet d'une publication. Il a été enrichi avec le nouvel arrêt (R. Const. 1816 du 18 novembre 2022) de la Cour constitutionnelle siégeant en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR.

Abstract:

The jurisdiction of the Constitutional Court of the Democratic Republic of Congo with regard to a former Prime Minister, for acts committed in or during the exercise of his functions, is not unanimous among researchers and legal practitioners. This debate, which arose in the aftermath of the RP 0001 judgment of 15 November 2021 by which this high court had declared itself incompetent to judge such facts, has continued and continues with the judgment under R. Const. 1816 of 18 November 2022 through which this jurisdiction, sitting in an objection of unconstitutionality and questions of constitutionality raised ex officio by the Court of Cassation in the proceedings under RP 09/CR, turned around by declaring itself competent this time with regard to the same facts. The present reflection, which joins this debate, aligns itself with the Court's jurisdiction by taking as its arguments : the limitation of the jurisdiction of the courts of the judicial order vis-a-vis the President of the Republic and the Prime Minister, the jurisprudential and legal criterion of the connection or linking of the act to the function as well as the assessment of the privilege of jurisdiction at the time of the commission of the facts, for instantaneous offences, and at the time of prosecution, for continuous, successive or continued offences.

Keywords: criminal jurisdiction, constitutional court, former prime minister

Introduction

La position de la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo, lors de l'exercice de sa première expérience pénale sous RP 0001, n'a pas fait l'unanimité de praticiens et de chercheurs en droit. Ceux-ci, à raison ou à tort, ont soit reconnu, soit réfuté la compétence pénale de cette haute juridiction à l'égard d'un ancien Premier ministre pour les faits commis dans ou à l'occasion de ses fonctions.

Dans le souci de rendre justice à tous, le législateur congolais attribue à chacun un juge appelé à connaître des infractions commises par lui. Il a fait de même pour le Président de la République et le Premier ministre en distinguant, d'une part, le cas des crimes internationaux, des infractions politiques ainsi que le cas des infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (*actes de la vie publique*) et, d'autre part, le cas des infractions de droit commun commises en dehors de l'exercice desdites fonctions c'est-à-dire les infractions détachables de fonctions (*actes de la vie privée*). La première catégorie d'infractions relève de la compétence de la Cour constitutionnelle², tandis que la seconde est réservée aux juridictions judiciaires de droit commun³.

Cependant, si le législateur s'est exprimé sur le statut pénal d'un ancien Président de la République pour les infractions commises dans l'exercice de ses fonctions⁴, il ne s'est pas exprimé sur le statut pénal d'un ancien Premier ministre, pour les mêmes infractions.

Fort de ce silence, les uns pensent que pareilles infractions continueraient à relever de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle en dépit de l'extinction du mandat de premier ministre ; d'autres estiment, par contre, que ces infractions seraient de la compétence d'une juridiction judiciaire de droit commun.

² Article 164 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 (**Const.**) ; articles 72-80 et 100-107 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle (**LO**), articles 57 et 58 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015 (**RI**).

³ Article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 108 in fine de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

⁴ L'article 7 de la Loi n° 18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués dispose que « **Tout ancien Président de la République élu jouit de l'immunité des poursuites pénales pour les actes posés dans l'exercice de ses fonctions.** » Comme on peut le constater aisément, cette disposition légale immunise seulement *les infractions commises dans l'exercice des fonctions du Président de la République* contre les poursuites après l'exercice de son mandat ; elle ne dit rien sur *les infractions commises à l'occasion de l'exercice des fonctions de Président de la République* qui, elles aussi, relèvent de la même catégorie que les premières. Ces dernières infractions, étant différentes de premières infractions, elles ne sont donc pas immunisées. En conséquence, elles peuvent être poursuivies.

Ce débat a été nourri par la récente position de la Cour constitutionnelle, sous R. Const. 1816 du 18 novembre 2022, siégeant en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR⁵, lors de laquelle cette haute juridiction a reviré sa jurisprudence sous RP 0001 du 15 novembre 2021 en se déclarant cette fois-ci compétente à juger un ancien Premier ministre pour les actes accomplis dans ou à l'occasion de ses fonctions.

Face à cette controverse, laquelle, entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction judiciaire de droit commun, est compétente pour connaître des infractions de droit commun commises par un ancien Premier ministre dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ? Quelle peut être la solution au regard de la loi et de la jurisprudence congolaises ?

Ce sont ces questions auxquelles nous tâcherons de répondre en passant en revue le champ pénal de cette haute juridiction ainsi que ses restrictions (I) et les arguments en faveur de sa compétence à connaître des infractions de droit commun commises par un ancien Premier ministre dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (II).

⁵ Après que la Cour constitutionnelle, siégeant en matière répressive sous RP 0001, s'est déclarée, en date du 15 novembre 2021, incompétente à juger un ancien Premier ministre, Augustin MATATA MPONYO MAPON, pour les infractions que celui-ci aurait commises dans l'exercice de ses fonctions, dans la mise en œuvre du Parc agropastoral de Bukangalanzo ; la Cour de cassation a été saisie, sous RP 09/CR, de mêmes faits et contre la même personne et ses coauteurs, Messieurs KITEBI KIBOL MVUL Patrice et GROBLER Christo, respectivement Directeur Général du Fonds de Promotion de l'Industrie et Administrateur Gérant de la société AFRICOM COMMODITIES. Il ressort que lors de l'audience publique du 14 juillet 2022, devant cette fois-ci la Cour de cassation, le prévenu MATATA MPONYO MAPON et ses coauteurs ont soulevé plusieurs exceptions dont celle de l'incompétence personnelle de la Cour de cassation, au motif que les dispositions de l'article 164 de la Constitution ne concernent que le Président de la République ou le Premier ministre en fonction, d'une part, et d'autre part, qu'aucun texte législatif ne prévoit le mode de poursuite d'un ancien Président de la République ou d'un ancien Premier ministre. Sans qu'elle n'ait jugé nécessaire d'examiner toutes les exceptions soulevées par les prévenus, la Cour de cassation s'est appesantie sur le moyen relatif au déclinatoire de compétence en relevant qu'il s'agit en réalité d'une exception d'inconstitutionnalité implicite qui nécessite l'application de l'article 162 de la Constitution. En conséquence, en se fondant sur les dispositions des articles 80 de la Loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à sa procédure et 108 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, par un arrêt avant dire droit, a sollicité de la Cour constitutionnelle de lui déterminer la portée exacte de l'expression « *les infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* », contenue dans l'article 164 de la Constitution, en ce que le prévenu MATATA MPONYO MAPON Augustin est poursuivi devant elle pour des faits posés dans la période où il exerçait les fonctions de Premier ministre. D'où l'arrêt de la Cour constitutionnelle sous R. Const. 1816 du 18 novembre 2022 par lequel cette haute juridiction a estimé, cette fois-ci, qu'elle serait compétente à juger un ancien Premier ministre pour les actes accomplis dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et cela, en totale contradiction avec sa position sous RP 0001 du 15 novembre 2021.

I- LE CHAMP PENAL DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ET SES RESTRICTIONS

Parlant de l'originalité de la Cour constitutionnelle de la RDC, Balingene Kahombo relève, en empruntant l'expression d'une autre doctrine⁶, le « *croisement des contentieux* ». A ce propos, il constate que la Cour constitutionnelle est à la fois *un juge pénal, un juge électoral, un juge de l'administration et un juge des pouvoirs politiques*.

La doctrine s'accorde à répartir les compétences de la Cour Constitutionnelle en deux⁷ : *compétences contentieuses*⁸ et *compétences non contentieuses*⁹. La présente réflexion n'aborde que la compétence pénale de la Cour constitutionnelle de la RDC et ses restrictions.

A- Le champ penal de la cour constitutionnelle

L'exercice d'un mandat politique ou d'une fonction publique peut s'accompagner de la violation de la loi pénale, pour que le juge répressif soit rendu compétent¹⁰.

Le besoin de réprimer les actes délictueux des gouvernants conduit le constituant à organiser la responsabilité pénale du président de la République et du premier ministre, en faisant de la Cour constitutionnelle le juge pénal du président de la République et du premier ministre¹¹.

Ainsi, le champ pénal de la Cour constitutionnelle peut être analysé du point de vue personnel (justiciables concernés) et du point de vue matériel (infractions visées).

⁶ J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires. Organisation. Juridictions. Gens de justice*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005, p.283.

⁷ Jean-Pierre MAVUNGU MAVUNGU-di-NGOMA, *La cour constitutionnelle en République Démocratique du Congo. Aperçu sur la compétence de la cour constitutionnelle et la procédure devant cette haute juridiction*, éd. universitaires africaines, SDNL, p. 29 et svtes ; Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *Traité de droit constitutionnel congolais*, éd. L'Harmattan, Paris, 2017, p. 92 et svtes ; LUZOLO BAMBI LESSA, *Traité de droit judiciaire : la justice congolaise et ses institutions*, éd. PUC, Centre de Recherche sur la Justice Transitionnelle (CRJT), Kinshasa, 2018, p. 375 et svtes.

⁸ Elle est la juridiction du *contrôle de constitutionnalité* (art 160 & 162 **Const.** ; 43-53 **LO**, 38-50 **RI**), de *l'interprétation de la constitution* (art 160, al 1 **Const.** ; 54-56 **LO** ; 51 **RI**), du *conflit de compétence ou d'attribution* (art 161, al 4 et 5 **Const.** ; 65-71 **LO** ; 52-53 **RI**), des infractions politiques et de droit commun commises par le Président de la république ou le Premier ministre (art 163 et 164 **Const.** ; 72-80 **LO** ; 57 et 58 **RI**) et du *contentieux électoral* (art 161, al 2 **Const.** ; 81 **LO** ; 54 **RI**).

⁹ Elle est la juridiction de *la réception en audience solennelle et publique du serment du Président de la République dans les 10 jours qui suivent les résultats définitifs* (art 74 **Const.** ; 81 **LO** ; 55 **RI**) ; de *la réception en audience publique et la communication à l'administration fiscale de la déclaration du patrimoine familial du Président de la République et des membres du gouvernement* (art 99 **Const.** ; 83 **LO** ; 71 **RI**) ; de *la constatation et la déclaration de vacance de la présidence de la république ainsi que, sur saisine de la CENI, la prorogation du délai des élections y relatives* (art 75 et 76 **Const.** ; 84-87 **LO** ; 56 **RI**) et de *la déclaration du caractère réglementaire d'un texte à caractère de loi, à la demande du gouvernement* (art 72 **RI**).

¹⁰ Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *op cit*, p. 95.

¹¹ *Idem*, Pp. 95 et 96.

1- Du point de vue personnel

Du point de vue personnel, la Cour constitutionnelle est compétente pour juger le Président de la république et le Premier ministre ainsi que leurs coauteurs et complices.

Ainsi, nous allons passer en revue le statut pénal de chacune de ces hautes personnalités dans les différentes Constitutions qui ont régi la République Démocratique du Congo.

1-1- Le Président de la république

Le président de la République est celui qui dispose une place de choix dans l'ordre politique et constitutionnel congolais. Il jouit d'une prééminence qui fait de lui « la clé de voûte » des institutions¹².

L'article 69 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 décrit exactement son importance en ces termes « *Le Président de la République est le Chef de l'Etat. Il représente la nation et il est le symbole de l'unité nationale. Il veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et des institutions ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, de la souveraineté nationale et du respect des traités et accords internationaux.* »

Il est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois¹³. Avec des fortunes diverses, les Constitutions congolaises aménagent les prérogatives présidentielles dans les domaines exécutif, législatif et juridictionnel¹⁴. Il dispose des pouvoirs étendus qui sont soit propres, soit partagés car soumis au régime du contreseing¹⁵.

Le régime pénal du Président de la République ou Chef de l'Etat en RDC a toujours varié avec les différentes Constitutions qui l'ont régie. S'il était inviolable¹⁶ sous le règne de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 (art 19)¹⁷, son régime répressif a été différemment régi selon qu'il

¹² NDJOLI ESENG'EKELI, J, *Droit constitutionnel. L'expérience congolaise (RDC)*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 201.

¹³ Article 70, al 1^{er} de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

¹⁴ Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *op cit*, p. 187.

¹⁵ Le contreseing est l'acte par lequel une autorité inférieure reconnaît l'existence effective de la décision de l'autorité supérieure et lui donne une force probante. Il remplit, d'abord, la fonction d'authentification et d'exécution d'une décision, ensuite, de transfert de responsabilité et, enfin, de protection du domaine visé (Idem, p. 197).

¹⁶ L'**inviolabilité** du Chef de l'Etat exclut qu'il puisse en principe faire l'objet de mesures de contrainte liées à la mise en œuvre de procédures juridictionnelles, qu'elles soient pénales ou civiles. Lire à ce sujet Jean-Marc SAUVE, « La responsabilité du chef de l'Etat en droit comparé », [En ligne], publié le 27 mars 2009. www.conseil-etat.fr (Consulté le 15/12/2022).

¹⁷ L'article 19 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 disposait que « La personne du Chef de l'Etat est inviolable ; le Premier ministre et les Ministres sont responsables. » Toutefois, l'article 40 de la même Loi ne consacrait que la

s'agit des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions (actes de la vie publique) ou qu'il s'agit des actes qui n'ont aucun rapport avec ses devoirs professionnels (actes de la vie privée). Cela a émergé aussi bien dans les Constitutions du 1^{er} août 1964 et du 24 juin 1967 que dans la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

Sous le règne de la Constitution de Luluabourg, du 1^{er} août 1964, le Président de la République, comme les membres du Gouvernement central d'ailleurs, relevait de la compétence pénale de *la Cour constitutionnelle*, en cas de haute trahison ou de violation intentionnelle de la constitution, et de la compétence pénale de *la Cour Suprême de Justice* pour tous les autres cas (art 72, al 2).

Dans la Constitution du 24 juin 1967 dite « révolutionnaire », si les membres du Gouvernement étaient *justiciables de la Cour suprême de justice* pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et pour toute autre infraction (art 35), le Président de la République, par contre, était *justiciable de la Cour constitutionnelle* aussi bien pour les des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions (*en cas de haute trahison ou de violation intentionnelle de la constitution*) et pour toute autre infraction aux lois pénales commise en dehors de ses fonctions (art 34). Toutefois, en attendant la création de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême de justice, la Cour d'Appel de Kinshasa exercerait les attributions dévolues à ces Cours¹⁸.

Durant la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, le Président de la République relève de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle pour les infractions politiques ci-dessous énumérées, les infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions¹⁹ ainsi que pour les crimes internationaux²⁰.

responsabilité pénale des ministres, sur accusation de l'une des chambres (Chambre des représentants ou Sénat) et cela, devant une Cour de justice siégeant au Congo. Celle-ci était composée de trois conseillers de la Cour de cassation de Belgique, désignés par son 1^{er} Président, d'un membre du parquet général à la Cour de cassation, désigné par son Procureur général et d'un greffier désigné par le 1^{er} Président. Cette disposition n'abordait rien de particulier concernant le Premier ministre, qui était aussi, suivant l'article 19 précité, responsable (politiquement comme pénalement).

¹⁸ Point VII du titre IX relatif aux dispositions transitoires de la Constitution du 24 juin 1967.

¹⁹ Article 164 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; articles 72 à 80 et 100 à 107 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 58 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

²⁰ Article 20 quater du Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais tel que modifié et complété par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 ; article 21 bis in fine du Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale tel que modifié et complété par la Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015.

Il est, pour les infractions commises en dehors de l'exercice de ses fonctions (infractions de la vie privée), durant l'exercice de son mandat présidentiel, justiciable d'une juridiction judiciaire de droit commun²¹ et cela, après l'exercice dudit mandat²².

De cet entendement, l'article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 se borne à prévoir, pour ces dernières infractions, *sans en déterminer la juridiction compétente*, que les poursuites contre le Président de la République sont suspendues jusqu'à l'expiration de son mandat et que, pendant ce temps, la prescription est suspendue.

Face à cette lacune constitutionnelle, l'article 108 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle précise, in fine, que la juridiction compétente, pour connaître de ces infractions (commises en dehors de l'exercice de ses fonctions), *est celle de droit commun*.

Ainsi, sachant qu'après son mandat, le Président de la République honoraire se revêt du statut de *Sénateur à vie*²³ et que les *Sénateurs étant justiciables de la Cour de cassation*²⁴ ; cette juridiction nous paraît ainsi compétente à connaître des infractions commises par le Président de la République en dehors de l'exercice de ses fonctions, durant son mandat.

Toutefois, contrairement à la procédure des poursuites des Sénateurs prévue par l'article 107 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ainsi que par les articles 73 à 79 de la loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la cour de cassation²⁵, la loi n° 18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la république élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués prévoit une procédure particulière, dérogatoire au droit commun, pour ce qui concerne

²¹ Article 108 in fine de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 69 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

²² Article 167, al 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 108, alinéas 2 et 3 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 69 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

²³ Article 104, alinéa 6 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 6 de la Loi n° 18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la république élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués.

²⁴ Article 153, point 1 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, article 93, point 1 de la Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

²⁵ Les deux textes prévoient une procédure d'autorisation accordée par soit le Sénat réuni en plénière (durant la session), soit le Bureau du Sénat (en dehors de la session).

les infractions commises par le Président de la République en dehors de l'exercice de ses fonctions (actuel Président honoraire et sénateur à vie).

En effet, l'article 108 de cette Loi dispose que « *Pour les actes posés en dehors de l'exercice de ses fonctions, les poursuites contre tout ancien Président de la République élu sont soumises au vote à la majorité des deux tiers des membres des deux Chambres du Parlement réunies en Congrès suivant la procédure prévue par son Règlement intérieur. Aucun fait nouveau ne peut être retenu à charge de l'ancien Président de la République élu.* »

1-2- Le Premier ministre

Le Premier ministre est le Chef du Gouvernement. Il assure l'exécution des lois et dispose du pouvoir réglementaire²⁶. Par décret délibéré en Conseil de ministre, il nomme aux emplois civils et militaires, autres que ceux pourvus par le président de la République. Ses actes sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution²⁷.

Le régime répressif du Premier ministre en RDC a varié avec les différentes constitutions qui l'ont régie. En effet, sous l'empire de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, l'article 19 disposait que « La personne du Chef de l'Etat est inviolable ; le Premier ministre et les Ministres sont responsables. »

Toutefois, l'article 40 de la même Loi ne consacrait que la responsabilité pénale des ministres, sur accusation de l'une des chambres (Chambre des représentants ou Sénat) et cela, devant une Cour de justice siégeant au Congo. Celle-ci était composée de trois conseillers de la Cour de cassation de Belgique, désignés par son 1^{er} Président, d'un membre du parquet général à la Cour de cassation, désigné par son Procureur général et d'un greffier désigné par le 1^{er} Président. Cette disposition n'abordait pas des aspects spécifiques concernant le Premier ministre, qui était aussi, suivant l'article 19 précité, responsable (politiquement et même pénalement). Face à cela, nous estimons qu'il était, pour sa responsabilité pénale, assimilé aux ministres ; étant donné surtout qu'il n'était pas inviolable.

Sous le règne de la Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964, le Premier ministre, membre du Gouvernement central, au même titre que les autres membres (ministres) ainsi que le Président de la République d'ailleurs, relevait de la compétence pénale de *la Cour*

²⁶ Articles 90, alinéa 2 et 92, alinéa 1^{er} de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

²⁷ Articles 92, alinéas 2, 3 et 4 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

constitutionnelle, en cas de haute trahison ou de violation intentionnelle de la constitution, et de la compétence pénale de la Cour Suprême de Justice pour tous les autres cas (art 72, al 2).

Dans la Constitution du 24 juin 1967 dite « révolutionnaire », les membres du Gouvernement (le Premier ministre y compris) étaient *justiciables de la Cour suprême de justice* pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et pour toute autre infraction (art 35). Toutefois, en attendant la création de la Cour suprême de justice, la Cour d'Appel de Kinshasa exercerait les attributions dévolues à cette Cour²⁸.

Sous la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, le Premier ministre, comme aussi le Président de la République, relève de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle pour les infractions politiques ci-dessous citées et les infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions²⁹ ainsi que pour les crimes internationaux³⁰.

Avec cette Constitution, les autres membres du Gouvernement³¹, autres que le Premier ministre, relèvent de la compétence pénale de la Cour de cassation³².

Il est, pour les infractions commises en dehors de ses fonctions c'est-à-dire pour les actes détachables de ses fonctions, commis durant l'exercice de son mandat de Premier ministre, justiciable d'une juridiction judiciaire de droit commun³³ et cela, après l'exercice de son mandat³⁴.

Comme pour le Président de la République, l'article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 se borne à prévoir, pour

²⁸ Point VII du titre IX relatif aux dispositions transitoires de la Constitution du 24 juin 1967.

²⁹ Article 164 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; articles 72 à 80 et 100 à 107 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 58 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

³⁰ Article 20 quater du Décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais tel que modifié et complété par la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 ; article 21 bis in fine du Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale tel que modifié et complété par la loi n° 15/024 du 31 décembre 2015.

³¹ Enumérant les membres du Gouvernement, l'article 90, alinéa 1 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 cite, en plus du Premier ministre, *les ministres, les Vice-ministres* et, le cas échéant, *les Vice-premier ministres, les ministres d'Etat et les ministres délégués*.

³² Article 153, point 2 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 93, point 2 de la Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

³³ Article 108 in fine de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 69 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

³⁴ Article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 108, alinéas 2 et 3 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 69 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

ces dernières infractions, *sans en déterminer la juridiction compétente*, que les poursuites contre le Premier ministre sont suspendues jusqu'à l'expiration de son mandat et que, pendant ce temps, la prescription est suspendue.

Pour résoudre cette lacune constitutionnelle, l'article 108 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle précise, in fine, que la juridiction compétente, pour connaître de ces infractions (commises en dehors de l'exercice de ses fonctions), *est celle de droit commun*.

Il importe de mentionner que si, pour le Président de la République, cette juridiction est la Cour de cassation, car étant sénateur à vie après son mandat ; il n'en est pas forcément le cas pour le Premier ministre. Pour lui, cette juridiction sera déterminée, estimons-nous, par son statut d'après le mandat et cela, suivant qu'il sera bénéficiaire ou non d'un privilège de juridiction.

A titre illustratif, Bruno Tshibala n'a pas actuellement un statut pouvant lui faire bénéficier d'un privilège de juridiction ; alors que Samy Badibanga et Augustin Matata Mponyo sont actuellement Sénateurs. De son côté, Adolphe Muzito était Député national avant son invalidation (le dossier est en cours).

Ainsi, s'ils doivent être actuellement poursuivis pour *les infractions commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions de Premier ministre c'est-à-dire les actes détachables de leurs fonctions*, durant l'exercice de leurs mandats respectifs, la juridiction compétente sera déterminée par leurs statuts actuels. Ce serait, pour Bruno Tshibala, soit le Tribunal de paix, soit le Tribunal de grande instance suivant le taux de la peine, car ne bénéficiant plus de privilège de juridiction. Tandis que, pour ceux qui sont députés nationaux ou sénateurs, ce sera la Cour de cassation.

1-3- Les coauteurs et complices du Président de la république ou du Premier ministre

La corréité et la complicité sont deux modes qui matérialisent la participation criminelle telle que prévue par les articles 21 à 23 du Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015.

Prévue par les articles 21 et 21 bis de ce Décret, *la corréité ou la coactivité* consiste, pour plusieurs personnes, de concourir à la commission d'une seule infraction de façon directe. On parle alors de la participation directe. Le coauteur d'une infraction est celui qui a directement et

personnellement accompli des actes matériels constitutifs d'une infraction, en concours avec une ou plusieurs autres personnes, auteurs de la même infraction³⁵.

La corréité ou la coactivité se réalise par *l'exécution matérielle d'une infraction ou la coopération directe à une infraction, les aides et assistances indispensables et par la provocation privée et publique*³⁶.

Page | 312

Tandis que *la complicité*, prévue par les articles 21 ter et 22 du Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015, se réalise par *les instructions* données pour commettre une infraction déterminée, *les moyens fournis* et qui ont servi à la commission de l'infraction, *l'aide ou l'assistance* apportée à la commission de l'infraction ainsi que le fait de *loger habituellement certaines catégories de malfaiteurs*.

Au regard des articles 21 quater et 23 du même Décret, les coauteurs sont punis de la même peine que l'auteur de l'infraction, tandis que les complices sont punis de la moitié de la peine à encourir par l'auteur lui-même. En cas de la peine de mort ou de la servitude pénale à perpétuité, les complices sont punis d'une peine pouvant varier entre dix et vingt ans.

Toutefois, lorsqu'il s'agit des crimes internationaux, les complices encourrent la même peine que les auteurs eux-mêmes. Il en est de même en cas du *financement du terrorisme*³⁷.

Dans l'affaire Bukangalonzo, connu par la Cour constitutionnelle de la RDC sous RP 0001, l'auteur des faits, le Premier ministre honoraire Augustin Matata Mponyo, était poursuivi ensemble avec ses coauteurs, Messieurs Kitebi Kibol Mvul Patrice et Grobler Christo, respectivement Directeur Général du Fonds de Promotion de l'Industrie et Administrateur Gérant de la société Africom Commodities.

2- Du point de vue matériel

S'agissant des infractions de la compétence de la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo, il importe de noter que la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, à l'instar des constitutions qui l'ont précédée, fait une distinction entre les infractions « politiques », d'une part, et les infractions de « droit commun », d'autre part.

³⁵ PUNGWE NEMBA NZUZI, *Guide pratique des magistrats du parquet*, éd. SDEMJ, T1, en matière, Kinshasa, 2006, p. 87.

³⁶ Articles 21 et 21 bis du Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015.

³⁷ Article 41 de la Loi n° 04/016 du 19 juillet portant lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

La cour constitutionnelle tranche sur les comportements individuels des autorités publiques, sur des incriminations de nature politique³⁸ : la haute trahison, l'outrage au Parlement, l'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que le délit d'initié et les autres infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

A ces infractions, s'ajoutent les crimes internationaux dont la qualité officielle de Chef d'Etat ou de gouvernement n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine³⁹.

Ainsi, nous allons passer en revue et clarifier successivement :

- Les infractions politiques retenues ;
- Les infractions de droit commun commises dans l'exercice des fonctions de Président de la république ou de Premier ministre ;
- Les infractions de droit commun commises à l'occasion de l'exercice des fonctions de Président de la république ou de Premier ministre ;
- Les crimes internationaux.

2-1- Les infractions politiques

La Cour Constitutionnelle est compétente, en matière répressive, pour juger certaines infractions revêtant un caractère politique prononcé et ayant un lien spécifique avec le respect de la Constitution⁴⁰. LUZOLO B. justifie cette compétence par la protection de la Constitution contre les violations et abus de la part des autorités publiques⁴¹.

Parmi les infractions qualifiées de « politiques », l'article 164 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ainsi que l'article 72, alinéa 1 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle énumèrent : *la haute trahison, l'outrage au Parlement, l'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que les délits d'initié.*

³⁸ Jean-Pierre MAVUNGU MAVUNGU-di-NGOMA, *op cit*, p. 32.

³⁹ Article 20 quater du décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais tel que modifié et complété par la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 dite « Loi de mise en œuvre du statut de Rome de la CPI ».

⁴⁰ JL ESAMBO KANGASHE, cité par NGOTO NGOIE NGALINGI, *L'essentiel du droit pénal congolais*, PUC, KIN, 2018, p. 108.

⁴¹ LUZOLO BAMBI LESSA, *op cit*, p. 381.

Toutes ces infractions peuvent être commises soit par le Président de la République, soit par le Premier ministre. Toutefois, l'outrage au parlement ne peut être commis que par le Premier ministre.

a. La haute trahison

La haute trahison est le fait, pour le Président de la République, de violer intentionnellement la Constitution ou lorsque lui ou le premier ministre sont reconnus auteurs, coauteurs ou complices de violations graves et caractérisées des droits de l'homme ou de cession d'une partie du territoire national⁴².

L'article 74 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle met au compte de la haute trahison :

- l'institution ou la tentative d'instituer un parti unique sous quelque forme que ce soit⁴³ ;
- le manque, pour le Président de la République, à son devoir de sauvegarder l'unité de la République et l'intégrité de son territoire⁴⁴ ;
- le détournement des forces armées de la République aux fins propres⁴⁵ ;
- l'organisation des formations militaires, paramilitaires ou des milices privées ou l'entretien d'une jeunesse armée⁴⁶.

La haute trahison est punie de la servitude pénale à perpétuité⁴⁷. L'article 175 de l'Arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets dispose que « L'officier du Ministère public *devra obligatoirement exercer son recours à toutes fins utiles*, toutes les fois que *le prévenu aura été condamné à la peine de mort ou de servitude pénale à perpétuité*. La peine de mort prononcée en dernier ressort devra obligatoirement faire l'objet d'un recours en grâce. »

b. L'atteinte à l'honneur et à la probité

⁴² Article 165, alinéa 1 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; Article 73 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

⁴³ Article 7, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

⁴⁴ Article 69 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

⁴⁵ Article 188, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

⁴⁶ Article 190 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011.

⁴⁷ Article 75 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

Cette infraction est prévue par les articles 165, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ainsi que 76 et 77 de La loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

L'atteinte à l'honneur résulte d'un comportement personnel du Président de la République ou du Premier ministre qui est contraire aux bonnes mœurs. Pour sa meilleure définition, l'article 76, alinéa 2 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle dispose que « L'atteinte à l'honneur est constituée des faits définis dans les sections III et IV du titre VI du Code Pénal, Livre II... »

En effet, le titre VI de ce Code se rapporte aux infractions contre l'ordre de famille. Dans la section III de ce titre, ce Code sanctionne l'incitation des mineurs à la débauche (art 172), le proxénétisme (art 174 b), la prostitution forcée (art 174 c), le harcèlement sexuel (art 174 d), l'esclavage sexuel (art 174 e), le mariage forcé (art 174 f), la mutilation sexuelle (art 174 g), la zoophilie (art 174 h), le trafic et l'exploitation des enfants à des fins sexuelles (art 174 j), la grossesse forcée (art 174 k), la stérilisation forcée (art 174 l), la pornographie mettant en scène les enfants (art 174 m) ainsi que la prostitution des enfants (art 174 n).

La section IV du titre VI du même Code se rapporte aux outrages publics aux bonnes mœurs (art 175 à 178). L'atteinte à l'honneur est punie des peines privatives de liberté qui y sont prévues ainsi que d'une amende de dix à cinquante millions de Francs congolais⁴⁸.

Il y a **atteinte à la probité** lorsque l'un ou l'autre est reconnu auteur, coauteur ou complice de malversations, de corruption ou d'enrichissement illicite⁴⁹.

L'atteinte à la probité est constituée des faits prévus dans la section VII du titre IV du Code Pénal Livre II et est punie des mêmes peines. Celle-ci se rapporte à la corruption (art 147 à 149), aux rémunérations illicites accordées aux employés des personnes privées (art 150 a-d), au trafic d'influence (art 150 e), aux abstentions coupables (art 150 f-g).

c. Le délit d'initié

Aux termes des articles 165, alinéa 3 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 et 78 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre

⁴⁸ Article 76, alinéa 2 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

⁴⁹ Article 77 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, le délit d'initié existe, lorsque le Président de la République ou le premier ministre effectue des opérations, sur valeurs immobilières ou sur marchandises, à l'égard desquelles il possède des informations privilégiées et dont il tire profit, avant que ces marchandises soient connues du public.

Il englobe l'achat ou la vente d'actions fondée sur des renseignements qui ne seraient jamais divulgués aux actionnaires.

Le délit d'initié est sanctionné d'une servitude pénale principale de dix à vingt ans et d'une amende de dix à cinquante millions de Francs congolais⁵⁰.

d. L'outrage au parlement

Aux termes des articles 165 in fine de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 et 79 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, l'outrage au parlement est acquis lorsque, sur des questions posées par l'une ou l'autre chambre sur l'activité gouvernementale, le premier ministre ne fournit aucune réponse dans un délai de trente jours.

Il est puni de cinq à dix ans de servitude pénale principale⁵¹.

2-2- Les infractions de droit commun

Principalement, on oppose les infractions de droit commun aux infractions politiques et militaires⁵². Il s'agit des infractions à l'égard desquelles s'appliquent les règles pénales ordinaires⁵³. Autrement, ce sont les infractions qui ne connaissent pas un régime juridique particulier⁵⁴.

Ces infractions sont prévues par le Décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais ainsi que par ses diverses lois modificatives et complémentaires dont la dernière en date est la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 dite « Loi de mise en œuvre du statut de Rome de la CPI ».

Pour ce qui est de ces infractions, il convient de mentionner que la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, à l'instar des Constitutions

⁵⁰ Article 78 in fine de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

⁵¹ Article 79, alinéa 2 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

⁵² Xavier PIN, *Droit pénal général*, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 46 ; Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 25^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 192

⁵³ Herald RENOUT, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd. Larcier, Bruxelles, 2013, p. 104.

⁵⁴ Idem.

qui l'ont précédée, fait une distinction entre les infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre c'est-à-dire les infractions de leur « vie publique » et celles commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions c'est-à-dire les infractions de leur « vie privée ».

Dans cette partie, nous allons nous borner à analyser les infractions de la « vie publique » de Président de la République ou de Premier ministre c'est-à-dire les infractions de droit commun commises dans l'exercice des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre ainsi que celles commises à l'occasion de l'exercice des mêmes fonctions, étant donné qu'elles relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle.

Les infractions de leur vie privée c'est-à-dire celles commises en dehors de l'exercice des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre sont analysées dans la partie suivante, car ne relevant pas de la compétence de la Cour constitutionnelle.

❖ ***Les infractions de droit commun commises dans l'exercice des fonctions de Président de la république ou de Premier ministre (actes de la vie publique)***

Les infractions commises dans l'exercice des fonctions sont celles qui sont subornées à un lien avec les fonctions c'est-à-dire celles ayant un lien avec les droits et devoirs liés aux missions d'intérêt général⁵⁵. L'expression « dans l'exercice des fonctions » suppose que l'agent ait été en train de procéder à l'un des actes de sa fonction⁵⁶.

Pour la jurisprudence, le lien avec les fonctions est établi dès que l'agent est en train d'exécuter un acte de sa fonction, même si ce dernier est entaché d'irrégularité⁵⁷. Si l'exigence d'un rapport avec les fonctions est systématiquement au cœur de la répression, quel que soit son degré d'intensité, c'est parce qu'un tel lien rattache les comportements aux droits et devoirs liés à ces missions d'intérêt général : le but du droit pénal est d'assurer l'exercice de ces dernières sans entrave⁵⁸.

Siégeant, sous R. Const. 1816 ci-haut rappelé, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous

⁵⁵ Marion WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », [En ligne], publié le 1^{er} avril 2019. www.Cairn.info (Consulté le 25/03/2022).

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Crim, 17 avril 1991, Bull. Crim. n° 91 ; 7 févr. 1995, Bull. Crim, n° 51 ; 1996, p. 131, obs. J-P Delmas-Saint-Hilaire, citée par Marion WAGNER, *op cit*.

⁵⁸ Marion WAGNER, *op cit*.

RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC a, se référant presque à la définition par nous donnée auparavant⁵⁹ grâce à la doctrine précitée, noté, en des termes un peu similaires, qu'« une infraction commise dans l'exercice de leurs fonctions » suppose d'abord, qu'elle ait été commise par le Président de la République ou le Premier ministre en fonction.

Ensuite, il faut que le Président de la République ou le Premier ministre ait été en train de procéder à l'un des actes de sa fonction, c'est-à-dire être dans une situation d'exercice de ses fonctions.

Les devoirs du président de la République résultent essentiellement des termes de son serment constitutionnel, qui est un engagement solennel de comportement d'une personne, lors de la prise de ses fonctions ou une promesse de fidélité ou de loyauté envers une nation, un peuple ou une autorité politique⁶⁰. Le non-accomplissement de cette exigence peut priver à la personne concernée la sécurité juridique et la protection dont elle est en droit de bénéficier⁶¹.

Les devoirs du premier ministre résultent des attributions lui assignées aussi bien par la Constitution que par les lois et actes réglementaires.

Ainsi, parmi les infractions de droit commun que le Président de la République ou le Premier ministre peut commettre dans l'exercice de ses fonctions, nous pouvons citer : le détournement des deniers publics, la concussion, la corruption, le faux en écriture et l'usage des faux etc.

Il est important de préciser que certaines de ces infractions rentrent déjà dans la définition de l'infraction politique d'atteinte à la probité, analysée ci-haut⁶².

❖ ***Les infractions de droit commun commises à l'occasion de l'exercice des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre (actes de la vie publique)***

L'expression « infractions commises dans l'exercice des fonctions » n'est pas à confondre avec celle « d'infractions commises à l'occasion de l'exercice des fonctions ».

⁵⁹ En effet, l'arrêt de la Cour constitutionnelle définissant cette expression est intervenu le 18 novembre 2022, alors que, pour notre part, nous définissions déjà cette expression le 04 avril 2022, lors du Colloque relatif au 7^{ème} anniversaire de la Cour constitutionnelle de la RDC, organisé par l'Université de Lubumbashi les 04 et 05 avril 2022.

⁶⁰ AVRIL R. et GICQUEL P, cités par Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *op cit*, p. 185.

⁶¹ Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *op cit*, p. 185.

⁶² Article 165, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; Article 77 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

Une infraction commise « à l'occasion des fonctions » suppose qu'elle ait été perpétrée en dehors des fonctions, mais en raison des actes professionnels accomplis dans le cadre de la mission : si un lien avec les fonctions est bien exigé, il n'est pas direct⁶³.

Siégeant, sous R. Const. 1816 ci-haut cité, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC a, se référant presque à la définition par nous donnée auparavant⁶⁴ grâce à la doctrine suscitée, mentionné, en des termes similaires, qu'« une infraction commise à l'occasion de l'exercice des fonctions » suppose qu'elle ait été perpétrée en dehors des fonctions, mais en raison des actes professionnels accomplis dans le cadre de la mission : si un lien avec les fonctions est bien exigé, il n'est pas direct⁶⁵.

Par ailleurs, renchérit-elle, une interprétation téléologique ou finaliste de l'article 164 de la Constitution renseigne clairement que, les infractions commises par un Président de la République ou le Premier ministre à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, et qui rentrent dans les catégories énumérées, sont donc punissables car elles ne sont pas couvertes par une immunité de fonction.

C'est le cas des imputations dommageables, des injures publiques ou coups et blessures à l'occasion d'un Conseil des ministres ou des réponses réservées à l'exercice d'un mandat parlementaire (motion de censure ou de défiance, Question orale, enquête parlementaire...).

2-3- Les crimes internationaux

La criminalité internationale sous ses multiples facteurs est une réalité indéniable de nos jours à travers la planète, disait Akele Adau⁶⁶. C'est pour répondre à cette triste réalité que les Etats et les Organisations Internationales condamnent sévèrement les actes qualifiés de crimes « internationaux ».

Le Statut de Rome, adopté le 17 Juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} Juillet 2002, instituant la Cour Pénale Internationale (CPI), sanctionne :

- Les crimes de génocide (art 5 et 6 du statut de Rome) ;
- Les crimes contre l'humanité (art 5 et 7) ;

⁶³ Marion WAGNER, *op cit*.

⁶⁴ En effet, l'arrêt de la Cour constitutionnelle définissant cette expression est intervenu le 18 novembre 2022, alors que, pour notre part, nous définissions déjà cette expression le 04 avril 2022, lors du Colloque relatif au 7^{ème} anniversaire de la Cour constitutionnelle de la RDC, organisé par l'Université de Lubumbashi les 04 et 05 avril 2022.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ AKELE ADAU, cité par MUTATA LUABA, *Traité des crimes internationaux*, éd. Universitaires africaines, 2008, p.7.

- Les crimes de guerre (art5 et 8) ;
- Les crimes d'agression (non définis à l'art 5 du statut de Rome.

Les trois premiers crimes ont été intégrés dans l'arsenal juridique congolais par la Loi n° 15/021 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais. La Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le décret du 06 août 1959 portant code de procédure pénale prévoit les modalités de collaboration entre la justice congolaise et la CPI, considérée comme une juridiction subsidiaire⁶⁷.

Au regard des articles 21 bis, alinéas 3 et 4 et 21-13^{ème} de la Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le décret du 06 août 1959 portant code de procédure pénale, le Procureur Général près la Cour de Cassation et le Procureur Général près la Cour Constitutionnelle sont compétents pour coopérer avec la CPI dans les limites de leurs compétences respectives.

S'agissant des crimes internationaux, le principe applicable est celui du « **défaut de pertinence** » qui postule que « La qualité officielle de Chef d'Etat ou de gouvernement, de membre du gouvernement, de membre du parlement ou de représentant élu ou d'agent public de l'Etat n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine⁶⁸. »

B- Les restrictions a la competence penale de la haute Cour

La Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo n'a pas une compétence pénale étendue. Celle-ci est limitée aussi bien du point de vue personnel (ses justiciables) que du point de vue matériel (les infractions de sa compétence).

1- Du point de vue personnel

Si la Cour constitutionnelle est compétente pour juger le Président de la République et le Premier ministre, elle n'a pas une compétence pénale pour juger les personnes non revêtues de ces fonctions, lorsque celles-ci ne sont pas leurs coauteurs ou complices.

2- Du point de vue matériel

La Cour constitutionnelle n'est pas compétente à l'égard du Président de la République et du Premier ministre en ce qui concerne les infractions commises en dehors de l'exercice de leurs

⁶⁷ Article 21 octies de la Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le décret du 06 août 1959 portant code de procédure pénale.

⁶⁸ Article 20 quater du Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal congolais tel que modifié et complété par la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015.

fonctions c'est-à-dire les actes détachables de l'exercice desdites fonctions. Il s'agit des actes ou infractions qui n'ont rien à avoir avec l'exercice de leurs fonctions (*actes de la vie privée*).

A titre illustratif, nous pouvons mentionner : *le délaissement d'enfant, l'adultère, l'avortement, l'abus de confiance, l'escroquerie, l'incitation du mineur au suicide, le défaut de scolarisation de l'enfant, le vol simple ou qualifié, le meurtre ou l'assassinat, l'empoisonnement...*

Page | 321

Ces infractions bénéficient d'une immunité provisoire⁶⁹ c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être poursuivies qu'après l'exercice du mandat de Président de la République ou de Premier ministre⁷⁰. Les poursuites contre le Président de la République ou le Premier ministre sont suspendues jusqu'à l'expiration de son mandat et, pendant ce temps, la prescription est suspendue.

L'immunité provisoire est justifiée par le souci d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. L'implication du Président de la République (ou du Premier ministre) dans une procédure judiciaire risquerait de l'empêcher de remplir ses missions⁷¹.

L'article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, qui organise le régime des poursuites de ces infractions, ne *détermine pas la juridiction compétente* à connaître de cette catégorie d'infractions.

Pour résoudre cette lacune constitutionnelle, l'article 108 in fine de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle précise que la juridiction compétente, pour connaître de ces infractions (commises en dehors de l'exercice de ses fonctions), *est celle de droit commun*.

Il importe de mentionner que si, pour le Président de la République, cette juridiction est la Cour de cassation, car étant *sénateur à vie* après son mandat ; pour le Premier ministre, cette juridiction sera déterminée par son statut d'après le mandat et cela, suivant qu'il sera bénéficiaire ou non d'un privilège de juridiction.

⁶⁹ NDJOLI ESENG'EKELI, J, *op cit*, p. 207.

⁷⁰ Article 167, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 ; article 108, alinéas 2 et 3 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle ; article 69 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du 22 mai 2015.

⁷¹ Philippe ARDANT, « Responsabilité politique et pénale des Chefs d'Etat, des Chefs de Gouvernement et des ministres », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Année 2002, 54-2, p. 470. www.persee.fr (consulté le 02/04/2022)

Outre les infractions détachables des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre, la Cour constitutionnelle n'est pas non plus compétente pour connaître des infractions commises avant (antérieurement) et après (postérieurement) les fonctions susvisées.

II-LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA COMPETENCE PENALE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE A L'EGARD D'UN ANCIEN PREMIER MINISTRE

Page | 322

Tenant compte du cas précis de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle de la RDC à l'égard d'un ancien Premier ministre, pour les faits commis dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il se dégage, d'après nous, en dépit des débats élevés au Nord et au Sud, à l'Est et à l'Ouest, des arguments qui fondent cette compétence.

Ceux-ci se rapportent :

- 1- À la imitation de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire de droit commun à l'égard du 1^{er} ministre ;
- 2- Au critère de rattachement ou de liaison de l'acte à la fonction ;
- 3- Au moment d'appréciation de la qualité de l'auteur de l'infraction.

A- De la limitation de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire a l'égard du président de la republique et du premier ministre

Au regard des articles 164 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 et 72, alinéas 1 et 2 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, celle-ci est compétente pour connaître, d'une part, *des infractions politiques* de haute trahison, d'outrage au Parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que de délit d'initié et, d'autre part, *des infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice des fonctions* de Président de la République et de Premier ministre.

Il se dégage ainsi une sorte d'exclusivité de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle à l'égard de ces infractions.

Siégeant, sous R. Const. 1816 ci-haut évoqué, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC relève qu'il s'agit là d'un privilège de juridiction dont jouissent le Président de la République et le Premier ministre d'être jugés, pour les infractions à la Loi pénale commises par eux, par une juridiction à laquelle la Constitution attribue exceptionnellement compétence, en l'occurrence la Cour constitutionnelle.

Au regard de l'article 108 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, *les juridictions judiciaires de droit commun* n'ont reçu qu'une compétence limitée. En effet, elles ne peuvent connaître que des *infractions détachables des fonctions de Président de la République ou de Premier ministre*, qualifiés d'« infractions commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions » c'est-à-dire les infractions qui n'ont rien à avoir avec l'exercice desdites fonctions.

La compétence étant d'attribution, ces juridictions ne sont pas compétentes pour juger, d'une part, *les infractions politiques* de haute trahison, d'outrage au Parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que de délit d'initié et, d'autre part, *les infractions de droit commun commises dans ou à l'occasion de l'exercice des fonctions* de Président de la République et de Premier ministre, lesquelles infractions relèvent de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle.

Siégeant toujours, sous R. Const. 1816 ci-haut rappelé, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC a tenu à consolider notre position en soutenant que, pour les infractions prévues à l'article 164, le constituant a investi seule la Cour constitutionnelle, *à l'exclusion de toute autre juridiction*, de la compétence particulière, pour juger le Premier ministre pour les infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions y compris celles de droit commun parce qu'il s'agit des infractions spécifiques tant par leur nature que par des circonstances particulières de leur commission.

Dans un cas un peu similaire, la Cour de cassation française avait arrêté, en 1963, que la compétence de la Haute Cour excluait celle des juges de droit commun pour connaître des infractions pénales imputables aux membres du Gouvernement « pendant » leurs fonctions⁷².

En 1995, la même Cour s'est estimée compétente pour connaître des actes sans « rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat relevant des attributions du ministre » et donc des « comportements concernant la vie privée⁷³. »

Faisant l'interprétation de l'article 68-1 de la Constitution française du 04 août 1958 qui prévoit le régime pénal des membres du Gouvernement de la 5^{ème} République, Philippe Ardant

⁷² C. Cass, 14 mars 1963, de Blignières C/Frey, Bull Crim. 122, p. 143, citée par Philippe ARDANT, *op cit*, p. 471.

⁷³ C. Cass, 26 juin 1995, Carignon, JCP, 1995, IV, 2380, citée par Philippe ARDANT, *op cit*, p. 472.

conclut qu'aujourd'hui, la responsabilité pénale des ministres peut être mise en cause par deux voies⁷⁴ :

- Celle de la saisine de *la Cour de justice* de la République pour *les actes commis dans l'exercice des fonctions* et qualifiés de crimes ou délits par les lois en vigueur ;
- Celle des *juridictions ordinaires* pour *les actes commis*, même pendant l'exercice des fonctions, mais *sans liens avec les attributions du ministre* ou accomplis à l'occasion de leurs fonctions.

Page | 324

Comme on peut le remarquer, que ce soit en France ou en République Démocratique du Congo, le Constituant établit toujours deux juridictions : l'une ayant la compétence de connaître des actes ou infractions de la vie publique (attachables aux fonctions) ; l'autre (juridiction ordinaire) ayant la compétence de juger les actes de la vie civile (sans lien direct avec les fonctions).

B- Le critère de rattachement ou de liaison de l'acte à la fonction

Ce critère découle de l'emploi de l'expression « infractions commises dans ou à l'occasion de... ». Ce critère ne s'éteint pas par le fait de la cessation des fonctions publiques.

C'est dans ce sens que la défunte Cour Suprême de Justice avait arrêté, à propos, que « La Cour d'appel est compétente pour juger un ancien magistrat si les faits reprochés à ce dernier ont été commis dans l'exercice de sa fonction, pendant qu'il était encore magistrat et sont en relation avec son ancienne fonction⁷⁵. »

Kabumbu Mbinga Bantu, voit, dans cette cause, l'admission du principe de la rétroactivité du bénéfice de privilège au moment de la commission des faits⁷⁶. Ainsi, en cas de perte de privilège de juridiction, poursuit-il, deux situations se présentent⁷⁷ :

- Le prévenu conserve le privilège des juridiction pour des faits commis pendant qu'il en était bénéficiaire. Ainsi, un magistrat révoqué ou démissionnaire sera déféré devant le juge de son ancien grade au moment des faits.

⁷⁴ Philippe ARDANT, *op cit*, p. 472.

⁷⁵ CSJ, RPA, 67, 28/8/1981, Affaire MP et NTOTO ALEY ANGU C/ MUTOMBO NYEMA, Bulletin des arrêts de la CSJ, années 1980-1984, année d'édition 2001, Pp. 248-252, citée par DIBUNDA KABUINJI MPUMBUAMBUJI, *op cit*, p. 39 ; KATUALA KABA KASHALA, *Droit judiciaire zaïrois annoté*, éd. Asyst, KIN, 1995, p. 39, ODON NSUMBU KABU, *Cour Supreme de Justice. Héritage de demi-siècle de jurisprudence*, éd. Les analyses juridiques, Kinshasa, 2015, p. 172, KILALA Pene AMUNA, G, *Les attributions du ministère public et procédure pénale*, T I, éd. AMUNA, Kinshasa, 2006, p. 413.

⁷⁶ KABUMBU MBINGA BANTU, citée par ODON NSUMBU KABU, *op cit*, p. 173 (notes infrapaginales).

⁷⁷ *Idem*, p. 172.

- Le prévenu regagne son juge naturel pour des faits commis après la perte du privilège de juridiction.

Il s'ensuit que la qualité du prévenu lors de la procédure du jugement importe peu. Il peut, dans l'entre temps avoir été révoqué ou relevé de ses fonctions, il continuera cependant à jouir du privilège de juridiction⁷⁸.

Commentant l'arrêt précité, Kilala P. tire relève cette conséquence « Si ces faits n'avaient pas de lien avec la fonction, cet ancien magistrat doit être trainé devant la juridiction matériellement compétente, c'est-à-dire qu'il ne peut pas jouir du privilège de juridiction⁷⁹. »

Siégeant, sous R. Const. 1816 ci-haut mentionné, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC rappelle que le constituant situe le moment de la commission de ces faits, c'est-à-dire pendant que l'on exerce la fonction de Président de la République ou de Premier ministre, mais ne dit pas à quel moment les poursuites peuvent être exercées contre les titulaires de ces fonctions, pendant ou après l'exercice desdites fonctions.

Elle renchérit qu'en procédant à l'interprétation des dispositions combinées de l'article 164 de la Constitution et de l'article 72 de la Loi organique relative à la Cour constitutionnelle, il transparait qu'elles ne limitent pas les poursuites de l'ancien ministre pendant l'exercice de cette fonction.

Elle conclut que considérant les immunités qui les protègent durant leurs mandats respectifs et au regard de leurs poids politiques par rapport aux organes qui sont censés les mettre en accusation notamment le Parlement et le Procureur général près la Cour constitutionnelle, le Président de la république et le Premier ministre sont susceptibles d'être poursuivis ou traduits devant la Cour constitutionnelle compétente pour les juger une fois que leurs mandats ont pris fin. Cela est constitutionnel. D'ailleurs, il est aisé de pouvoir les poursuivre quand ils ne sont plus en fonction.

C- Du moment de l'appréciation de la qualité de l'auteur d'une infraction

Passant en revue la législation, la jurisprudence et la doctrine congolaises, il se dégage que l'appréciation de la qualité de l'auteur de l'infraction se situe soit au moment de la commission des faits, soit au moment des poursuites.

⁷⁸ CSJ, RPA26 du 04/05/1974 ; RPA37 du 29/11/1974 citée par KILALA Pene AMUNA, *op cit*, p. 410.

⁷⁹ KILALA Pene AMUNA, *op cit*, p. 413.

1- Appréciation de la qualité de l'auteur au moment de la commission de l'infraction

Deux textes législatifs consacrent l'appréciation de la qualité de l'auteur de l'infraction au moment de la commission des faits. Le premier, qui consacre ce principe de façon absolue, c'est la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant. En effet, l'article 98 de cette Loi prévoit qu'« Est pris en considération, l'âge au moment de la commission des faits. »

Le second qui consacre l'appréciation de la qualité de l'auteur de l'infraction soit au moment de la commission des faits, soit au moment des poursuites ; c'est la Loi n° 023-2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire telle que modifiée et complétée par la Loi organique n° 17/003 du 10 mars 2017.

Il en est ainsi libellé à l'article 104 de cette Loi « La compétence personnelle des juridictions militaires est déterminée par la qualité et le grade que porte le justiciable au moment de la commission des faits incriminés ou au moment de sa comparution. »

Faisant une lecture combinée des articles 104 et 119 de la Loi n° 023-2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire telle que modifiée et complétée par la Loi organique n° 17/003 du 10 mars 2017, il se dégage que l'appréciation de la qualité ou du statut de l'auteur de l'infraction s'apprécie au moment des faits *lorsqu'il s'agit d'une infraction instantanée* c'est-à-dire celle qui *est complètement réalisée* par l'accomplissement ou l'omission de l'acte défendu ou prescrit par la loi⁸⁰. Elle se réalise en un bref instant, de manière immédiate⁸¹.

C'est ainsi qu'il avait été jugé, par exemple, qu'était fondée l'exception d'incompétence de la Cour d'Appel de ce que, *revêtu du grade de chef de Division au moment de la commission des faits, le prévenu devenu directeur par la suite, n'était pas bénéficiaire du privilège de juridiction*⁸².

Siégeant, sous R. Const. 1816 ci-haut rappelé, en exception d'inconstitutionnalité et questions de constitutionnalité soulevées d'office par la Cour de cassation dans la procédure sous RP 09/CR, la Cour constitutionnelle de la RDC note que, dans le contexte congolais, faisant une interprétation systémique, l'interprétation donnée par le juge constitutionnel à une disposition constitutionnelle doit pouvoir s'insérer dans le système juridique et être replacée dans un contexte

⁸⁰ S'agissant des infractions instantanées, lire avec pertinence NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} éd., DES, Kinshasa, 2007, p. 205 ; Bernard BOULOC, *op cit*, p. 225 ; Xavier PIN, *op cit*, p. 107.

⁸¹ Herald RENOUT, *op cit*, p. 131.

⁸² CSJ, RPA121 du 23/12/1986, citée par KILALA Pene AMUNA, *Op cit*, Pp.172-173.

institutionnel large en prenant en considération d'autres articles du même texte ou même éventuellement d'autres règles de droit pour qu'ils s'éclaircissent les uns les autres, car ils forment un véritable ordonnancement des normes qui s'harmonisent aux principes reconnus dans ce système.

Elle renchérit que, dans le système congolais, la qualité pour bénéficier du privilège de juridiction s'apprécie aussi bien au moment de la commission de l'infraction que de celui des poursuites ou de la comparution du prévenu. En cela, poursuit-elle, le Code de justice militaire est éloquent en disposant, en son article 104, ce qui suit : « La compétence personnelle des juridictions militaires est déterminée par la qualité et le grade que porte le justiciable au moment de la commission des faits incriminés ou au moment de sa comparution. »

Ainsi, la Cour s'est estimée compétente à juger un ancien Premier ministre, en justifiant cela par le fait qu'en précisant seulement le moment de la commission de ces infractions « dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces fonctions », sans en indiquer à quelle période les poursuites peuvent être engagées ou ouvertes, le constituant a laissé expressément une porte grandement ouverte quant au choix du moment pour engager les poursuites, qui peuvent être initiées pendant que l'intéressé est en fonction ou après l'exercice de la fonction.

Et pour ce qui la concerne, la qualité ou le statut de l'auteur de l'infraction, du prévenu ou de l'accusé, qui détermine le juge compétent prévu à l'article 19 de la Constitution, auquel il a droit et qui est compétent pour le juger, est celui qui est le sien au moment de la commission de l'infraction⁸³.

Pour renforcer sa thèse, la Cour estime que c'est d'ailleurs dans ce contexte qu'elle est le juge naturel d'un ancien Premier ministre qui n'est plus en fonction au moment des poursuites conformément à l'article 99, alinéa 5 de la Constitution pour défaut de déclaration ou déclaration frauduleuse de son patrimoine ou encore en cas de soupçon d'enrichissement sans cause de son patrimoine à la fin de ses fonctions, alors que pour les autres membres du Gouvernement cette compétence relève de la Cour de Cassation.

2- Appréciation de la qualité de l'auteur au moment des poursuites

Si la lecture combinée des articles 104 et 119 de la Loi n° 023-2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire telle que modifiée et complétée par la Loi organique n° 17/003 du 10 mars 2017 nous a permis de conclure que l'appréciation de la qualité ou du statut de l'auteur

⁸³ La doctrine note que l'expression « l'infraction commise par... » situe clairement le privilège de juridiction lors de la commission de l'infraction (M. NKAYA BAYOKO, citée par KILALA Pene AMUNA, *op cit*, p. 410).

de l'infraction se fait au moment de la commission des faits pour les infractions instantanées ; la même lecture nous permet de comprendre que cette appréciation se fait au moment des poursuites pour les infractions continues, successives ou cintinuées c'est-à-dire celles qui se réalisent et perdurent tant que l'état de fait se prolonge dans le temps⁸⁴.

C'est dans ce contexte que l'article 119 de la Loi n° 023-2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire telle que modifiée et complétée par la Loi organique n° 17/003 du 10 mars 2017 « En cas *d'infraction continue* s'étendant d'une part sur une période où le justifiable relevait de la juridiction de droit commun et d'autre part, sur une période pendant laquelle il relève de la juridiction militaire ou vice versa, *la juridiction de sa dernière qualité est la seule compétente.* »

Ainsi, l'infraction commise par Matata Mponyo Mapon Augustin, Premier ministre honoraire, et ses coauteurs, ici *le détournement des deniers publics*, étant une infraction instantanée ; la juridiction compétente ne pourrait être que celle du temps de la commission des faits, au moment où le concerné était encore Premier ministre et donc « la Cour constitutionnelle ». Elle ne pourrait pas être la Cour de cassation, à cause du statut de Sénateur revêtu par le concerné au moment des poursuites.

Celle-ci pouvait l'être s'il s'agissait d'une infraction continue ayant commencé durant la période où le concerné était encore Premier ministre et qui s'est prolongée ou échelonnée durant la période où celui-ci est devenu Sénateur.

Conclusion

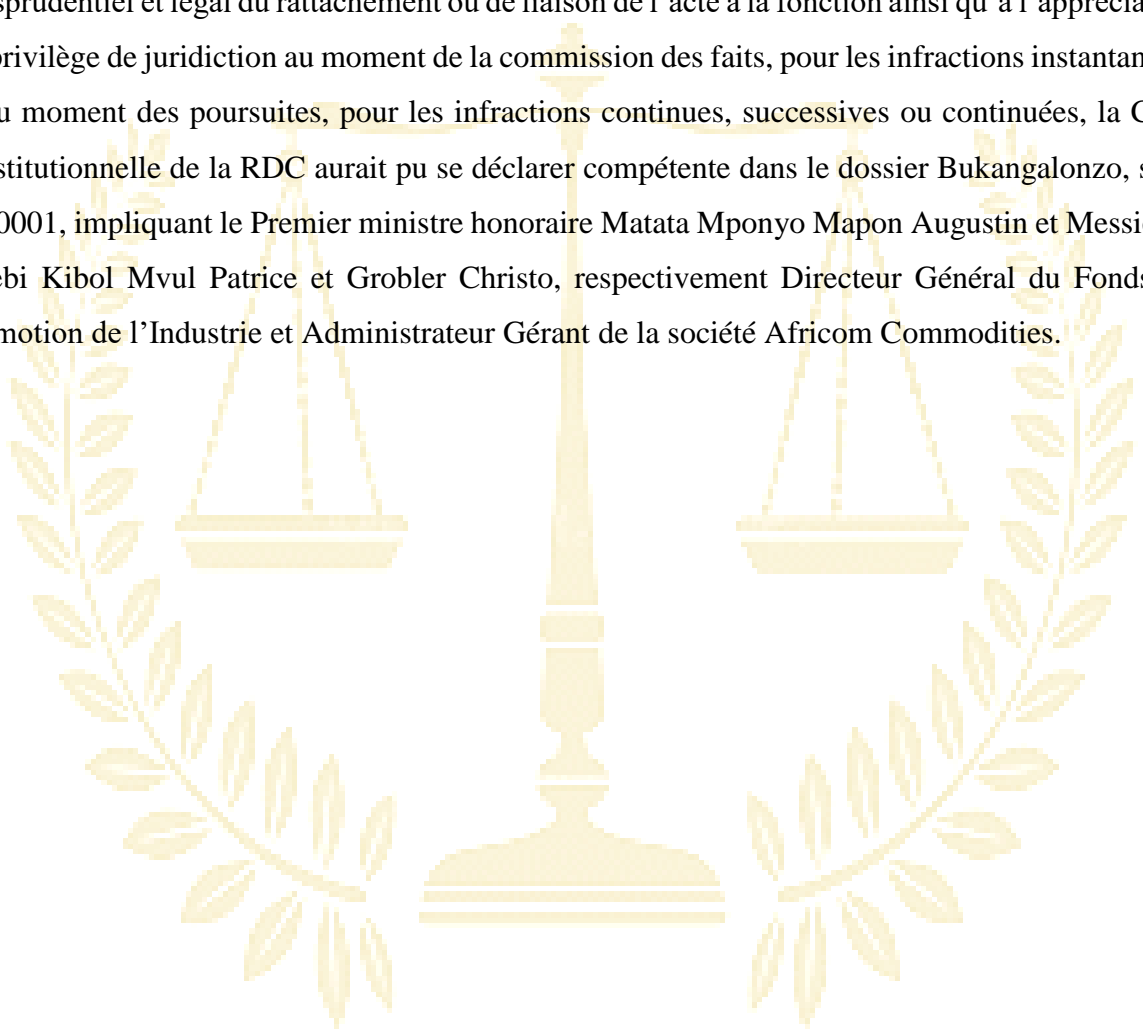
Depuis des lustres et partout ailleurs, le constituant établit toujours, pour ce qui concerne la responsabilité pénale du Président de la République et des membres du Gouvernement (ici, le Premier ministre), une distinction entre les actes accomplis dans l'exercice des fonctions c'est-à-dire ceux attachables ou liés à la fonction, d'une part, et les actes détachables de la fonction c'est-à-dire ceux n'ayant aucun rapport avec l'exercice de la fonction, d'autre part.

Cela est autant vrai en France qu'en République Démocratique du Congo. Pour la RDC, nous avons noté cela dans la Loi fondamentale du 19 mai 1960 (art 19 et 40), la Constitution du 1^{er} août 1964 (art 72, al 2), la Constitution du 24 juin 1967 (art 34 et 35) et la Constitution du 18

⁸⁴ S'agissant des infractions continues ou successives, lire également avec pertinence NYABIRUNGU Mwene SONGA, *op cit*, p. 206 ; Bernard BOULOC, *op cit*, p. 227 ; Xavier PIN, *op cit*, Pp. 107 et 108 ; Herald RENOUT, *op cit*, p. 131.

février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 (art 164 et 167), sans ignorer les prescrits des articles 72 et 108 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle.

Nous fondant sur les arguments liés à la limitation de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire à l'égard du Président de la République et du Premier ministre, au critère jurisprudentiel et légal du rattachement ou de liaison de l'acte à la fonction ainsi qu'à l'appréciation du privilège de juridiction au moment de la commission des faits, pour les infractions instantanées, et au moment des poursuites, pour les infractions continues, successives ou continuées, la Cour constitutionnelle de la RDC aurait pu se déclarer compétente dans le dossier Bukangalongo, sous RP 0001, impliquant le Premier ministre honoraire Matata Mponyo Mapon Augustin et Messieurs Kitebi Kibol Mvul Patrice et Grobler Christo, respectivement Directeur Général du Fonds de Promotion de l'Industrie et Administrateur Gérant de la société Africom Commodities.



La contrebande en droit répressif douanier de la zone CEMAC*Smuggling in repressive customs law in the CEMAC Zone*

Par:

MAMDOM TAGNE Sara MilcaDoctorante en Droit Privé
Université de Douala (Cameroun)

Page | 330

Résumé :

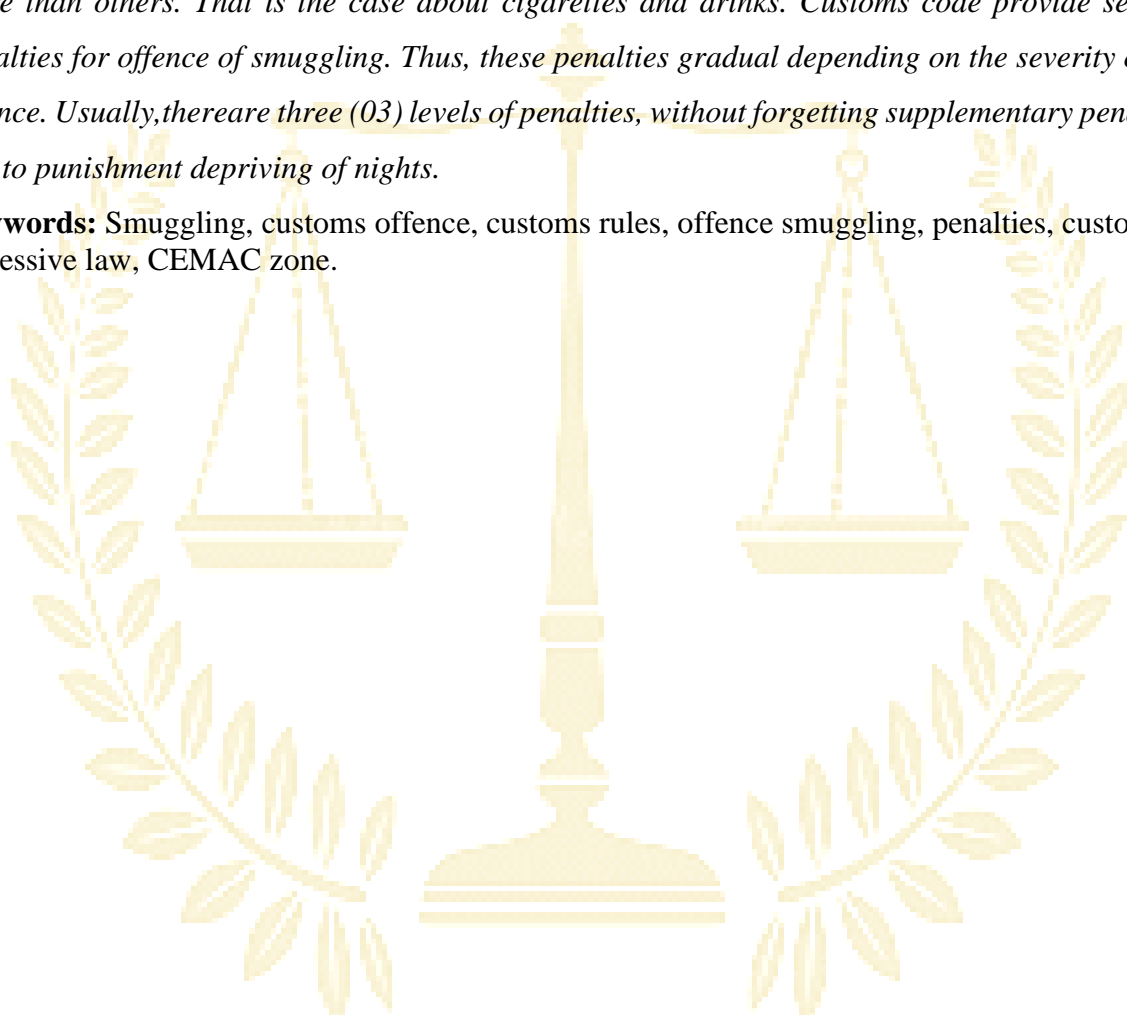
La contrebande de manière générale est l'introduction clandestine de marchandises dans un pays. Elle consiste aussi en l'importation ou l'exportation en dehors des bureaux de douane, voir en la violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier. Le délit de contrebande touche tous les secteurs et plus particulièrement certains secteurs d'activités. C'est notamment le cas en matière de tabac et d'alcool. Le code des douanes révisé de la CEMAC prévoit à cet effet, plusieurs types de peines pour le délit de contrebande. Ainsi, ces peines sont graduelles et dépendent de la gravité de l'infraction. On dénombre généralement trois (03) niveaux de sanctions, sans toutefois oublier les peines complémentaires à l'instar des peines privatives de droits.

Mots clés : Contrebande, infraction douanière, réglementation douanière, délit de contrebande, sanctions, droit répressif douanier, zone CEMAC.

Abstract:

Smuggling in general is the illegal introduction of goods into a country. It also consists of importing or exporting outside the customs office, or even the violation of legal and regulatory provisions relating to the possession and transport of goods inside the customs territory. The offence of smuggling concerns various areas of work however, it affects certain sectors of activities more than others. That is the case about cigarettes and drinks. Customs code provide several penalties for offence of smuggling. Thus, these penalties gradual depending on the severity of the offence. Usually, there are three (03) levels of penalties, without forgetting supplementary penalties like to punishment depriving of rights.

Keywords: Smuggling, customs offence, customs rules, offence smuggling, penalties, customs repressive law, CEMAC zone.



Introduction

Le code des douanes révisé de la CEMAC qui est entré en vigueur le 08 avril 2019 a été adopté au cours de la 33^{ème} session ordinaire du Conseil des ministres de l'UEAC¹, tenue le 22 mars 2018 par le règlement n°05/19-UEAC-010 A-CM- du 08 avril 2019 « portant révision du Code des douanes de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale » est venu abroger celui issu de l'acte N°8/65-UDEAC-37 du 14 décembre 1965 portant code des douanes de l'Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale (UDEAC)² ; bien qu'il ait été maintes fois amendé et complété. L'entrée en vigueur du nouveau code des douanes bien que ayant apporté quelques modifications visant à améliorer le climat des affaires et à faire évoluer la douane afin de s'adapter aux changements, à la modernisation n'est pas parfait car certains points de l'ancien code demeurent inchangés ; c'est le cas de la contrebande.

En effet, la contrebande d'envergure nationale, constitue l'une des infractions douanières³. Elle est contenue dans le code des douanes CEMAC révisé qui la définit de la manière suivante : « *La contrebande s'entend des importations ou exportations en dehors des bureaux ainsi que de toute violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier* »⁴.

Il est important de noter que la contrebande est une gangrène qui se propage à tous les différents modes de transport ; « on distingue à cet effet les transports terrestres, regroupant les transports routiers, ferroviaires et fluviaux, les transports aériens et maritimes »⁵.

Le nouveau code des douanes révisé de la CEMAC à travers les dispositions légales de ses articles 472 et 473 énumère plusieurs faits⁶, constitutifs de la contrebande: le phénomène de

¹ Union des Etats d'Afrique Centrale était une réunion économique créée le 02 avril 1968, sous l'impulsion du maréchal Mobutu Sese Seko, président de la République Démocratique du Congo. Ce projet ne fera pas long feu car victime de la non adhésion d'un grand nombre des pays Africain.

² Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale naît du traité de Brazzaville du 08 décembre 1964. Cet accord est accessible à tout Etat africain indépendant et souverain. Il comprend la République fédérale du Cameroun aujourd'hui République du Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale du Congo aujourd'hui République du Congo, la République Gabonaise. Elle est l'aboutissement d'une volonté de coopération et d'un mouvement de solidarité.

³L'art. 359 al.1 du code des douanes révisé de la CEMAC définit l'infraction douanière comme toute violation ou tentative de violation de la législation douanière.

⁴Art. 472 al.1 du code des douanes révisé de la CEMAC.

⁵ KENGUEP (E.), *Droit des transports terrestres, aériens et maritimes* », Ed CRAF, 2021, P.8.

⁶Ces faits en question concernent entre autres, les versements frauduleux ou embarquements frauduleux effectués soit dans l'enceinte des ports, soit sur les côtes, à l'exception des débarquements frauduleux visés à l'art. 479 al.1.

contrebande est sans doute l'une des infractions douanières qui cause le plus de tracasseries aux contrôles douaniers exercés dans les différentes frontières des pays de la sous-région Afrique Centrale. C'est pourquoi les Etats de la zone CEMAC⁷, d'un commun accord ont décidé de s'unir pour lutter contre ce délit douanier⁸ qui ne date pas d'aujourd'hui.

En effet, l'histoire de la contrebande est aussi longue et controversée, car elle remonte probablement à la date de la création de la première taxe⁹. Déjà, dans l'antiquité, on se livre à la contrebande. Bien avant notre ère, les carthaginois font entrer en Egypte, sans passer par les bureaux des collecteurs d'impôts, des vins et des tissus, qu'ils ont au préalable entreposés en cyrénaïque. A Rome, la contrebande consistait à faire franchir les frontières aux esclaves, sous le couvert de la toge blanche des citoyens romains. Ainsi, les contrebandiers ne s'acquittent pas de leurs droits pour l'introduction des esclaves dans l'Empire; et cela était récurrent malgré la sévérité du contrôle aux frontières, si l'on en croit *Cicéron*¹⁰.

Au moyen âge, les contrebandiers étaient nombreux : des différences de prix considérables existaient entre principautés voisines et ces différences entretenaient un courant clandestin continu de certains produits. Le sel, qui était soumis à *l'impôt de la gabelle*¹¹, fut à coup sûr l'objet de contrebande le plus connu de cette époque. Son prix dépendait exclusivement du bon plaisir du *Procureur des greniers à sel*¹². On comprend aisément pourquoi à cette époque et dans ces conditions, la contrebande était florissante. Les *faux sauniers*, tel était le nom des fraudeurs sur le sel, étaient innombrables et se trouvaient partout.

⁷La Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) a été créée en 1994 pour promouvoir l'intégration économique de six (06) pays partageant une monnaie commune, le franc CFA. Il s'agit du Cameroun, République Centrafricaine, République du Congo, du Gabon, de la Guinée Equatoriale et du Tchad.

⁸Le délit douanier est une infraction donnant lieu à des peines, non seulement pécuniaires, mais aussi et surtout privatives de libertés. Les délits douaniers se divisent en trois (03) classes, voir art. 469 à 471 du code des douanes CEMAC révisé.

⁹La taxe est une espèce de prélèvement fiscal ou parafiscal. Au sens propre, c'est un prélèvement obligatoire de la même nature que l'impôt mais destiné à financer un service public déterminé, et dû par les seuls usagers du service. Voir CORNU (G) *vocabulaire juridique*, 12^e éd, Paris, PUF, 218, P. 1017.

¹⁰ Cicéron était un homme d'Etat Romain et brillant orateur né le 03 Janvier l'an 106 avant Jésus-Christ à Arpinum. C'était un philosophe et écrivain latin.

¹¹ L'impôt de la gabelle est un impôt complexe du fait de la diversité de ses modes de perception, de ses applications et de ses exemptions. Le Roi ne produit pas le sel, mais exerce un contrôle sur la vente, qui est du ressort des fermiers généraux et des gabelleurs.

¹²Agent des greniers déchargé de ses activités commerciales et fiscales ; il se consacre principalement à des fonctions de police et justice pour lesquelles il a été créé en tant que procureur.

C'est tantôt le paysan ou le soldat en congé d'hiver, car l'un et l'autre mal payés, mal nourris, trouvaient alors dans le *faux saunage*¹³ de quoi améliorer leurs conditions de vie en se faisant quelques revenus de plus.

Par ailleurs, il faut préciser qu'en Afrique, la contrebande s'est accentuée avec l'arrivée des Colons, à cause du trafic commercial qui devenait de plus en plus dense entre les pays frontaliers. De nos jours, les réalités sont quasiment les mêmes, car dans la sous-région, le pourcentage de contrebande va croissant, malgré les efforts que les administrations des Etats membres de la CEMAC font pour la combattre.

Ainsi, *l'évolution historique de la contrebande au Cameroun nous renseigne qu'elle a véritablement pris corps au lendemain de la signature du traité franco-britannique du 06 mars 1916 qui plaçait le Western Cameroon sous la souveraineté de la Grande Bretagne*¹⁴. L'arrivée des premiers **Igbo**¹⁵, au sud dans le périmètre actuel des départements du Ndian et de la Manyu engendra un petit commerce frontalier traditionnel non contrôlé. C'est ainsi qu'en 1927, les premiers ressortissants du *Northern Cameroon* allèrent se procurer quelques produits au-delà de la frontière sans parfois tenir compte de la réglementation douanière. Nonobstant ce qui précède, il faut relever que les administrations douanières en général et celle du Cameroun en particulier, multiplient aujourd'hui des stratégies susceptibles de ralentir l'avancée de ce fléau qui dans les caisses des Etats chaque année, est la cause d'énormes déficits financiers¹⁶.

Bien qu'elle n'ait l'air de rien, la contrebande constitue un danger énorme aussi bien pour les finances que pour l'économie, la société, la sécurité et la santé. Elle connaît un énorme essor ces derniers temps mettant ainsi à mal le bien-être de tous.

Dès lors, l'on doit préciser qu'il existe généralement (02) deux types de contrebandes : la *contrebande ouverte* et la *contrebande technique*. La première intervient lorsque le contrôle douanier est esquivé, par exemple, rechercher un itinéraire alternatif qui permette de passer d'un pays à un autre sans autre restriction. La seconde intervient cependant par tromperie. Il peut arriver

¹³Il s'agit de la contrebande du sel entre les différentes provinces de France et vendu en fraude, sans paiement de la gabelle.

¹⁴Voir Kengne Fodouop, « La contrebande entre le Cameroun et le Nigéria », les cahiers d'outre-mer, 1988, PP. 5-25.

¹⁵Les igbo sont une ethnie originaire du Sud-Est du Nigeria.

¹⁶Le déficit financier est la situation dans laquelle le besoin de financement d'un pays est supérieur à ses ressources existantes.

que le produit de contrebande soit soigneusement conservé dans la poche cachée d'une valise. De cette façon, l'agent de contrôle ne peut malheureusement pas l'identifier.

En outre, l'on a tendance à confondre la contrebande à la contrefaçon. La principale différence entre les deux (02) notions réside dans l'authenticité du produit. Ainsi, la contrebande consiste en l'importation de produits authentiques, mais cette importation se fait de manière illégale ; tandis que la contrefaçon quant à elle, intervient par l'entremise d'une imitation ou d'une reproduction d'un quelconque produit.

Par extension, la contrebande désigne le transport illégal de marchandises ou de personnes, en particulier au travers des frontières, ceci afin d'éviter de payer des taxes et droits de douane¹⁷ ; ou de faire entrer des produits interdits dans un pays ou, inversement, d'en faire sortir malgré l'interdiction.

Ainsi, l'analyse de ce sujet sous-entend une double interrogation à savoir : Comment se manifeste la contrebande à la lumière du nouveau code des douanes révisé de la CEMAC? Et quelles sont les mécanismes susceptibles de l'éradiquer ? Pour répondre à ces préoccupations majeures, les différentes hypothèses envisagées précisent en effet que la contrebande se manifeste à travers les actes frauduleux au mépris des dispositions législatives et réglementaires, et parfois même en l'absence d'accomplissement des formalités administratives et fiscales liées à un régime douanier. Ainsi, pour mettre fin à un tel phénomène, le renforcement des contrôles internes et la création des "taskforces"¹⁸, à travers le soutien politique des autorités de la sous-région CEMAC serait nécessaire pour la stabilité et la transparence des activités douanières.

D'un point de vue juridique, l'intérêt de ce sujet nous permet de mettre en exergue le cadre normatif des activités douanières à travers leurs instruments juridiques avec l'entrée en vigueur du nouveau code des douanes révisé de la CEMAC, dans le but de limiter les délits de contrebande.

¹⁷Un droit de douane est un droit d'importation (tarif) perçu sur les marchandises entrant dans un pays, conformément à la liste tarifaire du pays. En général, l'autorité ou l'agence en douane d'un pays impose et perçoit les droits de douane. Il faut néanmoins préciser que les droits de douane diffèrent selon les produits.

¹⁸La taskforce est définie comme étant un groupe constitué en vue de mener à bien une mission particulière. Dans le contexte douanier, elle permet de lutter contre les arnaques, la fraude et la contrebande.

D'un point de vue pratique, la prise en compte des ateliers¹⁹ de coopération sous régionale en Afrique Centrale et de l'adhésion du Cameroun à des conventions extra-communautaires permettent d'améliorer voire d'optimiser les services de contrôle dans nos frontières afin de renforcer la lutte contre les délits de contrebande.

Dans le cadre méthodologique de notre étude, les entrevues individuelles et de groupes ont été effectuées pour récolter le maximum de sources sur le sujet. L'exploitation des archives a également fait l'objet d'une investigation dans le but d'établir un bilan déductif des faits et informations recueillis. De plus, l'exégèse juridique nous a également été très utile, car elle nous a permis de mieux cerner le cadre légal du délit de contrebande à travers l'interprétation des textes, tant sur le plan national que sur le plan international.

A cet effet, notre réflexion sur le sujet s'articulera autour de deux idées principales. Dans une première approche, nous présenterons la contrebande comme une infraction manifestement grave au regard de la réglementation douanière en zone CEMAC (I) et dans une seconde approche, l'on envisagera la contrebande comme une infraction nécessitant une éradication non pas seulement à travers la répression mais aussi par la prévention en zone CEMAC (II).

I- LA CONTREBANDE : UNE INFRACTION STATIQUE AU REGARD DE LA RÉGLEMENTATION RÉPRESSIVE DOUANIÈRE DE LA CEMAC

La contrebande est un délit réprimé par la réglementation douanière de la CEMAC. La gravité de cette infraction est qu'elle est susceptible de générer une perte énorme pour le Trésor Public d'un Etat ; entraînant ainsi d'importants déficits financiers. L'application du nouveau code des douanes révisé de la CEMAC n'influence pas cette infraction qui ne connaît aucune évolution et dans le cadre de notre étude sur la question, nous allons nous appesantir à le démontrer aussi bien au niveau des acteurs du délit de contrebande (A) qu'en ce qui concerne ses effets (B).

A- Les principaux acteurs du délit de contrebande

Les actes de contrebande restent les mêmes malgré l'entrée en vigueur du nouveau code des douanes révisé de la CEMAC. Ils sont diversifiés et exercés par des contrebandiers, considérés comme des infracteurs, qui violent des dispositions légales ou réglementaires relatives à la

¹⁹Il s'agit du rapport de l'atelier de haut niveau sur la lutte contre la fraude et la contrebande de diamants bruts en Afrique Centrale de Février 2022.

détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier²⁰. Ce triste constat nous amène à analyser l'attitude des principaux précurseurs de la contrebande qui généralement se composent des acteurs extrinsèques du délit de contrebande (1) et ceux dit intrinsèques au délit de contrebande (2).

1- Les acteurs extrinsèques du délit de contrebande

Les acteurs extrinsèques du délit de contrebande sont des hors-la-loi qui transgressent la réglementation douanière sans pour autant faire partie de l'administration ou du personnel de la douane. C'est le cas par exemple des opérateurs économiques véreux et des voyageurs clandestins pour ne citer que ceux-là, qui sont à l'origine des versements frauduleux ou des embarquements frauduleux effectués, soit dans l'enceinte du port, soit sur les différentes côtes du territoire douanier des Etats.

Ces auteurs de ladite infraction douanière sont parfois responsables des manœuvres ayant pour but d'altérer ou de rendre inefficaces les moyens de scellement, de sûreté ou d'identification et, d'une manière générale, constitue un fait de contrebande toute fraude douanière relative au transport de marchandises expédiées sous un régime suspensif²¹.

Les contrebandiers, auteurs du commerce illicite d'espèces sauvages par exemple, représentent une véritable menace pour l'économie et la sécurité des Etats de la zone CEMAC. Etant donné que les marchés sources et destinations se situent à des endroits opposés de la planète, ces délinquants exploitent les systèmes de transport internationaux ou existants pour déplacer leurs produits. Les autorités douanières ont donc un rôle essentiel à jouer pour entraver ces activités et doivent être équipées en termes de connaissances, de ressources et de capacités nécessaires pour tirer pleinement parti de leur position stratégique.

C'est pourquoi ces activités liées aux réseaux criminels présents dans les principaux centres d'exportation d'Afrique Centrale, touchent de vastes pans de forêts tropicales et des savanes de la sous-région. Les routes de contrebande à cet effet, passent par plusieurs pays, parmi lesquels le Cameroun, le Gabon, la République démocratique du Congo et la République Centrafricaine. Dès

²⁰Le territoire douanier est le territoire dans lequel les dispositions de la législation douanière d'un Etat sont pleinement applicables.

²¹Le régime suspensif est un système dans lequel un assujetti à la TVA est autorisé à recevoir, non grevés de cette taxe, certains des produits et des services nécessaires à son exploitation ou qui a pour objet de reporter à un stade ultérieur le paiement de la taxe normalement due.

lors, ces activités hautement organisées et sophistiquées, qui s'étendent sur plusieurs juridictions, constituent non seulement des infractions aux législations douanières et environnementales, mais aussi des délits au sens du droit pénal, relevant de la criminalité organisée, de l'association de malfaiteurs²², du blanchiment de capitaux²³ et de la corruption²⁴.

2- Les acteurs intrinsèques : complices du délit de contrebande

Les acteurs intrinsèques complices du délit de contrebande sont pour l'essentiel constitués du personnel de l'administration douanière. Un récent article d'Edward Kafeero²⁵ paru dans le *Journal Mondial de la douane (World Customs Journal)* conclut que la corruption est généralisée dans les services douaniers des pays de la communauté de l'Afrique Centrale et de l'Est. Selon cet auteur, certains acteurs de l'administration douanière sont tellement habitués à la corruption qu'ils la considèrent comme normale. Ce type de constatation est aussi monnaie courante dans d'autres régions. Selon Nassirou Bako Afrifari²⁶, dans les régions frontalières du Bénin et du Niger avec le Nigéria, on constate aisément cette complicité²⁷. Les contrebandiers professionnels bénéficient de l'approbation tacite des douaniers, qui les laissent mener tranquillement leurs activités illicites en échange de versements de pots de vin réguliers²⁸.

Ainsi, le clientélisme²⁹ s'appuie sur des réseaux fondés sur les relations de parenté et l'origine communautaire. Les douaniers sont tiraillés entre le respect de normes administratives

²² L'association de malfaiteurs se définit comme tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis de dix ans d'emprisonnement. Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, ed. DALLOZ, 2001. P.50.

²³ Le blanchiment de capitaux peut se définir comme le processus par lequel une personne dissimule ou déguise la nature ou l'origine du produit d'activités illicites de manière à ce qu'il paraisse provenir de sources licites.

²⁴ La corruption ici constitue un détournement ou trafic de fonction ; dite passive lorsqu'un individu se laisse acheter et active lorsqu'un individu rémunère par tous moyens la complaisance d'un professionnel. CORNU (G), *Vocabulaire juridique, op. cit.* P. 278. En matière douanière, elle se présente sous l'absence d'intégrité des agents de l'administration des douanes.

²⁵ Monsieur EDWARD KAFEERO est Professeur agrégé de droit commercial international et de douane à l'Université de Dubaï et ancien chercheur au Département des douanes et accises de la faculté de droit de l'Université de Münster en Allemagne.

²⁶ Ancien Ministre des Affaires étrangères et de la coopération du Bénin, il est aussi auteur de plusieurs ouvrages.

²⁷ « Est complice d'une infraction qualifiée crime ou délit : a) Celui qui provoque de quelque manière que ce soit à l'infraction ou donne des instructions pour la commettre ; b) Celui qui aide ou facilite la préparation ou la consommation de l'infraction ». Art 117 du Code Pénal Camerounais.

²⁸ Lire NASIROU BAKO (A.), « Le pouvoir politique en milieu rural africain : le cas du Bénin et du Niger », Afridic, 2011, p. 119.

²⁹ Le clientélisme se définit comme est un système d'échanges interpersonnels non marchands de biens et de services échappant à tout encadrement juridique, entre des individus disposant de ressources inégales. Historiquement, c'est une pratique qui permet à une personne disposant de richesses d'obtenir, moyennant des avantages financiers, la **soumission, l'allégeance** d'un ensemble de personnes formant sa "**clientèle**".

abstraites et les attentes concrètes de leurs réseaux sociaux. Par conséquent, les politiques publiques doivent se concentrer davantage sur les mesures qui atténuent la possibilité du clientélisme par rapport au service de l'intérêt général. Les stratégies de lutte contre la corruption dans les administrations fiscales et douanières demeurent à cet effet une préoccupation majeure.

Dès lors, l'urgence de la mise en place d'une stratégie globale concernant l'éthique dans les services douaniers doit interpeller l'OMD³⁰ sur cette question.

Par ailleurs, il faut préciser que le risque de corruption est plus élevé lorsque des agents (douaniers) disposent d'un pouvoir monopoliste sur leurs clients (entreprises commerciales), d'un pouvoir de décision discrétionnaire sur la prestation de services, et lorsqu'ils ne sont guère tenus de rendre comptes. Théoriquement, cette approche explique comment les agents des douanes font face, presque par nécessité, à un certain nombre d'opportunités qui les poussent à se livrer à des pratiques illicites. Les auteurs de la contrebande de par leurs intérêts personnels et égoïstes ne tiennent pas compte de tout le mal que leurs actes causent à la société toute entière.

B- Les effets néfastes de la contrebande

La contrebande est un fléau mondial aux implications multiples. Non seulement elle entraîne des dommages pour les administrations douanières, évaluables à plusieurs dizaines de milliards par an, mais elle alimente aussi les trafics et représente en elle-même une activité criminelle. Elle a de graves conséquences sur le plan social et sanitaire (1) mais également sur le plan économique et sécuritaire (2).

1- Les conséquences sanitaires et sociales de la contrebande

Les marchandises faisant l'objet de contrebande pour la société civile, constituent un grand risque pour la santé publique. L'exemple le plus probant est celui de la contrebande des drogues et des stupéfiants qui sont extrêmement nocifs à la santé.

³⁰ L'Organisation Mondiale des Douanes a pourtant amorcé d'énormes travaux liés à l'élaboration d'une stratégie globale concernant l'éthique au début des années 1990. Ces travaux ont bien après débouché sur l'adoption unanime par les membres de l'OMD de la déclaration d'Arusha sur l'éthique douanière. Depuis, cette déclaration est devenue le principal cadre anti-corruption des 174 administrations douanières actuellement membres de l'OMD. Face à la lenteur des progrès de la lutte contre la corruption dans les services douaniers, l'OMD a demandé la révision complète de ladite déclaration. C'est ainsi qu'a été élaborée la version révisée de la déclaration d'Arusha, approuvée à l'unanimité par le conseil de l'OMD en Juin 2003.

Nous pouvons également évoquer l'exemple des produits qui ne répondent pas aux critères imposés par les contrôles sanitaires et phytosanitaires du fait qu'ils sont importés en dehors des bureaux de douane ; ce qui est le cas des cigarettes qui sont contrefaites dans les pays de la sous-région CEMAC, et qui entrent sur le territoire douanier de ces Etats à travers les frontières terrestres.

Les actes de contrebande portent également sur des produits pornographiques, ces produits sont strictement prohibés à l'importation du fait qu'ils sont considérés comme une cause directe de la dégradation des mœurs au sein de la société.

Par ailleurs, il est nécessaire de relever que la contrebande des produits douteux est un trafic qui peut favoriser l'importation de certaines bactéries à l'origine d'intoxications alimentaires graves. Tout risque de diffusion d'infection telle que la peste porcine n'est de même pas écarté. Transposé à l'échelle mondiale, ce phénomène constitue une menace de grande ampleur et doit être pris au sérieux.

Il est impératif de noter que le phénomène de contrebande dans la sous-région met aussi en mal l'intégration sous régionale en entraînant des fois la fermeture des frontières entre Etats voisins ; au moment où l'union africaine cherche à asseoir les bases du commerce intra-africain à travers l'implémentation de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECA).³¹

C'est le cas notamment de la fermeture de la frontière depuis octobre 2019 par les autorités équato-guinéennes avec le Cameroun qui entraîne des difficultés pour la libre circulation des personnes mais surtout pour les échanges commerciaux entre les deux pays. Elle fait le lit de la contrebande.

Ainsi pour contourner la fermeture de la principale porte d'entrée par voie terrestre (Kye-Osi- Ebibeyin) entre les deux Etats, les contrebandiers créent plusieurs points de passages clandestins sur la frontière terrestre longue de 189 Km.³²

2- Les conséquences économiques et sécuritaires de la contrebande

³¹ La zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf, ZLECA ou ZLEC) est un projet de création d'un marché de libre échange sur le territoire africain, intégrant tous les Etats du continent en vue de faciliter les échanges commerciaux sur l'ensemble du continent Africain.

³²Djarmaila (G), « Sauver l'intégration, tuer la contrebande », Cameroon tribune du 05 Août 2021. <https://www.cameroon-tribune.cm/article.html/41532/fr.html/sauver-lintegration-tuer-la-contrebande>.

Les conséquences de la contrebande sur l'économie des Etats de la zone CEMAC sont entre autres ; le non-paiement des droits et taxes découlant des opérations de contrebande et qui sont à l'origine des pertes faramineuses au niveau du trésor public³³ ; de même que le commerce illicite qui engendre d'énormes pertes des recettes fiscales. D'ailleurs, au Cameroun on estime à au moins 200 (deux cent) milliard de Franc CFA les pertes des recettes fiscales dues au commerce illicite. Pour l'année 2021 par exemple, les biens et produits illicites issus de la contrebande ou de la contrefaçon saisis par les services de douanes via l'opération « Halte au Commerce Illicite » (HALCOMI) sont évalués à plus de 10 (dix) milliards de Francs CFA. Le reste passe entre les mailles des filets des gabelous³⁴ et autres administrations de contrôle.³⁵

De plus, l'importation de certaines marchandises en dehors des bureaux de douane peut être au détriment des entreprises nationales qui produisent le même genre de marchandises. Certains produits de contrebande ayant été vendus sur le marché noir à un prix inférieur à celui des produits des entreprises nationales, poussent parfois les consommateurs à se diriger vers les produits de contrebande qui sont à la portée des citoyens. Cela ressemble un tout petit peu à l'effet du dumping³⁶.

Par ailleurs, les grandes quantités de marchandises de contrebande sur le marché noir et prêtes à la consommation sont susceptibles d'empêcher la collecte des informations fiables, des statistiques exactes qui sont incontournables pour le contrôle et le suivi de la politique économique d'un Etat, notamment en matière de commerce extérieur.

Le blanchiment d'argent issu des activités de contrebande permet aux trafiquants d'en tirer des profits énormes au détriment de l'économie d'un Etat. Ces trafiquants de drogue par exemple,

³³Ensemble de services dépendant du Ministre en charge des Finances et dépourvus de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat ayant pour missions principales d'effectuer les opérations de recettes et de dépenses des organismes publics et d'assurer la trésorerie de l'Etat. Voir CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, op. cit. P. 1042.

³⁴Un gabelou était un commis de la gabelle, qui est synonyme de douanier de nos jours. Il désignait cet employé de la douane française qui était chargé de veiller à ce que les impôts indirects comme la gabelle soient bien reversés à l'Etat en temps et en heure.

³⁵ NDOUYOU (J), « Lutte contre la contrebande et la contrefaçon : l'atout du marquage fiscal » Cameroon tribune du 06 Avril 2022.

<https://www.cameroon-tribune.cm/article.html/47296/fr.html/lutte-contre-la-contrebande-la-contrefacon-latout-du-marquage-fiscal>.

³⁶Le Dumping est une pratique commerciale agressive consistant à vendre à l'exportation à un prix anormalement bas par rapport aux prix pratiqués pour le même produit sur le marché intérieur, où sur un marché où existe une concurrence effective.

font régulièrement appel à des spécialistes des questions financières pour procéder au blanchiment de grandes quantités d'argent provenant des activités illicites, et créant ainsi d'énormes pertes de recettes fiscales.

Outre les recettes fiscales, la contrebande des stupéfiants et des minéraux tel que l'or, le diamant, le pétrole,... ne sont pas en reste et sont fortement préjudiciables sur le plan sécuritaire. En effet, ce sont principalement les réseaux terroristes et criminels qui contrôlent ces activités puisque les produits sont très rentables et faciles à transporter. Cette situation d'insécurité d'origine non étatique (terrorisme, crime organisé, prolifération et circulation d'armes) doit attirer l'attention des autorités politiques de la sous-région Afrique Centrale afin de trouver de meilleures stratégies de lutte contre le délit de contrebande dans nos frontières.

II-LA CONTREBANDE : UNE INFRACTION NÉCESSITANT UNE ÉRADICATION À TRAVERS LES MÉCANISMES RÉPRESSIFS ET PRÉVENTIFS PRÉALABLES MODERNES EN ZONE CEMAC

La contrebande tout comme les autres infractions douanières est fortement sanctionnée par le code des douanes révisé de la CEMAC. Cette répression est justifiée par la spécificité de cette délinquance qui met à mal les intérêts des Etats de la sous-région CEMAC.

L'ingéniosité des contrebandiers n'est pas à exclure en raison des multiples moyens frauduleux dont ils disposent. C'est pourquoi les mécanismes de répression de cette infraction doivent évoluer en se modernisant afin de se mettre au niveau voir au-dessus des astuces que ne cessent de développer jours après jour les contrebandiers pour échapper aux filets des administrations douanières de la CEMAC, ce qui n'est malheureusement pas le cas avec la mise en application du nouveau code des douanes révisé de la CEMAC.

Ainsi, pour mettre fin à ces pratiques de contrebande dangereuses, le droit douanier durcit le ton à travers des mécanismes répressifs sévères comme mesures curatives de l'infraction de contrebande (B) mais comme tout bon partenaire des usagers de douanes en générales et des opérateurs économiques en particulier, il procède préalablement par des mécanismes de préventions (A) car a-t-on coutume de dire prévenir vaut mieux que guérir.

A- Vers un essai de modernisation des mécanismes de prévention de la contrebande

Les mécanismes préventifs mis en place pour faire obstacle à la contrebande, sont envisagés pour réduire la probabilité d'un risque pouvant survenir et entraîner un préjudice parfois

irréparable au sein de nos administrations douanières voire dans la société en générale. Les risques de pertes de recettes auxquels la douane est confrontée dans l'exercice de sa mission sont notamment liés à la contrebande de produits fortement taxés comme l'alcool, le tabac, le carburant et les huiles minérales. Ces risques proviennent également d'activités de fraude commerciale comme la sous-évaluation, le classement incorrect, la fausse déclaration d'origine, les abus en matière de régime préférentiel des droits de douane et la fraude tirant parti du régime du drawback³⁷. C'est pourquoi les administrations douanières de la sous-région et celles du Cameroun particulièrement s'efforcent de moderniser ces mécanismes en passant par la généralisation de l'usage des moyens de paiement électronique, sans omettre l'encadrement des immunités des agents diplomatiques (1) d'une part ; et d'autre part par un meilleur contrôle des flux de marchandises et par la mise en place d'un dispositif de traçabilité des opérations douanières (2).

1- La généralisation de l'usage des moyens de paiement électronique et l'encadrement des immunités des agents diplomatiques

La généralisation de l'usage des moyens de paiement électronique est une solution efficace contre les attroupements de masse des contribuables qui aimeraient s'acquitter de leurs droits et taxes de douane.

C'est pourquoi l'administration douanière camerounaise a mis sur pied le système « CAMCIS » qui signifie Cameroon Customs Information System qui est un système d'information douanière. Ce système qui est rattaché à la plateforme e-GUCE constitue pour l'instant le seul moyen de paiement électronique. Il procure beaucoup d'avantages à tous les usagers de la chaîne logistique.

Si le paiement par voie électronique des droits, taxes et frais liés à l'importation, à l'exportation et au transit de marchandises à travers les frontières internationales n'existait pas, la majorité des paiements s'effectuerait encore en espèces. Ces paiements en espèces offrent un environnement propice à la corruption, car ils impliquent des rencontres physiques dans les bureaux, créant un face à face entre le négociant ou le courtier et l'agent des douanes pour la remise de l'argent.

³⁷Le drawback est l'un des régimes douaniers qui prévoit une exonération des droits et taxes dans le cadre de la fabrication des marchandises exportées. Voir *convention de Kyoto sur les directives relatives* à l'annexe spécifique F chapitre 3, le *Drawback*, Organisation Mondiale des Douanes, P. 3.

Il faut par ailleurs reconnaître que la pratique du paiement par voie électronique, limite considérablement non seulement la corruption, mais aussi les pratiques illicites du commerce entre les contrebandiers et les agents des douanes qui se rendent parfois complices des actes d'infraction.

Quant aux immunités fiscales des agents diplomatiques³⁸, il faut préciser en principe que ces derniers bénéficient d'un privilège à caractère réel, car les objets destinés à l'usage officiel des ambassades sont importés en franchise des droits de douane. En revanche, l'exonération est limitée aux objets envoyés par le gouvernement représenté. Il s'agit donc d'une immunité qui peut cependant profiter indirectement aux agents, car il est parfois impossible de distinguer ce qui est destiné à l'usage officiel du service et ce qui est destiné à l'usage personnel de l'agent diplomatique.

En outre, ces immunités et privilèges accordés aux agents diplomatiques peuvent constituer un énorme risque d'insécurité pour l'administration douanière, si l'on admet que les valises diplomatiques ne peuvent légalement pas être ouvertes, retenues ou soumises à des dispositifs de contrôle électronique ou aux Rayons X.

Ces immunités en principe doivent faire l'objet d'un encadrement juridique plus rigide à l'endroit des agents diplomatiques, dans le but d'éviter toute possibilité de trafic illicite ou de contrebande dans nos frontières.

Les immunités des droits de douane ne sont pas les seules qui concourent à la faveur des agents diplomatiques. Il existe également des exemptions fiscales³⁹ qui donnent la possibilité aux agents diplomatiques de ne pas être soumis à l'impôt de l'Etat accréditaire⁴⁰. Les immunités de juridiction⁴¹ s'ajoutent à la liste des immunités précédemment accordées aux agents diplomatiques. Elles confèrent une réelle protection à ces bénéficiaires tant sur le plan pénal, civil et administratif. De tels privilèges sont susceptibles de créer dans l'esprit des agents diplomatiques, un excès de zèle et de liberté leur donnant l'impression qu'ils ne peuvent aucunement être inquiétés ou sanctionnés, même en cas de délit de contrebande, d'où la nécessité de mener une profonde

³⁸ Voir l'art 7 à 9 des admissions en franchises de droit (Article 241 du code des douanes de la CEMAC) Annexe à l'acte N°2/92-UDEAC-556-SEI du 30 avril (1992, portant révision de l'Acte N°13/65-UDEAC-35 fixant les conditions d'application de l'art 241 du code des douanes).

³⁹ Comme exemple lié aux exemptions fiscales, l'agent diplomatique peut être dispensé de tout impôt sur des revenus fonciers dans l'Etat d'accueil.

⁴⁰ L'Etat accréditaire est celui d'un gouvernement auprès duquel un agent diplomatique est accrédité.

⁴¹ Les immunités de juridiction permettent ainsi à ceux qui en bénéficient, d'éviter les poursuites judiciaires devant les tribunaux nationaux ou étrangers.

réflexion sur cette question, afin si possible, de plaider pour une révision des textes communautaires qui limitera considérablement les privilèges reconnus aux agents diplomatiques.

2- Un meilleur contrôle des flux de marchandises et la mise en place d'un dispositif de traçabilité des opérations douanières

Page | 345

Le flux⁴² de marchandises est le parcours que suivent les produits de détail depuis leur arrivée dans les locaux d'un commerce jusqu'au moment où ils sont vendus au client final.

Un contrôle de flux de ces marchandises s'impose, compte tenu du climat d'insécurité qui prend de l'ampleur dans les différents territoires douaniers des pays de la sous-région Afrique Centrale.

Ainsi, il faut préalablement faire le constat selon lequel, les contrôles concernant les flux commerciaux de marchandises sont peu nombreux, ce qui provoque une véritable inquiétude de la part des opérateurs et des pouvoirs publics.

Ces contrôles sont envisageables à la circulation, lors des dédouanements, par correspondance et a posteriori dans les locaux des importateurs, exportateurs et autres intervenants (transporteurs, commissionnaires en douane). Ces deux (02) derniers sont pratiqués après mainlevée.

Dans la pratique, ces contrôles, pour la plupart, inopinés, portent sur les déclarations en douane, les documents joints ou devant être présentés à toute demande de la douane, sur les documents commerciaux et comptables, et sur les marchandises (examen physique, prélèvement d'échantillon pour l'analyse y compris l'inventaire).

L'amélioration du contrôle des flux de marchandises doit s'accompagner de la mise sur pied d'une véritable politique commerciale qui tient compte de l'application des droits antidumping⁴³ et du respect des contingentements quantitatifs. Dès lors, toutes ces mesures

⁴²On distingue les flux internes et les flux externes. La première catégorie désigne l'ensemble des mouvements liés aux composantes et aux différents matériaux requis dans le réseau d'approvisionnement. La seconde catégorie regroupe les flux d'approvisionnement et de distribution.

⁴³ Un plan antidumping est une mesure qui consiste à imposer un droit d'importance supplémentaire sur le produit considéré en provenance du pays exportateur concerné afin d'en rapprocher le prix de la valeur normale ou d'éliminer le dommage causé à la branche de production nationale du pays importateur.

précédemment évoquées, visent à mener une lutte sans merci contre les précurseurs de drogues et contre le trafic illicite des marchandises.

Quant à la mise en place d'un dispositif de traçabilité des opérations douanières, il faut préciser qu'elle est fondée sur l'identification de chaque acteur de la chaîne logistique, déclinée jusqu'au produit lui-même. A ce titre, toutes les unités de conditionnement et les emballages destinés à être commercialisés seront marqués d'un identifiant unique, permettant de suivre un produit de son usine de production jusqu'au détaillant chargé de la vente au consommateur. Ainsi, chaque acteur de la chaîne logistique, de la production à la distribution, devra être renseigné sur les informations relatives aux déplacements des produits. Toutes les informations ainsi collectées, seront agglomérées dans une base de données. Lors des contrôles, les forces de l'ordre pourront, en consultant cette base, vérifier que le produit se situe sur sa route légale. Par contre, si ce produit se trouve à un endroit différent, cela pourra constituer un indice de contrebande.

D'ailleurs le marquage fiscal constitue un atout énorme dans la lutte contre la contrebande. Les multiples saisies opérées par les services de Douanes via l'opération « Halte au commerce illicite » (HALCOMI) se chiffrent à des centaines de milliard mettant ainsi en mal recettes fiscales et douanières. C'est ainsi que pour lutter contre ce fléau, le législateur avait institué dans la loi de finances de 2009 via l'article 14, un système de marquage fiscal avec une vignette de lutte contre la fraude, la contrebande et la contrefaçon ; fixant le montant d'une vignette à un taux forfaitaire de 5Franc CFA.

De sorte que le fiscaliste Alain Symphorien NDZANA BILOA va déclarer que : « Depuis lors, la mise à la consommation de certains produits manufacturés est soumise au régime de la vignette par l'apposition d'un timbre fiscal sur leur emballage ». Ce marquage fiscal s'applique sur certains produits manufacturés, grandement touchés par le phénomène de contrebande et de contrefaçon : les tabacs (cigarettes, cigares et cigarillos d'une part, et d'autre part sur les vins, eaux de vie, whisky, rhums, gins, spiritueux et autres boissons fermentées). Si les tabacs importés ou fabriqués au Cameroun sont supposés porter la vignette depuis le 1^{er} octobre 2011, les boissons importées ou fabriquées localement quant à elles sont concernées depuis le 1^{er} novembre 2011.

Force est de constater toutefois que onze (11) ans après cette mesure, les fruits n'ont pas tenu la promesse des fleurs. Il ne se passe pas une semaine sans qu'un réseau de fraude, de

contrebande ou de contrefaçon ne soit démantelé. Nous pouvons citer le cas de la saisie effectuée le 29 janvier 2022 à Douala par le biais de l'opération « *Halcomi* », des vins, liqueurs, des téléphones portables et autres emballages plastiques importés frauduleusement. C'est pourquoi une fois de plus Monsieur NDZANA BILOA⁴⁴ déplore le fait que « le marché Camerounais continue d'être inondé de produits d'origine et de qualité douteuses et difficilement traçables qui hypothèquent la santé des consommateurs ».

Les tares observées dans l'application des mécanismes préventifs de lutte contre la contrebande visent à un durcissement des mesures de lutte contre la contrefaçon.

c- La quasi inexistence d'une évolution des mécanismes répressifs de la contrebande comme mesures curatives à la contrebande

Les mécanismes répressifs de la contrebande interviennent en cas de violation de la loi douanière. La dextérité des contrebandiers les amène à faire usage des voies et moyens les plus insoupçonnés pour contourner le contrôle douanier. C'est pourquoi le droit douanier répressif de la CEMAC a pris des mesures fortes afin de sanctionner ce fléau qui est une gangrène pour la sous-région aussi bien sur le plan économique, social, sécuritaire que sanitaire.

En effet, les mesures curatives faisant obstacles au délit de contrebande font référence aux diverses sanctions que peuvent subir toutes personnes reconnues coupables envers la réglementation douanière. Il s'agit précisément des sanctions douanières bien que insuffisantes (1) ainsi que des mesures administratives et conventionnelles toutes aussi importantes (2).

1- Le statu quo des sanctions douanières au délit de contrebande

Les sanctions douanières sont les sanctions prévues par le code des douanes révisé de la CEMAC. Le nouveau code des douanes révisé de la CEMAC n'apporte aucune évolution quant à ce qui concerne les sanctions relatives à la contrebande. Il s'agit précisément des sanctions principales au délit de contrebande et les sanctions complémentaires à ce même délit.

Les sanctions principales au délit de contrebande sont celles qui concernent les délits douaniers de 1^{ère}, 2^e et 3^e classes tels que prévus par le code des douanes révisé de la CEMAC.

⁴⁴ M. Ndzana Biloa Alain Symphorien est né le 25 Novembre 1969 à NKomotou dans la région du centre au Cameroun. Diplômé de l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENAM) Camerounaise, Il est juriste fiscaliste. Il se passionne aussi pour l'écriture notamment dans son domaine, la fiscalité.

Les délits de contrebande commis entre trois (03), voire six (06) individus sont passibles des sanctions fiscales⁴⁵ et d'un emprisonnement de trois (03) mois à un (01) an. Les peines d'emprisonnement précédemment évoquées correspondent au délit douanier de 2^e classe⁴⁶.

De plus, les délits de contrebande, au regard de la réglementation douanière sont également passibles de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude, d'une amende égale au quadruple de la valeur des objets confisqués et d'un emprisonnement de six (06) mois à trois (03) ans. Cette variété de peines pécuniaires vise principalement les délits douaniers de 3^e classe⁴⁷.

Les sanctions complémentaires au délit de contrebande quant à elles sont celles qui correspondent en grande partie aux peines privatives de droits⁴⁸.

Les peines privatives de droits concernent précisément ceux qui sont jugés coupables d'avoir participé comme intéressés d'une manière quelconque à un délit de contrebande ou à un délit d'importation ou d'exportation sans déclaration. A cet effet, ils sont donc déclarés incapables d'être électeurs ou élus aux chambres de commerce⁴⁹ et aux tribunaux de commerce, tant et aussi longtemps qu'ils n'auront pas été relevés de cette incapacité.

Ainsi, à la suite de ce qui précède, le Procureur Général envoie au Directeur Général des Douanes des extraits des jugements correctionnels devenus définitifs ou des arrêts de la Cour relatifs à ces individus et assure leur publicité par affichage dans les auditoires, bourses et places de commerce⁵⁰ et insertion dans les journaux, conformément aux dispositions du code du commerce.

⁴⁵ Les sanctions fiscales sont des mesures principalement pécuniaires prononcées par l'administration fiscale à l'encontre d'un contribuable. Voir l'art 469 du code des douanes révisé de la CEMAC. Elles correspondent au délit douanier de 1^{ère} classe.

⁴⁶ Art 470 du code des douanes CEMAC.

⁴⁷ Art 471 du code des douanes CEMAC.

⁴⁸ Art 483 code des douanes CEMAC.

⁴⁹ La chambre de commerce est un organisme chargé de représenter les intérêts des entreprises commerciales, industrielles et de services d'une zone géographique et de leur apporter certains services.

⁵⁰ Les tribunaux de commerce sont des juridictions composées de juges élus par les commerçants parmi leurs pairs, chargés de trancher les conflits aux engagements et transactions entre négociants, marchands, banquiers et aux actes de commerce entre toutes personnes.

Bien que les sanctions prévues par le code des douanes révisé de la CEMAC répriment le délit de contrebande en amont, il n'est pas exclu que des mesures soient prises en aval pour éradiquer cette calamité.

2- Les mesures administratives et conventionnelles de répression de la contrebande

Page | 349

Il s'agit des mesures prises en interne et en externe par les administrations douanières de la CEMAC. Ces mesures bien qu'elles ne sont pas totalement efficaces apportent tout de même un plus dans la lutte contre la contrebande. C'est notamment le cas de l'opération « Halte au commerce Illicite » pour le cas du Cameroun en abrégé HALCOMI, en plus de la digitalisation des services au sein de l'administration des douanes et le processus de Kimberley pour d'autres pays de la zone CEMAC.

La sécurisation de l'environnement commercial est l'une des missions assignées à la Douane. Cette mission permet à la Douane de filtrer au niveau des frontières du pays tous les produits issus de la contrebande, du trafic illicite ou non conformes aux normes en vigueur.

C'est pourquoi l'opération Halte au Commerce Illicite (*HALCOMI*) sous l'impulsion de la douane Camerounaise dirigée des mains de maître par son Directeur Général, M. FONGOD Edwin Nuvaga a vu le jour en 2016. Ce qui va susciter l'engouement des entreprises qui vont se rallier au Directeur des douanes pour le soutenir dans cette belle initiative en lui apportant leur aide pour renforcer les opérations de lutte contre la fraude, la contrebande et le commerce illicite sur l'ensemble du territoire Camerounais. Des tonnes de produits contrefaits ou issus de la contrebande ont été saisis et des recettes de plus de 1,5 milliards ont été recouvrées grâce aux actions d'éclat menées dans le cadre de cette mission. Le Port de Kribi, infrastructure majeure du projet d'émergence du Cameroun à l'horizon 2035, se positionne comme une plateforme logistique et portuaire incontournable en Afrique Centrale.

En référence à la volonté du Président de la République exprimée le 31 décembre 2017, lors de son discours de fin d'année adressé à la Nation, sa mise en service est un engagement de tous les instants pour la Direction Générale des Douanes. L'organisation les 15 et 16 février 2018 du séminaire conjoint Douanes/Port Autonome de Kribi sur les procédures de passage des marchandises au Port de Kribi est une étape clé pour parvenir à cet objectif.

Cette opération est une mesure de répression pour les contrebandiers dans les mesures où elle permet d'effectuer de multiples saisies sur les objets de contrebande. Ces objets issus du commerce illicite sont sanctionnés par leur confiscation ou leur destruction. C'est ce qui a sûrement motivé les créations des opérations Halte au commerce Illicite « *HALCOMI II et III* ».

« Il est organisé au sein de la Direction Générale des Douanes, dans le cadre de ses missions de protection de l'espace économique et de lutte contre la contrebande, les grands trafics et autres crimes économiques, une opération coup de poing dans les régions septentrionales du Cameroun, dénommée « Halte au Commerce Illicite (III) »⁵¹.

Suite à son engagement à lutter farouchement contre la contrebande, le Directeur Général des douanes camerounaises, va se jeter à corps perdu, dans la digitalisation des services au sein de son administration depuis 2019, suivis plus tard de ses collègues des pays de la sous-région. Il s'agit de NEXUS+ qui est une mesure permettant de sécuriser les frontières de même que le corridor camerounais par la gestion efficace des données qu'il contient. Nous pouvons aussi évoquer l'application « COSMOS⁵² » qui est un instrument de lutte contre la contrebande des véhicules et autres engins roulant importés au Cameroun. Nous pouvons aussi mentionner les applications « CUSTAT⁵³ » et « SANAGA⁵⁴ » qui ne sont pas en reste.

Il est important de noter que l'administration des douanes sanctionne aussi l'infraction de contrebande à travers les suspensions comme ce fût le cas avec la suspension d'activité en douane infligée à la société Cameroun TOBACCO Company Sarl par l'administration des douanes du Cameroun suite à l'infraction de contrebande.⁵⁵

⁵¹ Note de service de la Direction Générale des Douanes du Cameroun N° 409/MINFI/DGD du 06 Août 2018, portant ordre d'opération « *HALCOMI III* ».

⁵² « COSMOS » qui signifie Cameroon Customs Monitoring System est une application informatique dédiée au contrôle des véhicules automobiles importés au Cameroun. Cette application donne accès au statut douanier de tout véhicule ou engins roulants via l'adresse www.portran.cm.

⁵³ « CUSTAT » est une application créée par l'administration douanière camerounaise en vue de mesurer sa performance par l'automatisation. D'ailleurs à cet effet le Directeur Général des Douanes du Cameroun, par la note de service du 29 Septembre 2017, créa un groupe de travail dans cette optique.

⁵⁴ SANAGA ou Système Automatisé National de Gestion des Attestations de Dédouanement fait partie des innovations majeures des douanes camerounaises dans la lutte contre la contrebande et la fraude douanière. Elle a beaucoup d'avantage dans le traitement des données relatives au dédouanement.

⁵⁵ Jugement N° 83/2016/TA-YDE du 08 mars 2016 Cameroon TOBACCO Company Sarl (non comparante) c/ Etat du Cameroun).

Ces mesures internes sont aussi renforcées par des mécanismes externes à l'instar des conventions régionales et internationales, notamment celle de Kimberley.

Le Cameroun a signé l'instrument d'adhésion du Cameroun au Processus de Kimberley (PK) en 2003. Le Cameroun est membre du Processus de Kimberley depuis 2012.

L'adhésion à ce processus, vise à certifier aux consommateurs que les diamants acquis ne sont pas issus des circuits de commercialisation des mouvements rebelles ou leurs alliés pour financer des conflits visant à déstabiliser des gouvernements légitimes.

C'est un instrument de contrôle et de classage des circuits de production et de commercialisation des diamants, en vue de la protection des Etats contre l'utilisation de ces minerais. C'est un instrument qui permet de vérifier que les diamants sont échangés entre pays ayant les certifications du Processus de Kimberley.

En effet, le système de certification du Processus de Kimberley (SCPK) est juridiquement contraignant en raison de son intégration à la législation nationale dans quelque quatre-vingt (80) pays producteurs, transformateurs et commerçants, y compris tous les Etats membres de l'Union Européenne. Les diamants bruts ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'un commerce entre ces pays sans être accompagnés d'un certificat de Kimberley délivré par un gouvernement, confirmant que les diamants sont libres de conflit. Le certificat est appuyé par un régime de contrôles internes dans chaque pays. Le Processus de Kimberley est soutenu par une résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, en plus de bénéficier du soutien du conseil de sécurité des Nations Unies.

Il permet de ce fait de limiter la contrebande en décourageant tout contrebandier qui souhaiterait se lancer dans la contrebande des diamants aussi bien dans la communauté CEMAC qu'à l'international.

Conclusion

La contrebande est un délit parmi les infractions douanières. Elle se caractérise par le transport illégal de marchandises afin d'éviter le paiement des droits de douane. Les législations de la plus grande majorité des Etats répriment strictement le délit de contrebande pour des enjeux majeurs. Il s'agit notamment des raisons de santé publique justifiant l'interdiction des substances et produits nocifs pour la santé. On se serait donc attendu à une évolution des mesures

règlementaires qui encadrent cette infraction avec l'entrée en vigueur du nouveau code des douanes révisés de la CEMAC.

Ainsi, tout au long de notre réflexion sur le sujet, il nous a été utile de démontrer dans une première approche, les manifestations de la contrebande au regard de la réglementation répressive douanière en zone CEMAC qui n'ont connus aucune évolution. Ces manifestations sont qualifiées d'infractions graves pour les Etats membres de la CEMAC compte tenu des conséquences socio-économiques néfastes qu'elles occasionnent dans les Etas concernés. Les différents acteurs de contrebande posent des actes délictuels de contrebande qui ont également des effets défavorables sur le plan sanitaire et environnemental, attirant ainsi l'attention des autorités publiques sur la question. La seconde approche de notre analyse sur le sujet nous a donné l'opportunité d'entrevoir des mesures préventives et répressives pour lutter et endiguer ce fléau qui ne cesse de gagner du terrain dans la société. A la suite, quelques solutions modernes ont été envisagées à l'instar du renforcement du contrôle des flux de marchandises et la mise sur pied d'un dispositif de traçabilité des opérations douanières, l'usage d'un moyen de paiement électronique et l'encadrement des immunités diplomatiques. Les différentes sanctions principales et complémentaires prévues par le nouveau code des douanes révisé de la CEMAC, en plus des mesures administratives et conventionnelles dont l'opération HALCOMI et le processus de Kimberley nous ont été d'une très grande utilité en matière de dissuasion et de répression à l'égard de toutes personnes qui essaieraient de se lancer dans cette activité illégale de contrebande. Toute fois nous tenons à souligner les failles de ces mesures et plaidons pour une plus grande modernisation des mécanismes de lutttes contre la contrebande ; à la hauteur du génie des contrebandiers qui excellent de plus en plus dans les moyens et stratégies pour contourner les contrôles douaniers et prospérer dans cette pratique illégale et ô combien dangereuse non pas seulement pour la sous-région CEMAC mais pour toute l'humanité. C'est d'ailleurs pourquoi l'initiative prise via la nouvelle loi de finances 2023 au Cameroun visant à moderniser d'avantage les moyens de lutte contre la contrebande, la contrefaçon et autres trafics illicites (Article quinzième LF 2023) est à saluer.

La sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées dans l'espace OHADA*Securing dematerialized securities in the OHADA space*

Par :

KWANKIRIYO NOTONG Isaac

Doctorant en droit

Université de Douala (Cameroun)

Page | 353

Résumé :

La généralisation de la dématérialisation des valeurs mobilières laisse entrevoir un problème au rang desquels leur sécurisation. De l'analyse de la réglementation tant OHADA que de celle des espaces communautaires à caractère économique il ressort que leur ces législateurs prennent en compte le sort des valeurs mobilières dématérialisées en garantissant leur sécurisation. Seulement, l'exégèse de ces réglementations laissent apparaître des insuffisances en l'occurrence la prise en compte peu rassurante de la situation du teneur de compte titre en cas de difficulté. Toutes choses qui exposent les valeurs mobilières à une insécurité.

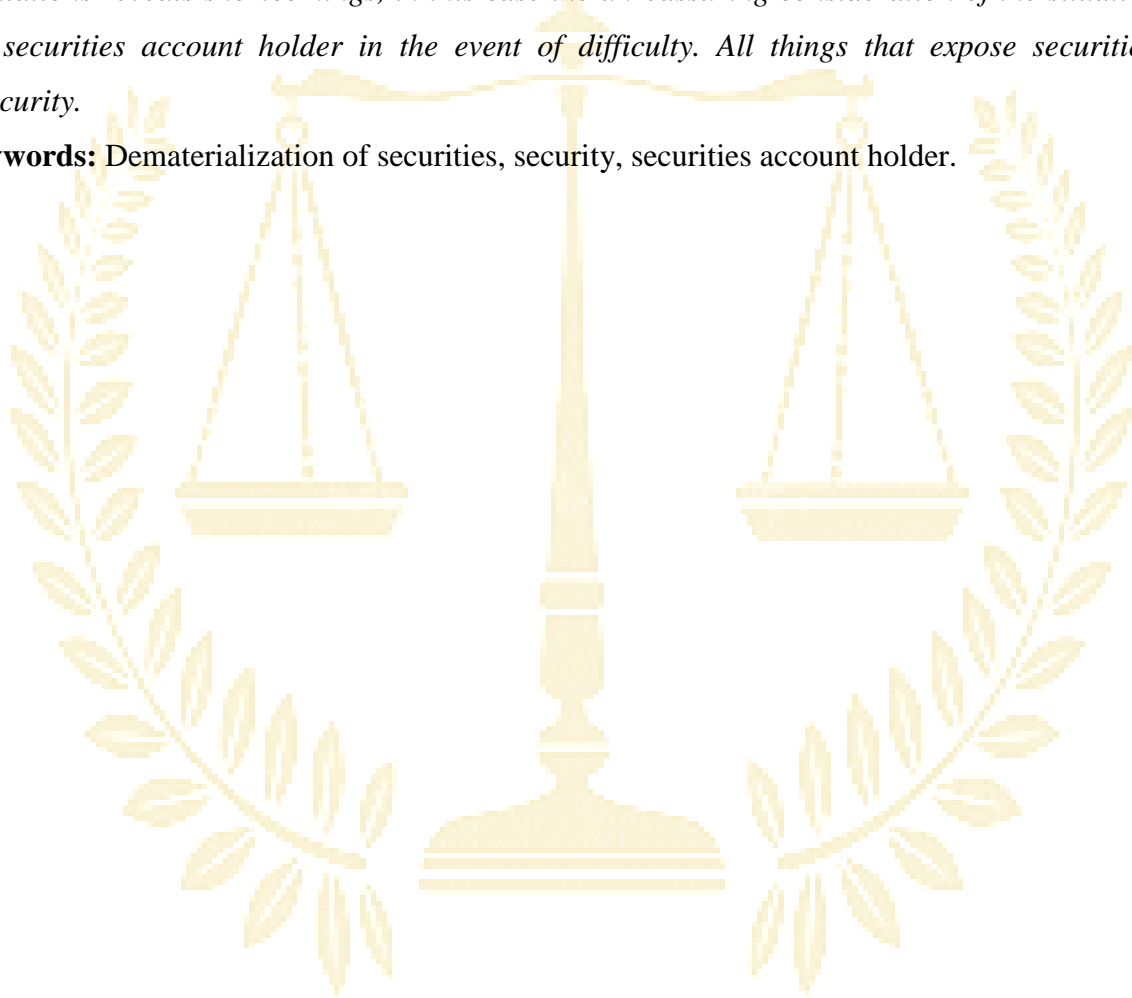
Mots clés : Dématérialisation des valeurs mobilières, sécurisation, teneur de compte titres.

Abstract :

The generalization of the dematerialization of transferable securities suggests a problem among which their security. From the analysis of both OHADA regulations and those of community spaces of an economic nature, it appears that these legislators take into account the fate of dematerialized securities by guaranteeing their security. However, the exegesis of these regulations reveals shortcomings, in this case the unreassuring consideration of the situation of the securities account holder in the event of difficulty. All things that expose securities to insecurity.

Page | 354

Keywords: Dematerialization of securities, security, securities account holder.



Introduction

La généralisation de la dématérialisation des valeurs mobilières dans l'espace OHADA révèle la volonté explicite du législateur OHADA à favoriser leur sécurisation. C'est dans cette optique qu'au travers de l'article 744-1 de l'AUS, le législateur OHADA a mis un point d'honneur sur un nouveau mode de détention des titres financiers afin de garantir leur sécurisation. Il s'ensuit que la réglementation de la dématérialisation des valeurs mobilières s'inscrit dans une logique de sécurisation. En effet, avant la généralisation de la dématérialisation des valeurs mobilières, celles-ci étaient jadis détenues de manière physique par chaque propriétaire. Avec l'extension de la dématérialisation des valeurs mobilières à toutes les formes de sociétés de capitaux, les propriétaires des valeurs mobilières se voient déposséder de leur titre. Or il est à relever que bien avant l'avènement de cette réforme, ceux-ci ont toujours conservé par devers eux leurs titres. Avec l'exposition des valeurs mobilières aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, il importe de s'interroger sur la sécurisation des valeurs mobilières dans l'espace OHADA qui constitue pour nous une problématique essentielle devant garantir l'effectivité de la dématérialisation des valeurs mobilière

La notion de sécurisation vient du latin « *securitas* »¹ qui désigne l'absence de problème, de manière téléologique la sécurisation consiste à offrir la sécurité et par conséquent « la confiance, la tranquillité, le calme et la certitude » aux propriétaires des valeurs mobilières relativement à leur nouveau mode de conservation. La sécurisation, en tant que processus qui conduit à asseoir la sécurité².

¹ Dictionnaire Larousse, 2017.

² Comme le précise le rapport du club des juristes, la question de la sécurité juridique tourne presque à l'obsession. En moins de vingt ans, les écrits et initiatives tendant à lutter contre l'insécurité juridique deviennent abondants et denses. Par exemple : les thèses : E. BEN MERZOUK-GLON, *La sécurité juridique en droit positif : une valeur irréductible à la norme*, thèse dactyl., Paris II, 2003 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005, préf. B. Mathieu. Également, Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, préf. L. LEVENEUR. Et sur des matières plus spécifiques : v. F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, LGDJ, 1997, avant-propos J. SCHMIDT et préf. B. NEEL ; G. DUFOUR, *Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats*, thèse Lille II, 2005. En termes d'articles et travaux de tout genre portant en général sur la thématique de la sécurité juridique. Voir : B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, 151 ; J.-R. PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », in : Mélanges G. Dupuis, LGDJ, 1997, p. 261 ; B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in : Mélanges P. Gérard. *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 1999, p. 301 ; N. MOLFESSIS, « Les avancées de la sécurité juridique », *RTD. civ.* 2000, 660 – « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD. civ.* 2000, 662 – « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD. civ.* 2000, 666 – « La sécurité juridique et la fonction normative de la loi », *RTD. civ.* 2000, 670.

Le terme dématérialisation quant à lui est composé du préfixe de cessation « *de* » et de « *matérialisation* » qui vient du latin « *materialis* », qui renvoie à la matière. Le verbe dématérialiser signifie rendre immatériel, enlever son caractère matériel ou physique à quelque chose. S'agissant de la notion de valeurs mobilières, l'article 744 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le définit comme des titres qui « *confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine...* ». Elles sont constituées pour l'essentiel des actions et des obligations, et ne peuvent être émises que par des sociétés anonymes.

Cet éclaircissement notionnel étant apporté, Cette réflexion revêt un intérêt considérable tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Sur le plan théorique, elle permet de saisir l'encadrement juridique de la sécurisation des valeurs mobilières tant par le législateur OHADA que par les autres législateurs de l'espace OHADA. Sur le plan pratique, la réflexion permet de mettre en évidence les mécanismes mis en œuvre devant garantir la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées ainsi que le mécanisme juridique devant être mis en œuvre en cas d'atteintes aux dites valeurs mobilières de difficulté des teneurs de compte titres conservateurs.

L'intérêt étant mis en exergue, Il s'ensuit que la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées est une préoccupation tant du législateur OHADA que des législateurs des espaces économiques sous régionaux de l'OHADA. Ainsi avec la dématérialisation de ces valeurs qui est rendue obligatoire, le public doit avoir confiance à cette nouvelle forme de conservation des valeurs mobilières. Cette confiance ne peut être obtenue que si les propriétaires des valeurs mobilières ont la certitude que leurs valeurs mobilières désormais inscrites en compte seront à l'abri de toute distraction. D'où la problématique suivante :

Le droit de l'espace OHADA assure-t-il une sécurisation optimale des valeurs mobilières dématérialisées ?

Pour étayer la problématique sus-posée, nous serons amenés à envisager dans un premier temps l'apparente suffisance de la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées au niveau du marché financier (I) et dans un second temps, la relative sécurisation des valeurs mobilières en cas de difficulté du teneur de compte (II).

I- L'APPARENTE SUFFISANCE DE LA SECURISATION DES VALEURS MOBILIERES TENANT A L'INTERVENTION DES ACTEURS MAJEURS

La sécurisation juridique des valeurs mobilières par le biais de l'intervention de certains acteurs est un levier nécessaire à l'effectivité de la dématérialisation des valeurs mobilières dans l'espace OHADA. Si la norme se présente comme l'instrument de la sécurisation, l'institution est l'ossature au sein de laquelle s'exerce le pouvoir de sécurisation. Ainsi, l'identification des acteurs majeurs (A) sera suivie de la soumission de ceux-ci au droit. (B).

Page | 357

A- L'identification des acteurs majeurs intervenant dans le cadre de la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées

L'espace OHADA est dominé par deux grands pôles sous régionaux, deux institutions indépendantes sont mises sur pied devant offrir une garantie dans le cadre de la sécurisation des valeurs mobilières dont l'inscription en compte est désormais obligatoire pour toutes les sociétés de capitaux. Il s'agit de l'autorité des marchés financiers pour la zone UEMOA et la Commission de Surveillance des Marchés Financiers³ en zone CEMAC en ce qui concerne la zone Afrique Centrale.

La présentation de l'acteur de sécurisation des valeurs mobilières dans l'espace sous régional de l'UEMOA (1) sera suivie de celui de la CEMAC (2).

1- L'autorité des marchés financiers de l'Union Monétaire Ouest-Africaine, acteur majeur de la sécurisation des valeurs mobilières de l'UEMOA

L'autorité des marchés financiers pour la zone UEMOA est mise en place depuis le 03 juillet 1996, le conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers⁴ a changé de dénomination et devient désormais l'Autorité des marchés financiers de l'Union Monétaire Ouest-Africaine⁵. C'est un organe de l'UEMOA dotée de la personnalité morale et constitué par une convention des États membres. En tant que gendarme des marchés financiers des pays Ouest Africain il est notamment chargé d'une mission de protection de l'épargne investie en valeurs mobilières et en tout autre placement donnant lieu à une procédure d'appel public à l'épargne dans

³ En abrégée COSUMAF.

⁴ CREMPF

⁵ AMF-UMOA

l'ensemble des Etats membres. L'AMF/UMOA est ainsi à la fois l'organe de régulation, de contrôle, de juridiction, d'arbitrage du marché et d'interprétation de son règlement. Inspiré de l'Autorité des Marchés Financiers française, il peut aussi diligenter les enquêtes auprès des actionnaires, des sociétés-mères et des filiales, de toute personne morale ou physique ayant avec les intervenants un lien d'intérêt direct ou indirect et prononcer des sanctions. Ses décisions sont exécutoires de plein droit sur le territoire de chacun des États membre de l'UEMOA, dès leur notification à l'intéressé ou leur publication. Les recours relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires des États. Ils doivent être formés dans un délai de deux mois et non point d'effet suspensif. Après la présentation de l'AM/UMOA, il convient de présenter l'acteur au pouvoir prépondérant dans la sécurisation des valeurs mobilières dans l'espace CEMAC.

2- L'autorité garantissant la sécurisation des valeurs mobilières en zone CEMAC : la COSUMAF

Relativement à la garantie de la sécurisation des valeurs mobilières dans l'espace sous régional de l'Afrique Centrale, contrairement à l'espace UEMOA où le marché n'a pas connu de grande évolution malgré l'obligation de dématérialisation contenu dans l'Acte uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales, dans la zone CEMAC, l'on note un grand mouvement institutionnel tendant à l'unification des marchés financiers ainsi que les institutions garantissant la sécurisation des marchés financiers. Malheureusement une querelle de leadership est vite née au sein de l'espace communautaire CEMAC. En effet, dans l'optique de moderniser et de renforcer le système financier afin de permettre aux économies de la sous-région de disposer des sources de financements alternatifs indispensables à leur croissance, les États de la CEMAC ont pris l'engagement de se doter d'un marché financier. Les études de faisabilité avaient abouti à la conclusion selon laquelle un seul marché financier pourrait garantir une rentabilité optimale.⁶ Cette concurrence a eu un impact sur la régulation du marché financier en Afrique Centrale. En effet, la régulation des marchés financiers a connu au départ l'intervention de deux acteurs. La Commission des Marchés Financiers du Cameroun instituée par la loi N°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation du marché financier. Cette dernière suivant l'article 2 alinéa 2 du décret

⁶ S. EYEFFA EKOMO, « Le marché financier sous régional : vers une véritable intégration macroéconomique et financière dans la CEMAC », B. BEKOLO ÉBÉ (Dir.) *Intermédiation financière et financement du développement en Afrique*, Presses Universitaires de Yaoundé, « Collection connaissances de... », mars 2002, p.293 ; v. aussi G. TCHOMBA ; « Vers une bourse régionale au service du financement du développement », *Problèmes économiques*, n°261, juin 1999, pp.30-32. Cité par J. NJOUAKEP, *op.cit.*, p.17.

N°2013/3763/PM du 17 novembre 2014, avait entre autres pour compétence d'agréer les teneurs de compte-conservateurs. En ce qui concerne le Gabon, cette tâche était dévolue à la COSUMAF.⁷ Toutefois, avec la fusion⁸ institutionnelle intervenue en faveur de la signature de la convention d'unification entre la COSUMAF et la CMF⁹, la COSUMAF assure la plénitude des pouvoirs de tutelle et de contrôle des opérations et des acteurs du marché financier sur la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, constituée du Cameroun, du Congo-Brazzaville, du Gabon, de la Guinée Équatoriale, de la République Centrafricaine et du Tchad. Sont ainsi transférées de la CMF à la COSUMAF : les ressources humaines constituées de six agents et les ressources règlementaires et opérationnelles dont un ensemble de textes et de décisions portant sur des opérations de marché, l'agrément des acteurs ainsi que des données financières sur le marché financier du Cameroun. Il s'ensuit dès lors que tout comme dans la Zone UMOA, dans la Zone CEMAC le réaménagement structurel a permis l'émergence d'une seule autorité administrative chargée de la garantie de la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées. A côté de ces acteurs au pouvoir prépondérant, se place la soumission de ces acteurs au droit.

B - La soumission des acteurs majeurs au droit tenant à leur contrôle.

Bien que jouissant d'une indépendance, les acteurs majeurs intervenant dans la sécurisation des valeurs mobilières sont soumis à un contrôle. En effet, la liberté du régulateur s'arrête là où l'abus commence ; autrement dit, comme le souligne un auteur¹⁰, le régulateur doit agir en toute liberté, mais il doit au même titre le faire dans le cadre de ce que le droit lui permet. C'est ainsi

⁷ Art 6 alinéa 2 de la Loi n°027/2016 du 6 février 2017 fixant le régime de la Dématérialisation des Valeurs Mobilières en République Gabonaise « *Ledit compte est tenu soit par la société émettrice des valeurs mobilières, soit par un Teneur de compte-conservateur agréé par la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale. Loi n°027/2016 du 6 février 2017 fixant le régime de la Dématérialisation des Valeurs Mobilières en République Gabonaise* »

⁸ Cette fusion avait été annoncée lors de la session extraordinaire de la Conférence des Chefs d'Etat de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) du 31 octobre 2017 tenue à N'Djamena, dans le cadre de l'opération de rapprochement entre la Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC) et la Douala Stock Exchange (DSX), la Décision N°01/18 CEMAC-CCE-PREF-C du Comité de pilotage du programme des réformes économiques et financières de la CEMAC a finalement abouti au phagocytage du régulateur camerounais qui cesse, dès lors, toute activité d'information des investisseurs, de contrôle des prestataires de services d'investissements et de supervision du bon fonctionnement de l'entreprise de marché. La finalisation des rapports liés à l'opération de fusion a abouti à l'abrogation de la loi N°99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun, ainsi que de ses textes subséquents.

⁹ Commission des Marchés Financiers du Cameroun.

¹⁰ D. E. KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Strasbourg et Dschang, 2010, p.268.

que pour garantir la sécurisation des valeurs mobilières, l'institution chargée de la régulation peut faire l'objet d'un contrôle tant politique (1) que judiciaire (2).

1- Le contrôle politique des régulateurs des marchés financiers de l'espace OHADA

La responsabilité des régulateurs des marchés financiers dans l'espace OHADA est connue pour être d'abord d'ordre « politique ». Les détenteurs du pouvoir exécutif dans les espaces sous régionaux UEMOA et CEMAC disposent d'un grand pouvoir contre les autorités chargées de la régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA. Ce sont en effet ces détenteurs du pouvoir exécutif qui le plus souvent ont la charge de la désignation des Présidents de ces instances¹¹.

S'agissant des autres membres, leur processus de désignation est tout aussi dominé par le pouvoir exécutif au niveau national et par le jeu des compromis au niveau régional. Le Président de la COSUMAF contrairement à l'ancien règlement abrogé ne peut plus être qu'une personnalité congolaise nommée par la Conférence des Chefs d'État sur proposition du Conseil Ministériel de l'UMAC et sur présentation du gouvernement congolais¹². Avec le nouveau règlement de Juillet 2022, ce dernier est nommé par le comité ministériel de l'UMAC¹³. Cette logique de la domination politique reste vivace, même si la modalité en est différente.

Au sein de l'AMF/UMOA dont la Présidence est assurée de façon tournante par les représentants des États membres, sans que le mandat de l'un de ces représentants puisse excéder six ans. S'agissant du statut des Présidents des autorités de régulation financière, on observe une forte différence dans la durée du mandat de l'une ou l'autre autorité. Cette durée est ainsi de cinq ans renouvelable pour le Président de la COSUMAF, trois ans renouvelable une fois pour le Président de l'AMF/UMOA et aucune précision de durée en ce qui concerne le Président de la CMF. Le texte de l'UEMOA laisse d'ailleurs au Conseil des ministres la possibilité de mettre fin par décision aux fonctions du Président et des autres membres du Conseil Régional avant l'expiration de leurs mandats et de procéder à leur remplacement. La situation est similaire dans

¹¹ En l'occurrence le Conseil des ministres en Afrique de l'Ouest et la Conférence des Chefs d'États sur Proposition du Comité ministériel de l'UMAC en Afrique Centrale.

¹² Article 17 Règlement n°6/03 du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et Surveillance du Marché financier de l'Afrique Centrale.

¹³ V. Art.43 du règlement N°01/22/CEMAC/UMAC/COSUMAF portant organisation et fonctionnement du marché financier de l'Afrique Centrale.

la zone CEMAC où le Président de la COSUMAF peut être révoqué ad nutum pour motif légitime et sérieux.¹⁴

Il s'en suit de toute évidence que du moment où les régulateurs peuvent faire l'objet de révocation, nous pensons qu'une telle sanction est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir de contrôle des actions du régulateur.

Bien plus, ce contrôle politique des autorités financières indépendantes de l'espace OHADA se manifestent également à travers l'exigence de communication des rapports d'activités annuelles. En effet, la question du rapport annuel d'activités reste toutefois celle qui est source des plus grandes inquiétudes s'agissant du contrôle politique de la régulation financière dans l'espace OHADA. L'approche qui est faite de cet outil de contrôle démocratique de la régulation diverge d'un régulateur à l'autre. Le premier écueil est lié à la gestion d'un tel rapport en tant qu'outil de contrôle démocratique des instances de régulation financière de l'espace OHADA. On constate ainsi que seuls les anciens textes camerounais de la Commission des Marchés financiers¹⁵ aujourd'hui abrogés du fait de son absorption par la COSUMAF et ceux de la CEMAC¹⁶ prévoient avec précision la remise chaque année par le régulateur financier d'un rapport d'activités respectivement au Président de la République pour ce qui est du Cameroun et à la Conférence des Chefs d'États, au Comité Ministériel de l'UMAC, au Parlement communautaire et aux autres institutions, organes et institutions spécialisées pour ce qui est de la CEMAC. L'annexe à la Convention portant création du CREPMF ne déroge pas à cette obligation notamment à travers son article 15 qui énonce que « *Le Conseil Régional publie un rapport annuel de ses activités* ».

Le deuxième travers lié à la gestion du rapport annuel est relatif à la suite à donner à la remise ou à la publication d'un tel rapport. De ce point de vue, seuls les textes communautaires de la CEMAC adoptent une approche véritablement démocratique d'une part en prévoyant la remise d'un rapport annuel d'activités à la fois à l'ensemble des organes et institutions communautaires, et d'autre part en prévoyant une communication annuelle de la part des responsables des organes

¹⁴La difficulté que soulèvent ces dispositions réside à la fois dans la non précision des cas de faute lourde ou d'incapacité et dans l'absence de définition des motifs éventuels de révocation en ce qui concerne les Présidents de la CMF et du CREPMF. Cette possibilité de révocation avant terme s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence du Conseil d'État français qui est réfractaire à toute initiative tendant à écourter la durée du mandat du Président d'une autorité de régulation.

¹⁵ Article 19 loi du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'une marché financier.

¹⁶ Article 21 Convention du 25 juin 2008 régissant le Parlement Communautaire et article 32 de la Convention régissant l'UMAC dans sa version modifiée du 25 juin 2008.

et institutions spécialisés de l'UMAC sur l'activité de l'exercice précédent et les perspectives futures devant la Conférence des Chefs d'États et devant le Parlement communautaire¹⁷.

De plus, le Parlement Communautaire est en droit non seulement d'entendre le régulateur de sa propre initiative ou sur demande de ce dernier, mais aussi de constituer des commissions temporaires d'enquêtes. Ce cadre réglementaire propice au contrôle démocratique de la régulation financière au sein de la CEMAC contraste malheureusement avec la tendance observée ailleurs dans l'espace OHADA¹⁸.

En dehors de ce cas de contrôle politique que l'on vient de présenter, il ne reste que la responsabilité juridique des régulateurs peut être envisagée comme moyen pour remettre en question l'action du régulateur, toute chose qui participe de la garantie de la sécurisation des valeurs dématérialisées.

2- La responsabilité juridique des régulateurs de marché financier

Les régulateurs financiers de l'espace OHADA, garant de la sécurisation des valeurs mobilières disposent de larges pouvoirs¹⁹ qui peuvent les amener à prendre des sanctions contre certains acteurs du marché financier. Ces sanctions prononcées par les régulateurs sont généralement d'ordre répressif. Seulement, ces pouvoirs de sanction reconnus au régulateur ne sont pas absolus. C'est ainsi que pour garantir la sécurisation du marché financier, les actions ou omissions des acteurs en charge de la régulation peuvent faire l'objet d'un recours devant les juges. A titre de droit comparé, en France, les décisions rendues par l'AMF ne sont pas absolues et des possibilités de recours sont ouvertes. En vertu de l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier, l'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers²⁰, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, est de la compétence du juge judiciaire. Il rajoute que les décisions rendues par la CDS²¹ sont passibles de recours par les personnes sanctionnées et par le président de l'Autorité des marchés²² financiers, après accord du

¹⁷ Article 32 de la Convention régissant l'UMAC dans sa version modifiée du 28 juin 2008.

¹⁸ L'ancienne loi Camerounaise du 22 décembre 1999 brillait par son manque de précision quant au sort qui sera celui du rapport adressé au Président de la République. La même remarque peut être faite au sujet du Rapport annuel d'activités du CREPMF dont il fait état seulement de la publication à l'article 15 de l'Annexe à la Convention portant création du CREMPF, sans donner d'autres précisions sur l'autorité destinataire dudit rapport ou sur la nature du contrôle qui peut découler.

¹⁹ Ceux-ci disposent non seulement d'un pouvoir réglementaire mais en plus d'un pouvoir répressif.

²⁰ Autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9.

²¹ Commission Des Sanctions

²² F.M. Laprade, « contentieux boursier : Abus de marché et autres manquements », *Rep des Sociétés*, septembre 2017, pp. 242-251.

Collège. Les législateurs sous régionaux de l'espace OHADA ne dérogent pas à cette pratique. En effet, même contrairement en France où le législateur a clairement soumis l'appréciation des actions de l'AMF au juge judiciaire, les législateurs communautaires et nationaux de l'espace OHADA apportent des réponses variées et parfois divergentes. Si en droit communautaire CEMAC le choix se révèle être celui de la concentration du contentieux boursier entre les mains des juges de droit public la solution retenue dans la zone UMOA et dans l'ancien système camerounais aboutit à un dualisme juridictionnel.

Relativement à la zone CEMAC, l'appréciation des actions de la COSUMAF relève de la compétence exclusive du juge communautaire.²³ Il s'ensuit dès lors, que le juge judiciaire est manifestement incompétent à connaître du contentieux de droit communautaire. Dans cette zone, le juge communautaire bénéficie d'une compétence large et exclusive. Cette compétence exclusive tire son fondement du Règlement Général de la COSUMAF à l'article 15 qui dispose que : « *les recours contre les décisions rendues par la COSUMAF dans l'exercice de ses prérogatives sont portés devant la Cour de Justice de la CEMAC* ». Cette option en faveur de la compétence du juge communautaire au détriment du juge judiciaire en matière de régulation financière était déjà retenue pour les décisions de sanctions prises par le régulateur communautaire en vertu des articles 61 à 64 du Règlement du 12 novembre.

S'agissant de l'espace UEMOA, Les règles de répartition des compétences en matière de recours contre les décisions de l'AM/UMOA sont fixées par l'article 49 de l'Annexe à la Convention du 03 juillet 1996. Cet article désigne comme instances de recours, la Cour de Justice de l'UEMOA et les tribunaux judiciaires des États membres. Aux termes de l'alinéa premier de l'article 49 « *Les recours contre les actes du Conseil régional, qui ont un caractère réglementaire ou qui sont relatifs à l'agrément des intervenants du marché sont soumis à la Cour de Justice de l'UEMOA* ». En d'autres termes, sont de la compétence de la Cour de Justice de l'UEMOA les actes réglementaires du CREPMF²⁴ tels que son Règlement général et ses instructions. Sont également de la compétence du juge communautaire de l'UEMOA les décisions individuelles concernant l'octroi ou de retrait d'agrément.

²³ Art.60 règlement N°01/22/CEMAC/UMAC/COSUMAF portant organisation et fonctionnement du marché financier de l'Afrique Centrale.

²⁴ Devenu ce jour AM/UMOA.

Les juges judiciaires des États sont quant à eux compétents en vertu de l’alinéa 2 de l’article 49 pour connaître de tous les autres actes pris par le régulateur financier Ouest Africain. Peuvent ainsi être soumis aux juridictions nationales les décisions du régulateur relatives à l’octroi ou au refus de visa à un émetteur²⁵, les décisions de sanction infligées aux non professionnels²⁶, les décisions de sanction infligées aux professionnels mais n’ayant pas trait à l’agrément²⁷. Il est à préciser que dans l’espace OHADA²⁸, ces recours sont en principe ouverts contre les décisions et ne visent aucunement le régulateur les ayant rendues, ces derniers bénéficiant d’une immunité personnelle qui leur permet à titre individuel et à titre institutionnel, d’être protégés contre toutes les formes d’action en responsabilité. Jouissant de la personnalité juridique.

De ce qui précède, il ressort clairement que la soumission des acteurs au pouvoir prépondérant intervenant dans le cadre de la sécurisation des valeurs mobilières participe de manière sans équivoque à la sécurisation des valeurs mobilières de même que les contrôle de certains acteurs au pouvoir moins prépondérant.

II-LA RELATIVE SECURISATION DES VALEURS MOBILIERES EN CAS DE DIFFICULTE DU TENEUR DE COMPTE TITRE

La sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées apparaît peu rassurant en cas de difficultés du teneur de compte. Cette relative sécurisation se traduit par l’absence d’un fonds de garantie concernant les valeurs mobilières non admises en bourse (A) et les manquements du régime de traitement des difficultés du teneur de compte titre en cas de cessation de paiement (B).

A- L’absence d’un fonds de garantie pour les valeurs mobilières non admise en bourse.

Tout marché financier, pour aguicher les investisseurs, doit mettre sur pied des mécanismes visant à protéger ceux-ci en cas de perte de leurs actifs, du fait de l’incapacité de l’intermédiaire de marché, à restituer les titres et les espèces à ses clients.²⁹ Prenant acte de cet impératif de sécurisation des valeurs mobilières, les législateurs CEMAC³⁰ et UEMOA ont mis sur pieds des

²⁵ Ainsi en sera-t-il par exemple des décisions d’octroi ou de refus de visa dans le cadre des opérations d’appel public à l’épargne.

²⁶ Sont ici par exemple concernées les sanctions consécutives soit au défaut de publication d’informations obligatoires, soit à la publication de fausses informations, soit à l’utilisation d’informations privilégiées.

²⁸ Tant dans la zone UEMOA que dans l’espace CEMAC

²⁹ MEGAM (N. F.), *L’éthique dans les marchés financiers communautaires*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, Janvier 2022, p. 265.

³⁰ Art. 16 du règlement général du CREMPF

fonds de garantie³¹ devant couvrir les éventuelles défaillances des intermédiaires financiers. Toutefois, nous constatons que s'agissant des valeurs mobilières non dématérialisées, un flou demeure sur la possibilité des fonds de garantie de couvrir les risques de défaillance du teneur de compte.

La première hypothèse est que le fonds de garantie institué ne concerne que les sociétés cotées en bourse. Il est donc malvenu qu'un teneur de compte qui détient les titres non admis en bourse puisse puiser dans les ressources de ceux qui mouillent le maillot sur le marché financier pour mettre en œuvre la garantie de sa défaillance.

Une autre hypothèse consisterait à dire que le teneur de compte titre contribue à cet effet pour palier à ce genre de situation. Cependant, il reste constant que le fonds de garantie est institué par les organes communautaires dont la compétence est limitée au marché financier. Nous voyons alors mal comment, le teneur de compte des titres non admis en bourse puisse faire recours. Dans l'espace CEMAC plus particulièrement, cette situation démontre à suffire les insuffisances de la convention d'unification des dépositaires centraux qui à notre avis aurait même permis à titre transitoire que cette garantie puisse couvrir les risques de défaillance du teneur de compte des titres non admis en bourse en attendant la mise sur pied d'un fonds de garantie national devant s'occuper des défaillances du teneur de compte des valeurs mobilières dématérialisées non cotées. Il se trouve donc qu'en l'absence d'un fonds de garantie visant à couvrir les défaillances d'un teneur de compte, ces valeurs mobilières sont exposées à un risque qui n'est pas de nature à favoriser l'effectivité même de la dématérialisation car en cas de perte ou de non-paiement des sommes reçues la seule voie est judiciaire.

Cette insécurité des valeurs mobilières dématérialisées se traduit également par le désordre institutionnel particulièrement dans l'espace CEMAC.

En effet, avant la fusion des marchés financiers, la Caisse Autonome d'Amortissement du Cameroun³² avait reçu agrément de la Commission des Marchés Financiers du Cameroun d'assurer le rôle du dépositaire central des titres cotés et non cotés. Avec la fusion institutionnelle opérée dans cet espace, on se serait attendu logiquement que la CAA transfère l'ensemble des titres cotés ou non à la BEAC en tant que nouveau dépositaire central. Malheureusement, nous avons assisté

³¹ En Afrique Centrale il s'agit du Fonds de Garantie du Marché Financier de l'Afrique Centrale en abrégée « FOGAMAF ».

³² CAA

à un transfert unique des titres cotés et la CAA se muant en dépositaire central national des titres non cotés. Une telle posture a des conséquences sur la sécurisation des valeurs mobilières détenues par le teneur de compte. Car ces derniers répondent directement de l'autorité qui leur délivre l'agrément. Nous voyons donc mal comment le dépositaire national pourrait donner des injonctions à un intermédiaire financier en cas de défaillance dans la conservation des valeurs mobilière en l'absence d'aucune convention de nature à donner pouvoir au dépositaire national de donner des injonction au teneur de compte titre en ce qui concerne les titres non admis sur le marché financier. Ces lacunes dans le traitement des difficultés du teneur de compte aux fins de garantir la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées s'observe également cas de cassation de paiement de celui-ci.

B- La prise en compte mitigée des difficultés du teneur de compte titre

Toutes les entreprises en l'occurrence les sociétés de bourses ou d'intermédiation financières en charge de la conservation des valeurs mobilières sont susceptibles de connaître à un moment ou à un autre de leur existence des difficultés. Ces difficultés peuvent être d'ordre structurel c'est-à-dire liées à une mauvaise organisation ou à la mauvaise gestion. Elles peuvent aussi être d'ordre financier. Ces difficultés peuvent être passagères ou alors durer plus longtemps et entraîner dans certains cas, et si elles ne sont pas résolues, la disparition de l'entreprise. Tel est le cas des teneurs de compte titre qui sont généralement des sociétés d'intermédiation qui peuvent être confrontées à ce type de situation. La question de droit que l'on se pose est de savoir comment le législateur des pays membres de l'OHADA régule la situation pour sauvegarder les valeurs mobilières détenues par ces sociétés. Autrement dit, les propriétaires des valeurs mobilières sont-ils astreints au même devoir que les autres créanciers des sociétés d'intermédiation qui connaissent des difficultés ? La réponse à cette question nous amène à démontrer que sur ce point, qu'il existe une contradiction normative dans le traitement des difficultés du teneur de compte titre entre les ordres juridique de la CEMAC et de l'OHADA (1) d'où la nécessité d'entrevoir les voies d'aménagement pour une sécurisation optimale des valeurs mobilières dématérialisées (2).

1- La possible existence d'une confusion normative dans le traitement des difficultés du teneur de compte en cessation de paiement

La présence au sein de l'espace juridique OHADA, de plusieurs ordres juridiques communautaires soulève de sérieuses difficultés quant à la sécurisation des valeurs mobilières dématérialisées en cas de cessation de paiement du teneur de compte titres. En effet, les valeurs

mobilières dématérialisées sont des biens meubles incorporels et par conséquent classées dans la catégorie des biens à revendiquer comme l'a soulevé un auteur³³ en cas de cessation de paiement du teneur de compte conservateur. Or la procédure telle qu'instituée par le législateur CEMAC³⁴, Camerounais³⁵, et OHADA sont de nature à s'opposer. En effet, aux termes de l'article 101 AUPCAP la revendication des biens meubles est encadrée dans un délai bien précis et la saisine du Syndic est mise à la charge du propriétaire des biens revendiqués. Pourtant le texte CEMAC de même que le décret N°3763/PM du 17 novembre 2014 fixant les conditions d'application de la loi n°007/2014 du 24 avril 2014 fixant les modalités de la dématérialisation des valeurs mobilières au Cameroun mettent à la charge du Syndic l'obligation d'informer sans délai le dépositaire central³⁶. Il est possible que le Syndic dont la mission est encadrée par l'Acte uniforme OHADA n'informe pas le dépositaire central. Ce d'autant plus que celui-ci n'encourt aucune sanction puisque tant le texte CEMAC que le décret susvisé sont muets sur les conséquences du silence du syndic. Il transpire qu'une telle situation favorise l'insécurité des valeurs mobilières dématérialisées. Surtout que la procédure collective qui est encadrée par le temps après la publication dans le journal officiel, le syndic qui ne reçoit aucune revendication dans les délais n'aurait commis aucune faute s'il ne donne pas suite à une revendication hors délai. D'où la nécessité d'entrevoir les voies d'aménagement pour une sécurisation optimale.

2- La voie d'aménagement d'une sécurisation optimale des valeurs mobilières en cas de cessation de paiement du teneur de compte

L'harmonisation du droit économique et l'amélioration du fonctionnement des systèmes judiciaires dans les États Africains sont considérées comme nécessaire pour restaurer la confiance des investisseurs et les développements d'un secteur privé performant. A cet effet, la coordination de l'activité des différentes organisations d'intégration de l'espace OHADA semble être une

³³ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 2016, Yaoundé, p.123, cet auteur explique qu'en plus des mesures communes applicables à tous les créanciers, certains créanciers antérieurs sont soumis à des règles particulières. Il s'agit des salariés, des revendiquants, du bailleur d'immeuble et des titulaires des sûretés.

³⁴ Article 13 du règlement N°01/14/CEMAC-UMAC-CM portant inscription en compte des valeurs mobilières et autres instruments financiers dans la CEMAC

³⁵ Art.20 du décret N°3763/PM du 17 novembre 2014 fixant les conditions d'application de loi N°007/2014 du 23 avril 2014 fixant les modalités de la dématérialisation des valeurs mobilières au Cameroun

³⁶ Article 13 alinéa 1 du règlement N°01/14/CEMAC-UMAC-CM portant inscription en compte des valeurs mobilières et autres instruments financiers dans la CEMAC

nécessité pour atteindre ces objectifs. Cette coordination doit d'abord se matérialiser au niveau des mécanismes de production des normes juridiques.

En effet, la politique d'harmonisation ou d'unification du droit en cours au sein de l'espace OHADA nécessite pour son efficacité la rationalisation des procédés et procédures de mise en œuvre du droit communautaire. En d'autres termes, compte tenu de la pluralité des organisations d'intégration au sein de cet espace, la nécessité d'une coordination entre organisation sur le plan de la production des normes est devenue une nécessité pour la garantie de l'effectivité et de l'efficacité du droit communautaire. L'on sait pourtant que l'efficacité d'une action communautaire s'inscrit dans l'unité et dans la cohérence d'une logique d'ensemble dans laquelle elle trouve ses sources. Or, au sein de l'espace OHADA, la pluralité des sources, et plus particulièrement des ordres juridiques communautaires, portent sérieusement atteinte au sens et à la portée du droit communautaire. Toutefois il est relevé d'après un auteur qui le souligne à juste titre qu'aucun des traités concernés par ce problème de la concurrence entre organisations d'intégration n'a été adopté dans la méconnaissance totale de l'existence des autres traités³⁷. En effet, les traités en vigueur de ces différentes organisations contiennent en effet des dispositions qui invitent à la coopération avec les autres organisations régionales ou sous régionales existantes, ainsi qu'entre les États membres, afin d'éviter les contradictions et autres conflits. C'est du reste le cas de la CEMAC où l'article 8 alinéa 1^{er} du Traité révisé de la CEMAC dispose clairement que « *La communauté établit toutes coopérations utiles avec les organisations régionales ou sous régionales existantes* ». Bien plus l'article 9 du même traité énonce que « *La communauté participe aux efforts d'intégration dans le cadre de l'union africaine et, en particulier, à ceux relatifs à la création d'organisation communes dotées de compétences propres en vue d'actions coordonnées dans les domaines spécifiques. Elle établit des consultations périodiques, notamment avec les institutions régionales africaines* ».

Le traité de l'UEMOA n'est pas en reste dans la recherche de cette coopération entre les ordres juridiques de l'espace OHADA. En effet, le traité de l'UEMOA contient des dispositions similaires à ceux du traité de la CEMAC³⁸. Nous comprenons aisément à la lecture des dispositions tant du traité de la CEMAC que de l'UEMOA que les législateurs de ces deux ordres juridiques

³⁷ Il s'agit de F. M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », communication colloque sur la concurrence des organisations régionales en Afrique, Bordeaux 28 septembre 2009.

³⁸ Art.13 du traité de l'UEMOA

sous régionaux font œuvre de recherche de dialogue en vue de la cohabitation paisible des différents ordres juridiques de l'espace OHADA.

Conclusion

En définitive, la nouvelle forme de détention des valeurs mobilières imposée par la réforme de l'AUDSCGIE révisée pose le problème de la sécurisation desdites valeurs mobilières. De l'analyse qui précède, il transpire que tant le législateur OHADA à travers le droit des procédures collectives que les législateurs des espaces économique sous régionaux ont pris des mesures visant à garantir leur sécurisation. C'est ainsi qu'un certain nombre d'acteurs qui sont tous soumis à un contrôle interviennent tant dans le processus de dématérialisation que dans la gestion des valeurs mobilières dématérialisées pour garantir leur sécurisation. Toutefois malgré cet arsenal juridique mis en place garantissant la sécurisation des valeurs mobilières, nous constatons que cette sécurisation ne sécurisante ne semble pas être suffisante du fait de la prise en compte peu rassurante des difficultés du teneur de compte titres tant en période normale à travers le fonds de garantie qui n'est limité qu'aux valeurs mobilières admises en bourse et l'insuffisance avérée des difficultés du teneur de compte en cas de cessation de paiement ou d'activité. D'où la nécessité d'entrevoir des solutions de nature à rendre plus optimale la sécurisation des valeurs mobilières.

Ineffectivité de la législation sur l'interception des communications au Mali*The uneffectiveness of the malian legislation on interception of Communications in Mali*

Par :

Samba SISSOKO et Dr Boubacar BADJAGA

Respectivement procureur de la République en charge du Pôle Judiciaire Spécialisé de lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée au Mali et son substitut.

Page | 370

Résumé :

Le législateur malien a prévu l'interception des communications aux fins de renforcer les capacités d'investigation des officiers de police judiciaire. Mais, cette technique spéciale d'enquête connaît actuellement des difficultés d'application. L'insécurité juridique, qui en résulte pour tous, justifie un plaidoyer pour une relecture du dispositif existant, et ce notamment pour en faciliter la mise en œuvre.

Le Mali ayant du retard comparé à d'autres pays sahéliens concernant le cadre juridique de l'interception des correspondances, nous lui suggérons de mettre en place un certain nombre de règles régissant la matière conformément à ses engagements internationaux pour concilier efficacité des investigations et respect des droits humains.

Mots clés : Mali, Interception des correspondances, législation, insuffisance, réforme.

Abstract:

The Malian legislator has provided for the interception of communications in order to strengthen the investigative abilities of judicial police officers. But, this special investigation technic is hardly applicable. One cannot be satisfied with provisions currently in force is, to justify the interceptions, since it may be at the risk of causing legal uncertainty for all.

With respect to providing a legal framework for the interception of correspondancies, the State of Mali lagging behind compared to other Sahelian countries, we suggest that a few rules, governing this matter in accordance with its international commitments in order to reconcile the effectiveness of investigations and respect of human rights, be put in place.

Keywords : State of Mali-Interception-Legislation -Deficiency -Ineffectiveness -Reform



Introduction

Lors de cette dernière décennie, les villes sahéliennes sont devenues des milieux criminogènes où se réalisent très souvent des actes terroristes et de criminalité transnationale organisée¹. Les criminels, qui y passent aux actes, utilisent des moyens de plus en plus sophistiqués avec divers modes opératoires intelligemment réfléchis, mettant ainsi en difficulté des enquêteurs qui sont quotidiennement à leur recherche. Pour faire face aux criminels ou aux groupes criminels, il est difficile et dangereux d'accéder à leurs modes opératoires et de réunir des informations et des preuves pour les poursuivre.

Face à cette situation, la communauté internationale, en général, et en particulier les Etats sahéliens dont le Mali ont, dans leur législation, renforcé, ou tenté de renforcer, leur dispositif juridique visant à améliorer les méthodes de détection pour mener des investigations efficaces. Il s'agit des méthodes spéciales et particulières d'enquêtes².

L'emploi de ces méthodes faisant intervenir des techniques spéciales d'enquête (TSE) met davantage l'accent sur les enquêtes proactives³ fondées essentiellement sur les renseignements, ce qui renforce, sans doute, des pouvoirs d'investigation policière. Ces moyens d'enquête spéciaux sont considérés comme les moyens ou les techniques utilisés pour

¹ ABDOU ASSANE (Z.), « LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU NIGER. Les approches juridiques », esbc, éd. Sciences et bien commun, 3^{ème} trimestre 2020, p. xiii. L'auteur a souligné que « de Niger, à l'instar des autres pays du Sahel, n'a pas été épargné par le terrorisme. Ce pays fait face depuis quelques années à des défis sécuritaires dont le terrorisme constitue l'un des aspects les plus saillants ».

² ABDOU ASSANE (Z.), « LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU NIGER. Les approches juridiques », ibid, p. 41. C'est à juste titre que l'auteur a estimé que « Pour une meilleure efficacité de la poursuite et du traitement judiciaire des infractions terroristes, le recours à des informateurs et l'utilisation de techniques d'enquête spéciales (avec les autorisations nécessaires à cette fin), ont été adoptés.

³ BADJAGA (B.), « Des leçons à tirer des expériences subsahariennes dans le traitement judiciaire du terrorisme : Cas de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique Centrale », dans JUSTICE EN QUESTION, Revue trimestrielle de Droit, d'informations juridiques et judiciaires du Syndicat Libre de la Magistrature, septembre 2022, N° 003, pp 50 et 51. En effet, l'auteur a écrit que « L'enquête proactive est la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base des indices graves et concordants que des infractions seront commises ou ont été commises mais ne sont pas encore connues, et qui sont ou seraient commises par une organisation criminelle, telle que définie par la loi. En matière de terrorisme, les enquêteurs de tous les pays de l'Afrique de l'Ouest et du Centre sont formés pour agir avant la réalisation des actes terroristes. Faut-il signaler tout de même que les enquêteurs spécialisés se basent sur les éléments constitutifs de l'infraction telle que sa tentative, la complicité, en l'occurrence le commencement d'exécution, des repérages, une préparation logistique, un recrutement ou tous autres actes préparatoires positifs, notamment en violation de l'article 5 de la loi n°08-025 du 23 juillet 2008 portant répression du terrorisme au Mali visant les actes d'appui aux organisations terroristes, à la participation et les commanditaires de ces actes ».

recueillir des éléments de preuve, des renseignements et des informations de manière discrète afin de ne pas alerter les personnes faisant l'objet d'une enquête⁴.

S'il est admis que l'objectif des TSE telles que l'interception des communications est de mener des investigations efficaces, toutefois, il convient de constater que ces techniques peuvent aussi porter atteinte au respect des droits humains, notamment des droits et libertés fondamentaux, le respect de la vie privée, le secret des correspondances⁵, l'inviolabilité du domicile, qui sont garantis par des instruments juridiques internationaux et nationaux. En effet, la communauté internationale accepte de protéger les droits humains dès l'enquête préliminaire.

Mais, comment peut-on, concilier efficacité des TSE et respect des droits humains dans des phases préparatoires au procès pénal? Il faudrait alors trouver un juste milieu entre, la nécessité d'investiguer efficacement sur les infractions, et le respect des droits et des libertés des personnes mises en cause.

Les droits humains étant, bien entendu, des droits inaliénables de tous les êtres humains, comprennent, entre autres, le droit à la vie, à la liberté, au respect de la vie privée⁶. Ces droits qui sont universellement protégés s'appliquent à tout le monde sans distinction de sexe ni de race.

Cependant, les Etats du sahel dont le Mali qui sont confrontés à la criminalité organisée et au terrorisme ont consacré les TSE dans leurs lois de procédures pénales, dérogeant ainsi aux principes des droits humains, notamment, le respect de la vie privée, le secret des correspondances, l'inviolabilité du domicile. C'est en ce sens que l'interception des communications, communément appelée écoutes téléphoniques judiciaires, sont prévues par le législateur malien pour mener des enquêtes proactives aux fins de poursuivre les criminels et

⁴ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a affirmé, dans sa « recommandation initiale Rec (2005)10 aux États membres sur les techniques spéciales d'enquête », que les TSE sont des techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales cherchant à dépister ou à enquêter sur des infractions graves et des suspects, avec pour objectif de recueillir des informations de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées.

⁵ Par le terme « correspondances », on entend bien aussi conversations téléphoniques.

⁶ C'est un concept à contenu multiforme aussi constamment usité que différemment défini tel que l'a souligné MOURGEON (J.), « *Les droits de l'homme* », PUF, Paris, p. 8.

les groupes criminels, notamment les terroristes, ce qui illustre la réaction rapide de notre législateur aux nouvelles formes de crime.

Mais, contrairement à d'autres législateurs des Etats du sahel⁷, le législateur malien, à travers la loi de 2013⁸, n'a introduit dans le code de procédure pénale (CPP) que l'interception des communications⁹.

Il convient de noter qu'il existe deux sortes d'écoutes, à savoir les écoutes téléphoniques judiciaires¹⁰ et les écoutes téléphoniques administratives¹¹. Ces dernières qui relèvent du domaine des services de renseignement, de la défense et de la sécurité ne seront pas examinées par nous.

Nous allons donc mettre l'accent sur les écoutes téléphoniques judiciaires seulement. Ces écoutes téléphoniques prévues par notre dispositif législatif¹² sont-elles effectives ? ou du moins suffisantes pour être mises en œuvre ?

⁷ A titre d'exemple : Au Burkina Faso, des articles 261-26 et suivants, 515-19 et suivants de la loi n°040-19/AN portant code de procédure pénale. Au Niger, on peut citer des articles 120 et suivants de l'ordonnance n°99-42 du 23 septembre 1999 relative à la lutte contre la drogue prévoyant les TSE telles que la livraison surveillée, les écoutes téléphones, l'accès au système informatique, la surveillance des comptes bancaires ; l'ordonnance n° 2010-86 du 16 décembre 2010 relative à la lutte contre la traite des personnes ; la Loi n° 2015-36 du 26 mai 2015 relative au trafic illicite de migrants et l'article 649.78 (la loi 2016-19 du 16 juin 2016 portant création composition, organisation et compétence d'un pôle judiciaire et des chambres spécialisées en matière de poursuite des actes terroristes) du code de procédure pénale.

⁸ La loi n°2013-016 du 21 mai 2013 portant modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant code de procédure pénale.

⁹ Toutefois, l'article 93 et suivants de la loi N°08 du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme prend en charge la surveillance, l'infiltration, la livraison surveillée, les auditions sous x. Malheureusement, ces infractions éparses et parcellaires ne sont pas mises en œuvre par des textes législatifs et/ou réglementaire.

¹⁰ Les écoutes téléphoniques judiciaires sont décidées par le procureur de la République ou le juge d'instruction agissant sur commission rogatoire dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction.

¹¹ Les écoutes téléphoniques administratives qui sont des intrusions par les services de renseignements dans les communications téléphoniques interviennent dans des affaires liées à la sécurité nationale pour la prévention et lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée. Elles sont également appelées « interceptions de sécurité ».

¹² Les dispositions combinées des articles 93 de la loi n°08 du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 71 du code de procédure pénale et 120 de la loi n°01-078 du 18 juillet 2001 portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs prévoient des écoutes téléphoniques judiciaires.

Ces méthodes d'enquêtes intrusives consacrées dans le code de procédure pénale pour renforcer les capacités d'investigation des autorités pénales sont-elles encadrées par le législateur malien ?

Dans les lignes qui suivent, nous exposerons d'abord que cette consécration législative s'est révélée limitée (I), avant d'envisager les solutions qui sont à portée de main, d'où les suggestions (II).

I- CONSECRATION LEGISLATIVE LIMITEE

Au Mali, la constitution de 1992 tout comme les textes subséquents protègent des droits universellement reconnus. Il est constant que la protection de ces droits humains est le fondement d'une justice indépendante et forte. Ces textes assurent aux personnes une protection contre les immixtions dans leur vie privée et contre la vulgarisation de leurs renseignements personnels.

Toutefois, le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu, notamment en présence des intérêts de sécurité nationale, en luttant contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée¹³.

Pour prévenir le terrorisme et la criminalité transnationale organisée, il a été autorisé par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁴ et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵ d'utiliser des mesures qui constituent une ingérence dans la vie privée, notamment l'interception des communications telle que consacrée par la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la loi modifiant le code de procédure pénale et la loi portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs (A). Mais, il est regrettable de constater que notre législateur n'a pas encore prévu toutes les

¹³ Il importe de noter qu'au Mali, la loi N°2013-016 du 21 mai 2013 portant modification du code de procédure pénale précitée a créé au sein du tribunal de grande instance de la Commune VI du District de Bamako, un pôle judiciaire spécialisé de lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée. Dans ce pôle anti-terroriste à compétence nationale, il a été jugé nécessaire que les magistrats du parquet et les juges d'instruction consacrent l'intégralité de leur activité à la lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée.

¹⁴ En réalité, l'article 27(2)33 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit la clause de limitation générale. Par contre les conditions restrictives sont clairement posées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples lors de sa 56^{ème} session ordinaire tenue à Banjul, le 7 mai 2015, dans ses « *Principes et directives sur les droits de l'homme et des peuples dans la lutte contre le terrorisme* », adoptés retrouve les véritables conditions de restrictions. A la lecture de ses principes, il ressort que les mesures utilisées pour prévenir le terrorisme constituant une ingérence dans la vie privée, doivent être prévues par la loi, strictement proportionnées et absolument nécessaires au but légitime à atteindre.

¹⁵ Cf à l'article 8.2 CEDH relatif au respect de la vie privée et familiale.

garanties procédurales pour l'application de ladite mesure, d'où l'absence d'encadrement des écoutes juridiques (B).

A- Consécration

Nous abordons par-là l'étude du régime juridique de l'interception des communications au Mali qui, peut être définie comme étant les opérations par lesquelles sont captées, enregistrées ou transcrites les correspondances émises par la voie des télécommunications et autres. L'interception des correspondances ne déroge pas au principe de la légalité en matière pénale. On pourrait même dire qu'il n'y a pas interception des communications sans texte. Elle doit donc être prévue par la loi et de manière précise.

En effet, « pour les besoins de l'enquête, les officiers de police judiciaire, sur autorisation écrite du Procureur de la République ou du juge d'instruction agissant sur commission rogatoire, peuvent intercepter les communications téléphoniques, les messages électroniques et autres courriers des suspects ou de toute autre personne en rapport avec eux »¹⁶. Ce texte permet l'utilisation de la technologie pour intercepter toute communication, message, courriel, post, courrier qu'il soit par voie postale ou électronique.

Il ressort que le procureur ou le juge d'instruction¹⁷ a la faculté de prescrire l'interception de correspondances émises par la voie des communications téléphoniques, électroniques et des autres communications.

Mais, pour utiliser cette technique spéciale d'enquête, d'abord, il faut que les nécessités (les besoins) de l'enquête l'exigent, c'est-à-dire l'interception desdites communications doit être essentielle. Ensuite, il faut que cette interception soit effectuée sous l'autorité desdits magistrats. En fin, il faut que ces magistrats l'autorisent et leur autorisation doit être écrite.

De même, dans la loi portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs, on a donné également la compétence au procureur de la République et au juge d'instruction pour autoriser le recours aux écoutes téléphoniques¹⁸.

¹⁶ Cf à l'article 71 du code de procédure pénale alinéa in fine.

¹⁷ Il y'a lieu de rappeler qu'au Mali, le procureur de la République, qui dirige l'enquête, exerce la poursuite alors que le juge d'instruction, qui ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur, instruit à charge et à décharge conformément aux dispositions combinées des articles 31, 88 et suivants du code de procédure pénale.

¹⁸ L'article 120 de la loi n°01-078 du 18 juillet 2001 portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs prévoit que « Le procureur de la République ou le juge d'instruction, s'il est saisi peut autoriser sans que le secret professionnel ou bancaire puisse être opposé : « -le placement... sur écoutes, pour une durée déterminée de lignes téléphoniques ; ...Lorsque des indices sérieux permettent de suspecter que ces lignes téléphoniques,...sont ou ont été utilisés pour des

Dans le même sens, dans la loi portant répression de la cybercriminalité, le législateur a attribué la compétence au procureur de la République et au juge d'instruction pour intercepter les communications¹⁹.

Si dans ces lois les deux acteurs (procureur et juge d'instruction) sont compétents pour autoriser l'interception des communications, force est de constater que la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme du 17 mars 2016 donne exclusivement compétence au juge d'instruction en cas de blanchiment de capitaux et financement du terrorisme²⁰. Il s'ensuit que si l'interception de communications porte sur ces infractions, seul le juge d'instruction est compétent²¹.

Il importe de noter que la décision du procureur de la République ou du juge d'instruction autorisant l'interception des communications n'est pas juridictionnelle.

Si leur décision écrite est insusceptible d'aucun recours, doit-elle, toutefois, être motivée comportant notamment tous les éléments d'identification de la ligne ou des communications à intercepter, la durée de l'interception, l'infraction motivant le recours à celle-ci ?

Le dispositif législatif malien ne donne pas toutes ces précisions²² pour mieux encadrer le recours à l'interception des communications.

opérations en rapport avec l'une des infractions prévues aux articles 94 à 102 ci-dessus, présentant un caractère de réelle gravité... ».

¹⁹ Les articles 83, 85 et 87 de la loi n°2019-056/ du 05 décembre 2019 portant répression de la cybercriminalité prévoient qu'en cas des besoins de l'enquête, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut utiliser les moyens techniques appropriés pour intercepter, en temps réel, des communications transmises au moyen d'un système d'information.

²⁰ Au sens de l'article 93 de la loi N°08 du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, aux fins d'obtenir les preuves de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, et de la localisation des produits du crime, le juge d'instruction peut ordonner, conformément à la loi, pour une durée déterminée, sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé, diverses actions, notamment la mise sous surveillance ou l'interception de communications, l'enregistrement audio ou vidéo ou la photographie d'actes et d'agissements ou de conversations, l'interception et la saisie de courrier. Ces techniques ne peuvent être utilisées que lorsqu'il existe des indices sérieux que lesdits lignes téléphoniques, systèmes et réseaux informatiques ou documents sont ou peuvent être utilisés par des personnes soupçonnées de prendre part au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

²¹ Aux termes des dispositions de l'article 87 du code de procédure pénale, « l'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime... ». Dès lors, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme étant, bien entendu, des crimes, l'instruction préparatoire est obligatoire. Par conséquent, le juge d'instruction est obligatoirement saisi en matières de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

²² Toutefois, l'article 93 de la loi N°08 du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme alinéa in fine indique que « La décision du juge d'instruction est motivée au regard de ces critères ».

Dans ces conditions, en l'état actuel des choses, le recours à cette TSE peut-il être mis en œuvre au Mali sur la base des articles 83, 85 et 87 de la loi portant répression de la cybercriminalité, 93 de la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 71 du code de procédure pénale et 120 de la loi portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs? ou du moins, est-il envisageable au Mali ? La réponse à ces questions nous amène à aborder l'insuffisance de nos lois procédurales.

B- Absence d'encadrement

Nous avons constaté de nombreuses insuffisances dans des instruments législatifs du Mali. Ainsi, à la lecture de nos textes, nous avons relevé que les termes « interceptions des communications n'ont pas encore été définis.

Certes, pour intercepter les communications effectuées par les mis en cause, il faut que cette technique spéciale d'enquête soit essentielle. Lorsqu'il est opportun d'intercepter les communications, le magistrat (le Procureur ou le juge d'instruction agissant sur commission rogatoire²³) autorise rapidement cette TSE.

Mais, une procédure efficace pour réagir à l'infraction rapide doit être équilibrée par des protections contre les atteintes à la vie privée et les intrusions collatérales²⁴. Le recours à la TSE doit être non seulement légal, proportionnel et nécessaire, mais également raisonnable et respectueux des droits humains²⁵.

S'il résulte des dispositions combinées des articles 83, 85 et 87 de la loi portant répression de la cybercriminalité, 93 de la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 71 du code de procédure pénale et 120 de la loi portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs que l'interception des communications doit être judiciairement autorisée, force est de constater toutefois qu'aucun texte ne l'encadre au Mali. En effet, il est constant que la durée de l'écoute n'est pas précisée; que sa prorogation ou son extension n'est soumise à aucune condition de droit et de fait rigoureusement encadrée et contrôlée, ce qui ne garantit pas assez la protection de ces droits humains²⁶.

²³ Aux termes des dispositions de l'article 159 du code de procédure pénale du Mali, « le juge d'instruction peut requérir, par commission rogatoire tout juge d'instruction, tout juge au siège du tribunal ou tout juge de paix de son ressort, et par délégation judiciaire, tout officier de police judiciaire compétent dans ce ressort, de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires dans les lieux soumis à la juridiction de chacun d'eux ».

²⁴ Il s'agit du risque de violation de la vie privée des individus autres que ceux qui font directement l'objet de l'enquête.

²⁵ Les autorités pénales qui utilisent les TSE doivent agir dans le strict respect des droits de l'homme.

²⁶ Il est nécessaire de noter que dans la procédure pénale, la protection des droits humains est à prendre en compte.

Aussi, les circonstances dans lesquelles l'interception des correspondances peuvent être utilisées ne sont pas précisément définies dans le code de procédure pénale.

S'il est constant que l'interception des correspondances est consacrée par l'arsenal législatif du Mali, force est de noter qu'elle porte atteinte aux principes des droits de l'homme, notamment le respect de la vie privée, le secret des correspondances, l'inviolabilité du domicile. Il est inadmissible de sacrifier ces droits fondamentaux pour l'efficacité des enquêtes, sans encadrement du recours à cette technique spéciale d'enquête.

La République du Mali n'a jusqu'à présent pas mis en place des mécanismes nationaux pour permettre la coopération internationale dans le domaine de l'interception des communications, et la création ou la participation à des mécanismes d'enquêtes conjoints²⁷. L'interception des correspondances et la coopération internationale posent d'énormes défis²⁸.

L'on ne saurait sacrifier les droits humains au profit de l'efficacité des enquêtes, sans aucun respect des standards internationaux, d'où suggestions pour un encadrement rigoureux du recours à ces techniques.

II- SUGGESTIONS

S'il est admis que le recours à l'interception des communications est justifié par les besoins de l'enquête, notamment la recherche d'efficacité des investigations policières, encore faudrait-il que ce recours soit rigoureusement encadré conformément au respect des droits humains, ce qui n'est pas encore le cas au Mali.

Dès lors, il importe d'expliquer d'abord les raisons d'un encadrement rigoureux du recours à cette technique avant de faire des propositions concrètes.

²⁷ OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME, «*La coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme*», programme de formation juridique contre le terrorisme, MODULE 3, 2011, p. 144. Il ressort de ce document que « Les enquêtes conjointes constituent une forme de coopération internationale qui existe depuis de nombreuses années en matière de lutte contre la criminalité transnationale. Pour les affaires qui font l'objet d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires dans un ou plusieurs Etats et qui demandent une action coordonnée et concertée, deux ou plusieurs Etats peuvent mettre sur pied une équipe commune d'enquête. Cela se fait sur la base d'accords bilatéraux ou multilatéraux, ou à défaut, au cas par cas ».

²⁸ Les défis juridiques et pratiques sont posés par l'application concrète de l'interception des communications au Mali.

A- Raisons

La technique de l'interception des communications qui est naturellement une ingérence dans la vie privée et la « correspondance » des individus mis en cause et leurs proches mérité d'être définie²⁹. Mais, dans la mise en œuvre de cette TSE, les droits d'un individu doivent être protégés en ce sens que toutes nos décisions peuvent être analysées et contestées devant les tribunaux. En effet, au cours de la planification de l'interception des correspondances, les principaux droits humains doivent être protégés, à savoir :

- Droit à un procès équitable (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁰, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³¹, la Cour européenne des droits de l'homme³²) ;

²⁹ Il doit y avoir une justification raisonnable du recours à une interception des correspondances pour recueillir des preuves liées à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

³⁰ L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « **1.** Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes moeurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants. **2.** Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie... ».

³¹ L'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que « 1. toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend :

- A- Le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ;
- B- Le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa cause soit établie par une juridiction compétente... ».

³² L'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme dispose que « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. ».

- Droit à la vie privée (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques³³, la Cour européenne des droits de l'homme³⁴).
- Droit à la vie ;
- Interdiction de la torture.

Il a été déjà dit que, pour prévenir le terrorisme, les instruments internationaux ont permis d'utiliser des mesures constitutives d'une ingérence dans la vie privée à condition que ces mesures soient prévues par la loi, proportionnées et nécessaires au but légitime à atteindre³⁵ ; que l'application desdites mesures soit compatible avec la dignité humaine et le droit au respect de la vie privée, et ce conformément au droit international des droits de l'homme.

C'est en ce sens que cette méthode intrusive étant, sans doute, une limite aux droits fondamentaux, constitue une atteinte dite « justifiée » au droit à la vie privée en général et particulièrement au droit au respect du secret des correspondances telle qu'évoquée par la Cour européenne des droits de l'homme³⁶. Pour des raisons de sécurité publique, de maintien d'ordre, de prévention et de répression des infractions, les Etats sont autorisés à restreindre certains droits et libertés des citoyens.

Déjà, les Nations unies avaient imposé aux Etats de respecter les règles de protection des droits de l'homme et de l'état de droit, dans le cadre de la lutte contre le crime international, notamment le terrorisme. En effet, la Résolution 1456 du 20 janvier 2003 du Conseil de sécurité des Nations unies prévoit que : « Les Etats doivent veiller à ce que toute mesure prise pour lutter contre le terrorisme soit conforme à toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit

³³ L'article 17 du Pacte international relatif aux Droits civils et Politiques dispose que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance... ».

³⁴ L'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme dispose que « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

³⁵ La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples lors de sa 56^{ème} session ordinaire tenue à Banjul, le 7 mai 2015, dans ses « *Principes et directives sur les droits de l'homme et des peuples dans la lutte contre le terrorisme* », op. cit.

³⁶ L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en date du 29 mars 2005 cité par PRADEL (J.), dans les « *Ecoutes téléphoniques et convention européenne des droits de l'homme* » D.S.1990.4^e cahier, chr.IV, pp.15 et ss. Il en résulte que les écoutes téléphoniques constituent une ingérence dans « la vie privée » et « la correspondance », et dérogent ainsi au principe que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » (art. 8, § 1, Conv. EDH).

international, en particulier le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit humanitaire ». Le fait de mettre en œuvre des mesures intrusives dans la vie privée peut, sans garantie légale, être susceptible de porter gravement atteinte aux droits primaires des citoyens³⁷.

En effet, au Mali, l'interception des communications a été prévue dans un souci répressif afin de résoudre certaines affaires. Mais, pour sa mise en œuvre, le régime juridique doit trouver un équilibre entre la protection de l'ordre public et le respect des droits fondamentaux. C'est pourquoi, un encadrement rigoureux du recours aux écoutes téléphoniques judiciaires s'impose pour ne pas tomber dans l'arbitraire et l'abus, ce qui corrigerait les nombreuses insuffisances constatées dans nos textes.

B- Propositions concrètes

Jusqu'à-là, on peut parler, au Mali, de vide juridique en la matière. Les écoutes téléphoniques judiciaires ne doivent pas être réalisées sans encadrement légal. Sans encadrement légal il n'y a pas de limite. Or, ce n'est que dans un cadre précis que la justice peut intercepter des communications.

C'est pourquoi il est important de définir les interceptions émises par voie des télécommunications comme étant « toute interception, tout enregistrement, toute exploitation ou toute transcription, de message, correspondances ou courriers émis par la voie des télécommunications électroniques »³⁸.

Au-delà des textes trop généraux³⁹, le législateur malien doit mettre en place des garanties procédurales aux fins que le recours à l'interception des communications soit proportionnel⁴⁰, raisonnable et respectueux des droits humains. Sinon, en l'état actuel de la législation malienne,

³⁷Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'Homme, « Fiche d'information n°32 : Droits de l'homme, terrorisme, et lutte antiterroriste », novembre 2009, p. 9.

³⁸ L'avant-projet de loi portant sur les Techniques Spéciales d'Enquête élaboré, au cours d'un atelier de validation tenu du 15 au 17 janvier 2019, à Bamako, avec l'appui de l'ONUDC, a prévu cette définition en son article 1.3.

³⁹ Le principe de l'interprétation de la loi pénale même doit conduire le législateur malien à encadrer rigoureusement le recours à l'interception des correspondances.

⁴⁰ Le principe de proportionnalité suppose que la mise en œuvre de l'interception des communications est proportionnelle à l'objectif visé et à la gravité de l'infraction, c'est-à-dire l'existence de certaines données objectives permettant de penser que l'infraction est imminente ou déjà existante comme l'ont souligné BERKMOES (H.) et DELMULLE (J.), « *Les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. L'accent sur les 'méthodes particulières de recherche'* », Cahiers thématiques de la police et de la justice, Bruxelles, Politeia, 2004, p. 17.

maquerait de base légale toute interception pratiquée en se contentant des dispositions consacrées dans le dispositif législatif en vigueur, notamment des articles 93 de la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 71 du code de procédure pénale et 120 de la loi portant sur le contrôle des drogues et des précurseurs.

Pour la cohérence des termes juridiques, il conviendrait de rajouter le mot « information » dans les dispositions textuelles. Par exemple, au lieu de la formule : « pour les besoins de l'enquête, les officiers... » telle que prévue par l'article 71 du CPP alinéa in fine (loi de 2013), elle serait : « pour les besoins de l'enquête **ou de l'information**, les officiers... ».

Vu les projets de texte récemment adoptés qui instituent, au sein du Tribunal de Grande Instance de la Commune IV du District de Bamako, le Pôle judiciaire national spécialisé en matière de Lutte contre la Cybercriminalité⁴¹, et vu la loi portant répression de la cybercriminalité, il serait mieux de préciser également que si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement⁴² comme au Burkina Faso⁴³, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription des communications téléphoniques, électroniques et autres... ».

Il faudrait clairement prévoir que l'autorisation écrite des magistrats, devant contenir tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, la durée de l'interception, l'infraction motivant le recours à celle-ci, doit être envoyée à l'officier de police judiciaire par tout moyen laissant trace écrite. Il faudrait également insérer dans la loi ainsi qu'il suit : « la décision d'interception n'est susceptible d'aucun recours ».

En effet, pour garantir de manière effective la protection des droits humains, le législateur malien devrait préciser une limite de temps pour l'utilisation des TSE, en général et en particulier l'interception des communications. Il devrait également soumettre leur prorogation ou leur

⁴¹ Dans le communiqué du vendredi 11 novembre sur des projets de texte relatifs à la création, à l'organisation et aux modalités de fonctionnement du Pôle national de lutte contre la cybercriminalité.

⁴² Cette précision de peine traduit la volonté du législateur de ne pas ouvrir cette pratique à des infractions qualifiées de « légères », et par conséquent exclut les contraventions.

⁴³ L'article 261-26 du code de procédure pénale du Burkina Faso dispose en ces termes : « En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications... ».

extension aux conditions de droit et de fait rigoureusement encadrées et contrôlées, ce qui garantirait sans doute la protection de ces droits humains. Par exemple, il déterminerait que la durée de l'écoute autorisée par le procureur ou le juge d'instruction ne peut excéder un maximum de quatre mois. Elle peut se faire renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée, mais sans que la durée totale de l'interception, ne puisse excéder un an, ou s'il s'agit d'infractions spécifiques (terrorisme ou criminalité transnationale organisée) trois ans.

Aussi, notre législateur devrait déterminer les circonstances dans lesquelles l'interception des correspondances et les autres TSE peuvent être utilisées. Pour un contrôle adéquat de leur utilisation par les autorités judiciaires, il serait mieux de préciser, dans la loi, l'autorité compétente qui superviserait les TSE, ce qui serait judicieux dans la mesure où les officiers de police judiciaire ne prendraient pas l'initiative et ne contrôlèrent pas ces enquêtes. Il n'y aurait pas abus car des autorités de direction et de contrôle pourraient suivre et orienter lesdites enquêtes sans « passion »⁴⁴. L'intervention d'un véritable organe judiciaire en la matière serait davantage garante des droits de la défense, ce qui afficherait la volonté du législateur d'entourer ces mesures des garanties⁴⁵.

En encadrant rigoureusement l'intervention des communications⁴⁶, elles s'effectueraient réellement sous l'autorité et le contrôle d'un magistrat. C'est ainsi qu'elles ne peuvent avoir lieu qu'au cours de l'enquête ou de l'information judiciaire, sur autorisation écrite du procureur de la République ou du juge d'instruction. Elles ne seraient possibles que dans les affaires où la peine encourue est au moins égale à deux ans d'emprisonnement. Elles ne peuvent également être ordonnées que lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une information l'exigent.

⁴⁴Le droit à la légalité est le droit pour tout citoyen d'être protégé dans son activité par un certain ordre légal, d'échapper à l'arbitraire de ses gouvernants, et de n'être frappé dans sa vie privée que conformément à la loi, par une autorité juridictionnelle régulière suivant des formes établies.

⁴⁵ En effet, c'est au législateur de s'assurer de l'équilibre du procès pénal.

⁴⁶ Faut-il rappeler, ici, que pendant longtemps, les écoutes téléphoniques ont été réalisées sans encadrement légal en France. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'Homme a maintes fois condamné la France pour non-respect de la vie privée, notamment dans l'arrêt Lambert c/ France en date du 24 août 1998, dans l'arrêt Mathéron c/ France rendu par cette Cour en date du 29 mars 2005. Dans ce dernier cas, un individu fut mis en examen à la suite d'une écoute téléphonique concernant une enquête à laquelle il était étranger. La Cour européenne des droits de l'Homme eut considéré qu'il était impossible pour cet individu de contester ces écoutes et que sa vie privée n'avait pas été respectée. C'est ainsi que la Cour de cassation française influencée par la jurisprudence européenne s'est conformée à l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

Il serait libellé ainsi « si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le procureur de la République ou, par délégation judiciaire, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement, l'exploitation et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications électroniques et autres courriers des mis en cause ou de toute personne en rapport avec eux ».

La réaction, caractérisée par l'adoption de nouveaux textes, permettrait aux autorités compétentes de remplir au mieux leurs missions répressive et préventive conformément au respect des droits fondamentaux⁴⁷. Suivant cette même perspective, le Mali intégrerait dans son arsenal législatif une série de textes indiquant la procédure en la matière, notamment l'obligation de dresser un procès-verbal pour chaque opération d'interception, d'enregistrement et de transcription. Ce procès-verbal indiquerait la date et l'heure du début et de la fin de l'opération. Toutefois, seule la correspondance interceptée utile pour la manifestation de la vérité, ferait l'objet d'une transcription, par l'officier de police judiciaire ou le magistrat, qui est versée au dossier.

Les enregistrements seraient placés sous scellés fermés et seraient ensuite détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique⁴⁸.

Il serait préférable, vu l'urgence, d'élargir en prévoyant et encadrant la mise en œuvre de cette technique et d'autres TSE telles que les infiltrations, les livraisons, la captation d'image ou de sonorisation, avec l'adoption d'autres textes dans le cadre d'une loi spéciale.

D'ailleurs, les acteurs de la chaîne pénale se sont rendus compte que les bases juridiques de l'interception des communications sont très incertaines et ne sont pas conformes aux engagements internationaux du Mali. Appuyés par l'ONUDC, ils ont tenté de combler les lacunes législatives pour offrir un cadre légal, cohérent et complet en tentant de donner des moyens à nos autorités pénales à la hauteur des menaces auxquelles le Mali est confronté⁴⁹.

Cet avant-projet de loi spéciale avait pris en charge les modalités tenant entre autres aux autorités compétentes qui doivent en décider et/ou en contrôler, l'encadrement par les délais et formes de procédures. .

⁴⁷ La République du Mali doit réaliser les réformes nécessaires et garantir la sécurité juridique des maliens.

⁴⁸ Au sens des dispositions combinées des articles 9 et 10 du code de procédure pénale du Mali, la prescription de l'action publique est de dix années révolues, en matière de crime, et de trois années révolues, en matière de délit.

⁴⁹ Mieux, un atelier de validation tenu du 15 au 17 janvier 2019 avait consacré les TSE dans une loi spéciale aux fins de les appliquer.

Il en résulte également que : « en cas de besoin, l'officier de police judiciaire peut, sur autorisation écrite du procureur de la République ... ou du juge d'instruction..., recourir à une agence technique de télécommunications et aux réseaux d'accès aux fournisseurs des télécommunications, chacun selon le type de prestation de service fournie »⁵⁰.

Cet avant-projet de loi spéciale est devenu lettre morte au profit d'un « avant-projet de code de procédure pénale » qui est loin d'être validé. Au cours de nos enquêtes sur la question, bon nombre de praticiens ont annoncé la nécessité d'un texte de loi spécifique aux TSE en général et à l'interception des communications en particulier⁵¹.

Au regard de l'urgence, cet avant-projet de loi spéciale, qui avait défini les conditionnalités de mise en œuvre des TSE dont l'interception des communications, mérite d'être revu pour permettre aux enquêteurs de renforcer leur pouvoir d'investigation en toute légalité conformément au respect des droits humains. Ledit avant-projet de loi spéciale amélioré permettrait de concilier la protection de la vie privée, la loyauté de la preuve et les nécessités de la répression. Il donnerait un statut juridique certain.

Depuis la modification de la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant code de procédure pénale par la loi n°2013-016 du 21 mai 2013, le procédé des écoutes téléphoniques judiciaires n'a pas, à notre connaissance, encore été utilisé, au Mali, par les services autorisés.

Il est grand temps qu'on donne les moyens à nos autorités compétentes leur permettant de bien pratiquer ces techniques comme chez nos voisins qui ont, avec succès, résolu de nombreuses affaires en y faisant recours. Les TSE, notamment, les techniques d'interception des communications, qui paraissent courantes dans certains autres pays sahéliens ont permis, dans ces Etats, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves, d'identifier les présumés auteurs et complices et leur mode opératoire. C'est en ce sens qu'au Burkina Faso la technique de surveillance a été utilisée pour recueillir des preuves qui ont été exploitées à bon escient dans le jugement de contrebande d'hydrocarbure et de financement du terrorisme⁵². Dans

⁵⁰ Ces dispositions sont prévues par l'article 3 de l'avant-projet de loi portant sur les Techniques Spéciales d'Enquête élaboré, au cours d'un atelier de validation tenu du 15 au 17 janvier 2019, préc.

⁵¹ Sur cent (100) praticiens interviewés, notamment magistrats, avocats, enquêteurs, pour la période allant du mois d'octobre au mois de décembre 2022, quatre-vingt-onze (91) ont affirmé la nécessité d'adoption d'un texte de loi spécifique portant sur les TSE, en l'occurrence l'interception des correspondances.

⁵² Le jugement n°037/21 en date du 21 décembre 2021 rendu par le pôle judiciaire spécialisé dans la répression des infractions économiques et financières et de la criminalité organisée du tribunal de grande instance Ouaga I. Il importe de noter cette juridiction est est compétente sur les ressorts des Cours d'appel de Ouagadougou et de Fada N'Gourma.

le même sens, le Niger a mis en œuvre la technique de l'interception des communications aboutissant au jugement de l'affaire emblématique dite de trafic international de drogue à haut risque⁵³.

Ayant été récemment signalé que l'absence de législation sur les techniques spéciales d'enquête est un des obstacles d'ordre juridique à l'exercice des poursuites en matière de crimes internationaux par le ministère public malien⁵⁴, il est souhaitable que l'Etat du Mali mette en place des mécanismes nationaux pour permettre la coopération internationale dans le domaine de l'interception des communications, et la création ou la participation à des mécanismes d'enquêtes conjoints.

Il est indéniable que la coopération internationale dans le domaine des TSE est très utile pour mieux lutter contre le crime international⁵⁵. En effet, toute utilisation transfrontalière des TSE pourrait nécessiter l'échange de renseignements sensibles. Mieux, l'article 20 de la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée (CTO) fait référence notamment aux opérations de surveillance électronique pour lutter contre la corruption⁵⁶.

L'opérationnalisation de l'interception des communications, comme les autres techniques spéciales d'enquête, est nécessaire pour assurer la surveillance secrète des délinquants et pour intercepter leurs communications dans des enquêtes proactives. La délinquance devenant de plus en plus complexe et très sophistiquée, l'interception des correspondances est une tactique d'enquête proactive très efficace qui devrait urgemment être mise en application⁵⁷.

Toutefois, certaines professions devraient être protégées en précisant que les correspondances d'un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et celles d'un journaliste permettant d'identifier une source sont nulles.

⁵³ Jugement n°058/19 en date du 03 janvier de 2019 rendu par la chambre correctionnelle du Tribunal de Grande Instance Hors classe de Niamey.

⁵⁴ SISSOKO (S.), « *L'exercice des poursuites en matière de crimes internationaux par le ministère public malien* », dans *JUSTICE EN QUESTION, Revue trimestrielle de Droit, d'informations juridiques et judiciaires du Syndicat Libre de la Magistrature*, op. cit., septembre 2022, N° 003, p. 37.

⁵⁵ Dans le contexte actuel du sahel, le renforcement de la politique du renseignement, dans le strict respect des libertés individuelles, est nécessaire.

⁵⁶ Au sens des dispositions de l'article 20 de la CTO, chaque Etat met en place, le cas échéant, la surveillance électronique tant au niveau national et qu'international.

⁵⁷ L'objectif est de lutter non seulement contre le terrorisme mais également de prévenir les infractions liées à la criminalité organisée commises en bande organisée ainsi que les autres infractions.

A côté de ces dispositions générales, il conviendrait de prendre en compte les écoutes téléphoniques particulières en ce sens qu'aucune interception ne pourrait avoir lieu :

- Sur la ligne d'un député sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le magistrat ;
- Sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le magistrat ;
- Sur une ligne dépendant du bureau d'un magistrat ou de son domicile sans que le président ou le procureur général de la cour suprême, selon qu'il s'agit d'un magistrat du siège ou du parquet, en soit informé.

Conclusion

Il est constant que l'interception des communications prévue par le législateur malien s'est révélée insuffisante et ineffective alors que l'utilisation des écoutes téléphoniques est un instrument privilégié pour prévenir ou réprimer au mieux l'infraction⁵⁸.

La prise en compte des pistes de réforme sus évoquées renforcerait effectivement des pouvoirs d'investigation des enquêteurs. Face à la gravité et à la multiplication des attaques terroristes, à la complexité de la délinquance et la nécessité de les éradiquer, il importe de rappeler que le caractère exceptionnel de l'interception des communications et les autres TSE fait que leur mise en œuvre ne pourra se justifier que dans les cas prévus par la loi, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'information l'exigent. C'est par la réglementation proposée, à travers le cadre juridique relatif à l'interception des correspondances, le législateur parviendrait à trouver un équilibre entre la protection de l'ordre public et le respect des droits et libertés fondamentaux⁵⁹.

Dès lors, mettre en place un cadre juridique pour l'interception des communications est devenu une nécessité au Mali, ce qui permettrait d'avoir un champ d'application restreint et des conditions de mise en œuvre strictes pour éviter les abus⁶⁰.

⁵⁸ Aujourd'hui, au Mali, à l'instar des autres pays du sahel, le nombre d'utilisateurs des téléphones portables est très important et devrait encore augmenter au cours des prochaines années.

⁵⁹ La prise en considération de ces suggestions comblerait les lacunes législatives et offrirait un cadre légal, cohérent et complet aux activités des services de renseignement au Mali en leur donnant des moyens à la hauteur des menaces auxquelles la République du Mali est confrontée.

⁶⁰ Sinon comme le disait Planiol, « Le droit cesse ou l'abus commence ».

La continuation de l'activité de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire OHADA

The continuation of the company's activity in OHADA bankruptcy proceedings

Par : Page | 389

MEVA'A Gérard Müller

Docteur en droit privé

Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala-Cameroun

Résumé :

L'activité est continuée automatiquement à l'ouverture de redressement judiciaire par le débiteur assisté du syndic. Elle est justifiée par l'objectif de redressement de l'entreprise et de paiement des créanciers. Cependant, en dépit de son importance avérée, au lieu de permettre d'atteindre les objectifs visés, elle contribue plutôt lorsque l'activité est déficitaire, à aggraver le passif et à ne pas redresser l'entreprise conduisant ainsi à la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens et par conséquent à sa disparition. D'où le risque. Ainsi, la continuation de l'activité suscite en même temps espoir et prudence.

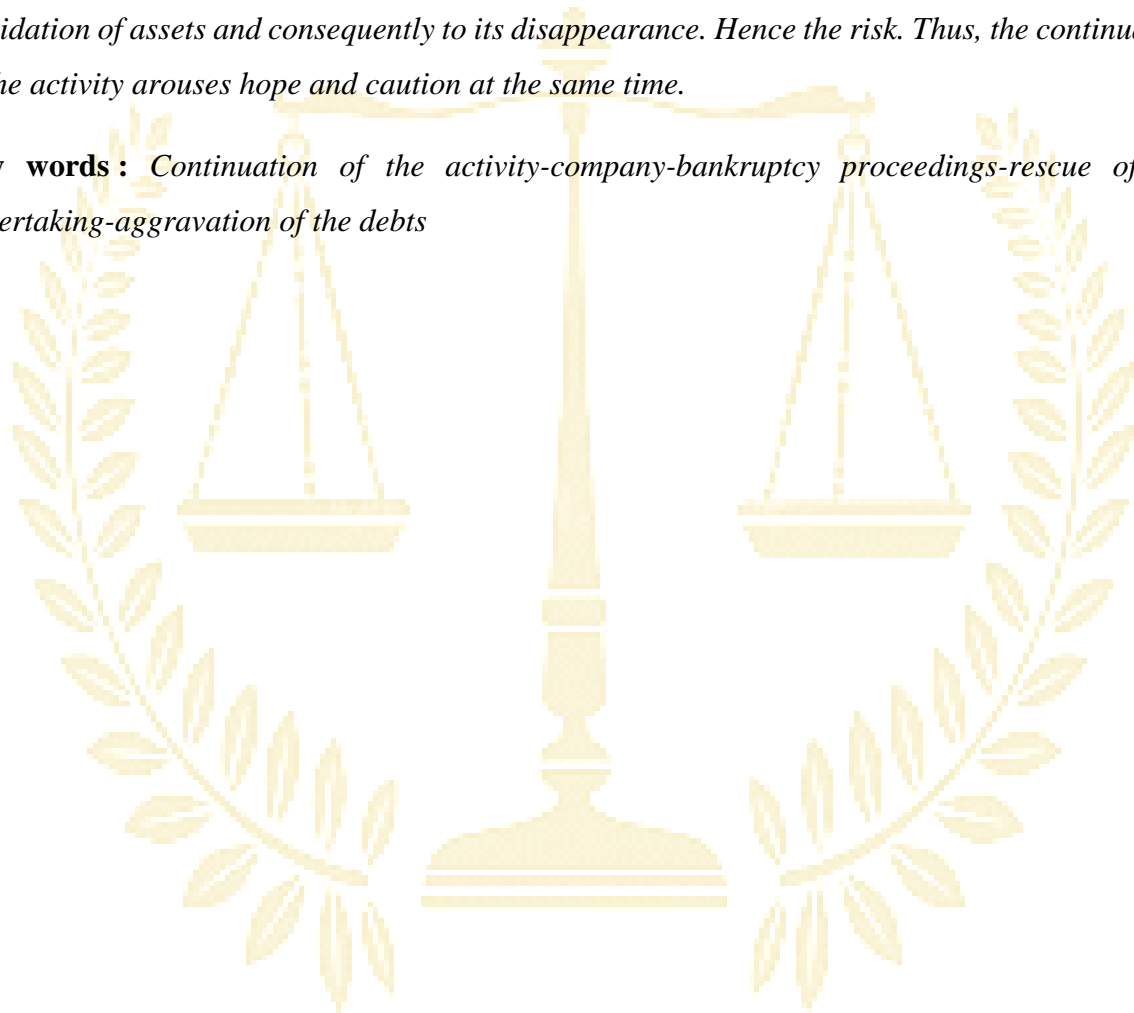
Mots clés : Continuation de l'activité-entreprise-procédure de redressement judiciaire-sauvetage de l'entreprise-aggravation du passif

Abstract :

The activity is continued automatically at the opening of bankruptcy proceedings by the debtor assisted by the trustee. It is justified by the objective of bankruptcy and payment of creditors. However, despite its proven importance, instead of making it possible to achieve the intended objectives, it rather contributes, when the activity is loss-making, to further aggravate the debts and not to reorganize the company, thus leading to the conversion of bankruptcy into liquidation of assets and consequently to its disappearance. Hence the risk. Thus, the continuation of the activity arouses hope and caution at the same time.

Page | 390

Key words : *Continuation of the activity-company-bankruptcy proceedings-rescue of the undertaking-aggravation of the debts*



Introduction

Un des objectifs de la réforme de l'Acte uniforme OHADA¹ portant organisation procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) consiste à multiplier les mesures ou les procédures proposées par le législateur lorsque l'entreprise est en difficulté. Parmi les procédures pouvant aider l'entreprise à trouver des solutions à ses difficultés ou à trouver au mieux le traitement de sa situation, figure la procédure de redressement judiciaire². Cette procédure poursuit comme les autres³ un but déterminant qui est celui de sauver l'entreprise⁴ lorsqu'elle présente encore les chances de vivre.

Le redressement de l'entreprise⁵ s'insère dans le cadre général des objectifs assignés par le législateur aux procédures collectives. Tel est le cas de la procédure de redressement judiciaire. En droit de l'OHADA où l'objectif de la procédure de redressement judiciaire vise le sauvetage de l'entreprise débitrice⁶, la continuation de l'activité est envisagée comme moyen permettant d'atteindre cet objectif. Dans la logique de cette idée l'activité ne doit être poursuivie en priorité dans l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt se réalise par la procédure d'expectative qui donne une chance de survie à l'entreprise, et une chance de paiement au moins partiel des créanciers comme

¹ OHADA signifie Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Cette structure regroupe actuellement dix-sept Etats membres : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, le Congo, les Iles Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la République Démocratique du Congo.

¹ D. C. Sossa, « Avant-propos », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine n° 253, décembre 2015, 30.

² Le redressement judiciaire est un « ensemble de mesures qui définissent les conditions d'exploitation de l'entreprise telles qu'elles sont acceptées par les divers intéressés et auxquelles le tribunal confère force obligatoire et opposabilité erga omnes » (PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 2ème éd., L. G. D. J., 1997, p. 232).

³ Il s'agit des procédures préventives de conciliation, de règlement préventif et la procédure curative de liquidation des biens. Toutefois, dans cette dernière procédure lorsque la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise, celle-ci disparaît ou est liquidée (article 2 de l'AUPC).

⁴ Article 1 de l'AUPC.

⁵ L'entreprise est définie de manière disparate par l'AUPC comme toute personne physique ou morale soumise aux dispositions dudit acte uniforme (lire l'article 1-3 de l'AUPC qui renvoie aux dispositions de l'article 1-1). Le Dictionnaire de droit des affaires la définit comme « une ensemble de moyens humains et matériels organisés en vue de la production et de la circulation des richesses » (Voir Dictionnaire de droit des affaires, n° 204). Elle est également perçue comme une organisation de moyens humains et matériels exerçant une activité économique de production, de transformation et de distribution de biens ou de services. Voir en ce sens PAILLUSSEAU (J.), « Qu'est-ce que l'entreprise ? », *L'entreprise : nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987, n°s 28 et ss. ; KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention - traitements - sanctions*, PUA, octobre 2013, p. 13 ; GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, D., 17^e éd., p. 153.

⁶ A titre de droit comparé, en France, la procédure de sauvegarde (C. com., art. L.620-1 et s.) et le redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-1 et s.) ont le même objectif de redressement du débiteur, l'intervention avant la cessation des paiements en rendant à priori plus aisée la réalisation dans le cadre de la première procédure.

l'indique l'alinéa 3 de l'article 2 de l'AUPC⁷. Le maintien de l'activité dans la procédure de redressement judiciaire revient donc à trouver des solutions à l'état de cessation des paiements assurant le sauvetage de l'entreprise et l'apurement du passif.

L'objectif de redressement de l'entreprise à travers le maintien de l'activité apparaît donc, une fois de plus, comme la priorité du législateur communautaire. Ceci est salubre, en ce sens que le législateur a compris que l'apurement total et intégral du passif ne pouvait se réaliser de manière appropriée et efficace que dans le cadre d'une continuation de l'entreprise ; d'où l'existence à foison, dans le nouvel Acte uniforme, de dispositions prévoyant des modalités de plus en plus variées, susceptibles d'assurer le maintien de cette activité.

En effet, par son caractère automatique l'idée de poursuite de l'exploitation est ainsi dictée par un impératif d'ordre pratique. La poursuite de l'exploitation reste un moyen de redressement, tant il est vrai qu'on ne redresse efficacement que des entreprises vivantes. A cet effet, l'article 112 alinéa 1^{er} de l'AUPC en droit de l'OHADA énonce que : « *en cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic* »⁸. La vie de l'entreprise pendant cette étape de la procédure est étroitement liée à la signification in fine que revêt une procédure de sauvetage judiciaire. Cette poursuite de l'activité suppose de principe qu'elle existe effectivement. C'est une étape obligatoire dans la procédure de redressement judiciaire qui apparaît comme un véritable moyen indispensable de redressement de l'entreprise en difficulté et partant de règlement du passif.

De ce fait, qu'entend-t-on exactement par continuation de l'activité ? La notion de continuation, maintien ou poursuite de l'activité n'a pas été précisée par le législateur OHADA des procédures collectives. La doctrine et la jurisprudence ont au fur et à mesure donné les contours⁹. Il ne s'agit pas d'analyser la continuation de l'activité dans toutes les procédures

⁷ Selon cette disposition « *le redressement judiciaire est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement* ».

⁸ En droit français, l'article L 622-9 du Code de commerce français énonce que « l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation ». v. article 27 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁹ La doctrine a caractérisé cette notion en la définissant comme étant le fait de poursuivre l'activité. V. LECORRE (P.-M) et LECORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires, droit des entreprises en difficulté* 2^e éd., Sirey 2006, pp. 145 à 146 ; SAWADOGO (F.M.), OHADA, *droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, Juriscope 2002, p. 180 ; DADIÉ-DOBÉ (Z.M.) épouse YORO, *La continuation de l'exploitation de l'entreprise dans les procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire précité, p.2.

collectives d'apurement du passif, mais essentiellement dans la procédure de redressement judiciaire.

L'expression continuation de l'activité¹⁰, dans son sens général, désigne sommairement l'action de poursuivre une activité. Mais, dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif, l'expression s'entend comme le fait de poursuivre l'activité à laquelle se livrait le débiteur en cessation des paiements avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif¹¹. Elle doit être comprise ici dans son acceptation restreinte. Cette position intermédiaire qu'occupe la continuation de l'activité fait d'elle une période importante et délicate à la fois car, d'elle dépend dans une certaine mesure la « vie future » de l'entreprise dont elle peut favoriser le redressement ou même aggraver la situation économique déjà déficitaire¹². L'expression est constituée de deux composantes : continuation et activité.

Du latin *continuatio*, la continuation est le fait de continuer, de poursuivre une activité. Le terme activité¹³ est issu du latin *activas*. D'une part, l'activité peut renvoyer au travail c'est-à-dire une occupation laborieuse. Elle peut être professionnelle ou salariée. L'activité professionnelle est un travail dépendant ou indépendant, qui se caractérise par l'accomplissement régulier de certains actes, par opposition au travail occasionnel, et par la suite d'un but lucratif. L'activité salariée est un travail dépendant, effectué pour autrui, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail. D'autre part, l'activité peut s'entendre d'un ensemble de tâches, loisirs ou autres occupations d'une personne. L'activité peut être aussi bien industrielle que commerciale, financière, artisanale, agricole, libérale. Cette activité peut en outre avoir une nature économique c'est-à-dire, une activité (ou des activités) de production, de transformation, de distribution de biens et de prestation de services, ou de certaines de ces fonctions. C'est cette dernière nature de l'activité qui rentrera dans le cadre de cette réflexion.

¹⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F, 12^e édition mise à jour, 2018, p.569.

¹¹ DADIÉ-DOBÉ (Z.M.) épouse YORO, *La continuation de l'exploitation de l'entreprise dans les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., . 1 ; MEVA'A (G.M.), *La continuation de l'activité de l'entreprise à l'aune de l'Acte uniforme OHADA révisé portant procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire de master, Ngaoundéré, 2016, 83 p.

¹² DADIÉ-DOBÉ (Z.M.) épouse YORO, *La continuation de l'exploitation de l'entreprise dans les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., p. 2.

¹³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.97.

Au regard de ce qui précède, on devrait pouvoir parvenir à l'idée suivant laquelle le législateur OHADA des entreprises en difficulté a pleinement adhéré au postulat qui considère le droit comme un instrument de réalisation des finalités économiques¹⁴. Toute la structure d'une science dépend en effet de l'idée que l'on se fait de sa finalité. Cette idée concerne au premier rang le droit des procédures collectives. Dans cet ordre d'idées, il est donc clair que l'activité est continuée lorsque l'on poursuit le sauvetage de l'entreprise en difficulté et partant le paiement des créanciers qui méritent davantage d'être renforcés dans le droit contemporain des difficultés des entreprises d'une manière générale et particulièrement celui des procédures collectives curatives notamment le redressement judiciaire¹⁵. Telle qu'elle est organisée par le législateur, on peut dire qu'elle constitue un réel espoir d'atteindre les objectifs visés. Cependant, il ne suffit pas que cette continuation de l'activité soit mise en place ou prévue, encore faudrait-il qu'elle contribue à l'atteinte des objectifs visés. Ainsi, dans une logique économique, on devrait s'interroger sur la certitude de la continuation de l'activité à permettre d'atteindre les objectifs visés dans la procédure de redressement judiciaire OHADA ? Au regard des difficultés déjà existantes et davantage celles qui peuvent naître de la continuation de l'activité, il s'avère donc qu'elle est une institution incertaine à même de contribuer au redressement de l'entreprise en difficulté et partant à l'apurement du passif. En ce sens, l'étude autour de ce sujet consiste à présenter que la continuation de l'activité dans la procédure de redressement judiciaire peut d'une part, être justifiée (I) et d'autre part, présenter des risques (II).

I- UNE CONTINUATION JUSTIFIEE

L'aboutissement du redressement judiciaire est fondamentalement basé sur la poursuite de l'activité. Sans continuation de l'activité, le redressement de l'entreprise serait impossible, du moins très aléatoire. En effet, la poursuite de l'activité de l'entreprise est une étape obligatoire

¹⁴ POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Collection de droit uniforme, P.U.A., 1999, n°5, p. 6 ; v. aussi sur les interactions du droit OHADA et de l'économie, les ouvrages collectifs suivants : CADIET (L.), *Droit et Attractivité économique : Le cas de l'OHADA*, IRJS Editions 2013, Tome 48, 233p. ; DIFFO TCHUNKAM (J.), *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, CREDO en partenariat avec CCLA, 374p.

¹⁵ Voir respectivement ROUSSEL-GALLE (PH.), « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine, n° 253, décembre 2015, pp. 55-58 ; CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine n°253, Décembre 2015, pp.59-64.

dans la procédure collective de redressement judiciaire. Elle permet de maintenir l'entreprise en vie pendant la recherche des solutions aux difficultés financières que rencontre le débiteur. Lors de l'ouverture d'une procédure collective pour cause de cessation des paiements, il est indispensable que l'activité de l'entreprise continue en vue de d'augmenter les chances de redressement de l'entreprise et partant de paiement des créanciers. A ce niveau, nous présenterons les raisons (A) et les mécanismes (B) de continuation de l'activité dans la procédure de redressement judiciaire.

A- Les raisons de la continuation de l'activité de l'entreprise en redressement judiciaire

La continuation de l'activité de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire est indispensable lorsque le débiteur est en cessation des paiements. Des raisons qui sous-tendent cette idée, certaines se résument d'une manière générale en la recherche du sauvetage ou du redressement de l'entreprise débitrice (1) tandis que d'autres renvoient ou consistent dans l'apurement organisé du passif (2).

1- L'objectif prioritaire de sauvetage ou redressement de l'entreprise débitrice

L'objectif poursuivi par la procédure de redressement judiciaire est le sauvetage ou le redressement de l'entreprise débitrice, qui a cessé ses paiements. Celle-ci bénéficie du temps accordée à la procédure de redressement judiciaire pour mettre en place un arsenal de mesures y relatives. La continuation de l'activité contribue à cet objectif de sauvetage de l'entreprise débitrice dans cette procédure, qui est un objectif d'ordre économique.

Il ne fait l'ombre d'aucun doute, que le redressement judiciaire tel qu'aménagé par l'AUPC du 10 septembre 2015 constitue l'une des roches sur laquelle s'est véritablement construite le sauvetage des entreprises. Il est ouvert au débiteur, personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile ou commerciale, artisanale ou agricole à toute personne morale de droit privé, ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui est en état de cessation des paiements. Par cette procédure, le législateur de droit uniforme a entendu favoriser le sauvetage des entreprises qui ont déjà franchies le « *seuil clinique*

de la cessation des paiements »¹⁶. Ainsi, la cessation des paiements¹⁷ est à l'origine de l'ouverture des procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Aux termes de l'article 25 de l'AUPC, « La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». Le législateur OHADA adopte la position de son homologue français issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁸ et qui reprenait déjà une solution développée par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹. En considération de ce qui précède, la situation d'état de cessation des paiements est écartée s'il est établi par le débiteur qu'il bénéficie des réserves de crédit²⁰ ou que les créanciers lui ont accordé des moratoires qui lui permettent de faire face au passif exigible. A défaut, le débiteur est en cessation des paiements et doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes. La cessation des paiements suppose

¹⁶ SAWADOGO (F. M.), « Commentaire de l'AUPC du 10 avril 1998 », in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, 6ème édition, p. 1136.

¹⁷ SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté, collection droit uniforme africain*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 115, p.104. / Adde, « La cessation des paiements », in *Encyclopédie du droit Ohada*, s/dir. POUGOUE, Lamy, Paris 2011, pp.520 et s, spéc n° 1 et n° 13, p. 520. / BAKARY (D.), « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », OHADATA D- 1064.

¹⁸ Cf. Article L. 631-1 du code de commerce français. En effet, l'article L.631-1 alinéa 1 de l'ordonnance de 2008 dispose que : « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ».

¹⁹ *Com.* 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *Bull. civ. IV*, n° 65; *D.* 2007. *AJ.* 872, obs. A. Lienhard ; *Gaz. proc. coll.* 13-14 avr. 2007. 21, obs. C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 7/2007, n° 71, obs. J. Vallansan ; *RD banc. fin.* 2007, n° 71, obs. F.-X. Lucas; *Rev. proc. coll.* 2007. 221, obs. B. Saintourens ; *JCP E* 2007. 2119, n° 1, obs. P. Pétel ; *JCP E*, 2007, 1833, note Ph. Roussel Galle.

²⁰ La réserve de crédit ou réserve d'argent est un crédit permanent, ou crédit revolving. C'est à dire une somme d'argent disponible en permanence dont l'emprunteur peut disposer librement. Plus précisément, la réserve de crédit est un crédit reconstituable et renouvelable chaque année qui ne coûte rien tant qu'elle n'est pas utilisée.

toujours comme avant la réforme, la réunion de trois conditions relatives au passif exigible²¹, à l'actif disponible²² et à l'impossibilité de faire face²³.

En tant que tel, le redressement judiciaire de l'OHADA apparaît comme une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise qui a cessé ses paiements. Il permet à un débiteur, au nom des impératifs de sauvetage socio-économique de ne pas payer momentanément ses dettes²⁴. Il constitue aujourd'hui dans l'espace géographique et juridique OHADA un viatique par excellence de traitement curatif des difficultés économiques et financières ayant conduit à la cessation des paiements.

Cet objectif de sauvetage ou redressement est renforcé. Dans la procédure de redressement judiciaire, la juridiction compétente doit vérifier et apprécier le sérieux du projet de concordat de redressement avant d'ouvrir la procédure, ce qui permet de sécuriser l'ouverture du redressement judiciaire, qui ne saurait être un moyen permettant au débiteur d'échapper à la poursuite de ses

²¹ Le passif exigible est le passif devant donner lieu à un paiement immédiat comme les salaires, charges, factures à échéance, etc. Il est constitué de l'ensemble des dettes échues, dès lors que celles-ci sont certaines (ne pas être contestées, contestables ou litigieuses), liquides (le montant doit être connu, déterminé ou déterminable), et exigibles (échues et susceptibles d'exécution forcée). La condition d'exigibilité doit être entendue dans son sens juridique et non comptable. A ce propos, il ne faut pas confondre exigé et exigible. Le passif ne doit pas nécessairement être exigé pour être exigible. Il importe que la dette soit normalement arrivée à terme ou qu'elle ne soit exigible que par l'effet d'une déchéance du terme. Le débiteur est fondé à ne pas payer des dettes qui ne présentent pas ces trois caractères, ainsi que les dettes qui n'ont pas pour objet une somme d'argent ou qui sont sérieusement contestées dans leur existence ou leur montant ; LE CORRE (P.M.) et LE CORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2e édition, 2006, n°49, p.52 ; LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, spéc. n°48, p.50 ; POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, op. cit.*, n°41, pp.20 à 21. Ces auteurs citent en exemple un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Douala le 14 septembre 1994 (C.A. Douala, 14 septembre 1994, n° 118/ REF, affaire. Sté CAMGAZ /Sté S.C.T.M. inédit). La cour dans ses motifs dit que « *Considérant qu'il résulte de l'analyse qui précède que la créance de la SCTM ne peut être établie sur la base d'un nombre de bouteilles contesté ni sur la base d'un taux de consignation contesté ; Qu'en fondant sa déclaration de faillite sur le refus de paiement d'une créance incertaine, le premier juge n'a pas donné de base légale à sa décision... ».*

²² L'actif disponible est la trésorerie de l'entreprise. Il correspond aux sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement soit parce qu'elles sont liquides, soit parce que leur conversion en argent liquide est possible à tout moment et sans délai ou selon le législateur français à très court terme. Cela pourrait être la caisse, le solde créditeur des comptes bancaires, les effets de commerce ou valeurs mobilières encaissables à vue, traites escomptables, les créances-clients, le cas échéant machines ou biens non indispensables à l'activité et réalisables rapidement, etc ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6ème éd., 2009, n°345.

²³ Enfin, l'impossibilité de faire face signifie à notre sens que la situation actuelle du débiteur l'empêche de rétablir une situation saine et un équilibre durable en raison de la dissymétrie passif exigible et actif disponible. Qu'importe si le débiteur ne paie pas les traites, émet des chèques sans provision, ferme l'entreprise, ou alors continue à honorer ses échéances de paiements par des moyens frauduleux ou ruineux ; POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, op.cit.*, n°43, p.21/ GUYON (Y.), *Droit des affaires, entreprises en difficulté, redressement judiciaire-faillite, op.cit.*, n°1120, pp.135-136.

²⁴ RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », D. 1936, Chron., pp. 57-60.

créanciers. Ainsi, au nom de l'objectif de sauvetage économique, une série de règles telles que l'arrêt des poursuites individuelles, l'interdiction des paiements applicable à l'ensemble des créanciers antérieurs, l'association des créanciers publics aux efforts de sauvetage de l'entreprise a été entre autres prévue. La période de continuation de l'activité, ouverte à la suite du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est une période constructive au cours de laquelle les différents intervenants à la procédure vont tenter de trouver une solution assurant la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi²⁵. Elle est agencée dans le but d'assurer le sauvetage de l'entreprise en espérant sa remise sur pied. C'est dire que le sauvetage des entreprises est incontestablement fondé sur la recherche de l'efficacité économique. L'enjeu est donc d'assurer la pérennité de l'entreprise et des emplois, sans pour autant, porter d'atteintes excessives aux autres entreprises que sont les créanciers²⁶.

2- L'objectif secondaire de paiement des créanciers ou apurement organisé du passif

L'apurement du passif est une opération essentielle dans la procédure de redressement judiciaire. C'est l'objectif commun assigné à toutes les procédures collectives.

La finalité des procédures collectives en droit OHADA est clairement précisée par le législateur : il s'agit de permettre l'apurement du passif de l'entreprise débitrice. Cette finalité ne peut être atteinte que si l'activité est maintenue. En plus de l'objectif premier du redressement judiciaire qui est la tentative de sauvetage de l'entreprise se profile également à l'arrière plan la préservation des intérêts des créanciers et en particulier de salaire. La protection de l'intérêt des créanciers étant liée à celui de l'entreprise. Le redressement judiciaire dans l'espace OHADA est l'une des procédures de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif, qui permet de traiter les difficultés des entreprises lorsqu'elles sont déjà en cessation des paiements. Il s'agit d'une mesure de traitement curatif qui permet au débiteur qui est dispensé du paiement de la plupart de ses dettes de préparer un plan de redressement de l'entreprise²⁷ à travers le concordat de redressement. Celui-ci doit contenir les modalités et

²⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, *op. cit.*, pp. 289-291.

²⁶ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, Lextenso Editions, Précis Domat, 9^{ème} éd., 2014, n° 84, p. 46.

²⁷ Sur la question SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture de la procédure collective à l'égard du débiteur », *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris 2011, pp. 752 et s.

garanties du règlement de son passif dans la mesure où le passé ou le passif du débiteur doit être apuré.

L'offre de concordat envisage l'avenir possible de l'entreprise, sa restructuration ou la réorganisation de son activité. Il s'agit donc d'une mesure destinée à apurer le passif du débiteur. Pour ce faire, le débiteur doit dans son offre de concordat indiquer entre autres, non seulement les personnes qui seront éventuellement impliquées dans la mise en œuvre ou dans l'exécution du plan de redressement, mais aussi les engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement. Le projet de concordat doit en outre le règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture. Sur ce point, si le projet de redressement judiciaire concerne en premier lieu le débiteur et ses créanciers, d'autres personnes faisant partie ou non de l'entreprise peuvent y jouer un rôle important. Il s'agit des associés anciens et nouveaux qui peuvent consentir à une augmentation du capital, des établissements bancaires et financiers²⁸ qui peuvent accorder ou maintenir leur crédit à l'entreprise, des fournisseurs et enfin des cautions qui vont garantir entre autres le crédit bancaire.

Il doit aussi proposer les modalités devant assurer le maintien et le financement de l'activité de l'entreprise. Sur ce point, le débiteur doit faire connaître au président du tribunal, la manière avec laquelle il compte régler ou apurer le passif né antérieurement à la décision des poursuites individuelles prévue par l'article 75 de l'AUPC. Ainsi, pour assurer la bonne exécution du plan de concordat de redressement, il devra mentionner les engagements et garanties fournis. Il s'agit notamment, de la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions. C'est dire que la réalisation de ces mesures repose sur des engagements qu'auront souscrits certaines personnes, qui vont être tenues d'exécuter le concordat, gage de l'intérêt collectif des créanciers. En revanche, il est aussi important que le débiteur s'engage à honorer ses engagements nés antérieurement à la décision de suspension des poursuites. La poursuite de l'activité économique impose donc également le règlement du passif né antérieurement à la décision

²⁸ VOUDWE BAKREO, « La contribution de l'exigence de transparence des sociétés commerciales dans la sécurisation du crédit », *Cahiers Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2012, pp.247 à 273. / TIENCHEU NJIAKO (A.), « La responsabilité du banquier prêteur pour crédit abusif : une étude des tendances jurisprudentielles au Cameroun et en France », *Cahiers Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun*, 2008/1, pp. 52 et s.

d'ouverture et gelé par l'effet de l'accord concordataire, qui doit également être envisagé suivant les modalités convenues au concordat.

Il s'agit concrètement pour le débiteur de procéder au paiement des créances en fonction des remises et délais consentis dans le cadre du concordat de redressement. L'AUPC²⁹ retient que ceux-ci ont un caractère volontaire et par conséquent peuvent pas être imposés aux créanciers. Toutefois, en ce qui concerne les remises de délais des paiements, l'article 119 alinéa 3 de l'AUPC, les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents. Il en résulte que le paiement de certaines créances peut être plus long que d'autres. Par conséquent, le concordat pourra durer aussi longtemps que possible. Cette solution est approuvée par un auteur³⁰ qui estime que les créanciers n'ont pas les mêmes besoins en matière de trésorerie et de financement ou simplement la même capacité financière.

Quoi qu'il en soit, même si le législateur ne précise pas les modalités de paiement et de recouvrement des dividendes auxquelles s'est engagé le débiteur à l'égard de ses créanciers, il faut admettre que les stipulations contractuelles devraient pouvoir préciser ces modalités afin d'éviter des incidents d'exécution notamment celles relatives au paiement des créanciers. Cet objectif peut davantage être atteint lorsque les créanciers sont regroupés dans une collectivité pendant la continuation de l'activité aussi bien à l'ouverture qu'à la phase concordataire de la procédure de redressement judiciaire.

L'idée de regrouper les créanciers dans une collectivité plus ou moins formelle est fortement soutenue dans le droit OHADA des procédures collectives. Cette discipline collective, voudrait en principe, que tous les créanciers notamment antérieurs³¹ soient traités de la même manière lors des procédures collectives. Ceux-ci étant placés sur le même plan, ils doivent être soumis sans discrimination aucune aux différentes sujétions et contraintes de la procédure collective pendant toute la période de maintien de l'activité.

²⁹ Cf. Articles 119, 120, 121 et 134 alinéa 3 de l'AUPC.

³⁰ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, faillite*, Economica, t.2, 9e éd. 2003, n° 1266.

³¹ Un créancier antérieur peut être défini comme celui dont le fait générateur de la créance est survenu avant l'ouverture de la procédure collective, dans le respect des conditions légales de régularité, contrairement au créancier postérieur dont la créance est née régulièrement après la décision d'ouverture, conformément à l'article 117 de l'AUPC.

A l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, les créanciers sont constitués en masse³². Aux termes de l'article 72 de l'AUPC, la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. Plus intéressant est l'alinéa suivant de cette disposition qui indique que la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture. De cet alinéa 2 de l'article 72, il résulte que tous les créanciers antérieurs, sans exception, quel que soit leur statut font partie de la masse. Cette automaticité de la constitution de la masse traduit la volonté du législateur OHADA, de procéder à un traitement collectif de l'ensemble des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture.

L'organisation des créanciers ne s'épuise pas à la phase d'ouverture des procédures collectives. Elle se poursuit à la phase concordataire. La procédure de redressement judiciaire n'a véritablement de valeur que si elle aboutit à la mise en place d'un plan de restructuration de l'entreprise et de règlement du passif des créanciers. En droit OHADA, la solution propre du redressement judiciaire s'analyse à l'élaboration d'un concordat de redressement³³, censé permettre la survie de l'entreprise et l'apurement du passif³⁴. Le concordat de redressement peut être défini comme une convention conclue entre un débiteur et ses créanciers chirographaires ou privilégiés, à la suite d'un vote majoritaire avec homologation de justice, destinée à garantir son sérieux et sa viabilité. Cette convention présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise, que le débiteur exécutera une fois remis à la tête de ses affaires. C'est en d'autres termes, un acte juridique collectif comme la convention collective en droit du travail, homologué par la justice après son adoption par une majorité qualifiée des créanciers et qui va s'imposer aux opposants et aux absents³⁵. De cette définition, il ressort que le concordat de redressement paraît être un compromis entre deux intérêts difficilement conciliables à savoir : la protection des créanciers, surtout, ceux munis de sûretés réelles et celle du débiteur qui a besoin d'être sauvé.

Tout compte fait, l'organisation des créanciers antérieurs dans la procédure de redressement judiciaire, de l'ouverture de celles-ci à la phase concordataire vise l'ensemble, sans

³² SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », op. cit., pp. 725 et s.

³³ KUASSI DECKON (H.) et MAWUNYO AGBENOTO (K. L.), « Redressement judiciaire, concordat de redressement », in *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1453, n° 2.

³⁴ Article 127-4 de l'AUPC.

³⁵ SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, ouvrage précité, p. 27, n° 277.

distinction de leur nature. La constitution des créanciers en collectivité à travers la suspension des poursuites individuelles a pour but de donner un répit au débiteur afin que celui-ci se concerte avec ces derniers, en vue d'aboutir à la conclusion de l'accord. Aussi, grâce à cette mesure, le potentiel patrimonial et les forces vives de l'entreprise seront préservés et serviront à la continuation de l'exploitation et à la pérennisation de l'activité. Cela montre que la continuation de l'activité est au centre de la procédure de redressement judiciaire, à travers des mécanismes.

B- Les mécanismes de continuation de l'activité de l'entreprise en redressement judiciaire

L'ouverture d'une procédure collective emporte toujours création d'une situation nouvelle. Cet état nouveau créé par le jugement d'ouverture³⁶ de la procédure collective de la juridiction compétente n'affecte pas l'activité de l'entreprise. La continuation de l'activité de l'entreprise à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est de principe (2) sans besoin d'une autorisation de la juridiction compétente. Elle permet de sauvegarder l'entreprise. Préalablement au sauvetage de l'entreprise par le maintien de son activité, l'AUPC OHADA a également édicté un principe général de poursuite de plein droit des contrats en cours nonobstant l'apparition des difficultés (1).

1- Le maintien de plein droit des contrats en cours malgré les difficultés de l'entreprise

La crainte de la défaillance d'une partie au contrat conduit le cocontractant à adopter des mesures préventives. Celles-ci peuvent consister en l'aménagement d'échappatoires spécifiques à l'ouverture d'une procédure collective, dans le but de cesser les relations contractuelles avec le débiteur défaillant. Le foisonnement de telles pratiques est de nature à empêcher, dès lors que la cessation des paiements est déclarée, toute poursuite de l'exploitation. C'est ce qui semble justifier que la législation OHADA soit amenée à protéger le contrat en neutralisant, dès l'ouverture de la procédure, toute tentative de remise en cause par le cocontractant du débiteur³⁷, en l'érigant en

³⁶ On parle souvent de jugement déclaratif, en ce sens qu'il constate un état de difficulté antérieur. Mais en réalité, il est constitutif d'un état nouveau opposable à tous, v. SAINT ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 256, n° 428.

³⁷ ALGADI (A.S.) *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, Paris, l'harmattan, 2009, 369 p / MONSERIE-BON (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. SAINT-ALARY, Litec, 1994 ; 700 p / BRUNETTI-PONS (C.), « La spécificité

principe. Ce principe constitue ainsi un moyen efficace de maintenir les contrats indispensables et susceptibles d'assurer la préservation de l'activité de l'entreprise, mais il reste encadré où l'option y relative est reconnue au seul syndic.

S'agissant du premier point, il convient de souligner que l'AUPC n'a pas défini la notion de contrat en cours à laquelle il fait référence dans ses dispositions énumérées sous la huitième section intitulée « *Contrats en cours et licenciements* ». D'une manière générale, les contrats en cours sont considérés comme des contrats qui n'ont pas été complètement exécutés avant le jugement d'ouverture, c'est-à-dire, en principe, des contrats à exécution successive, mais aussi des contrats, par nature à exécution instantanée, mais dont les effets se prolongent dans le temps³⁸. Ce qui suppose que ces contrats doivent être conclus avant même le jugement d'ouverture, de sorte qu'un contrat en cours de formation ne saurait être poursuivi sur le fondement de l'article 107 de l'AUPC. Il est également nécessaire que le contrat ne soit pas arrivé à son terme, ou qu'il ne soit pas définitivement rompu avant la survenance de la procédure. Ce qui est le cas, lorsqu'une clause résolutoire est acquise avant le jugement, ou lorsqu'une action en justice ou encore une décision unilatérale a abouti à l'anéantissement du contrat. En ce qui concerne le renouvellement, par exemple, d'un bail à la suite d'un congé, il s'analyse en la conclusion d'un nouveau contrat qui échappe à la règle de la continuation, parce que le précédent bail a été anéanti par le congé³⁹.

du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD com, 2000, p. 783 et s. v. aussi KARFO (S.T.S), *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Toulouse 1 – Capitole, 2014, p. 139.

³⁸ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6ème éd., op. cit. n° 548 et s. Le contrat en cours sera, le plus souvent, un contrat à exécution successive supposant des prestations réciproques s'échelonnant dans le temps, tel qu'un bail ou un crédit-bail. Mais dans certains cas, il est difficile d'affirmer que le contrat est en cours, parce qu'il a produit certains de ses effets avant le jugement d'ouverture. Il faut alors rechercher si l'obligation essentielle a été exécutée. Le problème s'est surtout posé en matière de prêt ou de vente, des contrats, d'habitude à exécution instantanée, mais dont certains effets ne s'étaient pas produits au jour du jugement d'ouverture. Il est généralement admis qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon la nature des contrats, mais d'exiger la continuation de tout contrat en cours d'exécution, quel qu'il soit, dès lors que la prestation essentielle n'est pas totalement réalisée ; v. GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9ème éd., op. cit., n° 1206 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial, effets de commerce, banques, contrats commerciaux, procédures collectives*, par DELEBECQUE (PH.) et GERMAIN (M.), Tome 2, LGDJ, 17^e éd., 2004, 1324 p ; v. LE CORRE (P.M.), *Droit et pratique des procédures collectives, Réforme des procédures collectives : Ordonnance du 12 mars 2014*, Dalloz action, 2015-2016, 8ème édition, 2791 p ; SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°189, p.189.

³⁹ KOKOU EVELAMENOU (S.), *thèse précitée*, p. 206. V. également CERATI-GAUTHIER (A.), *Bail d'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise et procédures collectives*, op.cit. ; DIOH (A.), « Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit Ohada », *Revue de l'Ersuma*, n° 2, 2013, Doctrine ; KONATE (K.), *Le bail à usage professionnel à l'épreuve des procédures collectives dans le droit de l'Ohada*, thèse Toulouse I, 2014, dir. M.-A. Rakotovahiny et D. Nzouabeth.

Le maintien des contrats en cours est un moyen indispensable à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Ainsi, à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire le potentiel de l'entreprise doit être préservé. Le moyen essentiel de redressement de l'entreprise, réside incontestablement dans la faculté de poursuite des contrats en cours. Considérés comme biens de l'entreprise, les liens contractuels constituent dès lors un élément essentiel de l'actif de l'entreprise⁴⁰, qu'il convient de sauvegarder, d'où la nécessité de maintenir, par principe, les contrats en cours⁴¹. En effet, le débiteur exerce son activité dans un réseau de relations contractuelles. Lorsque le débiteur se trouve en état de cessation des paiements, son redressement implique le maintien de tout ou partie de ce réseau. Il faut que les contrats en cours puissent se continuer, dans la mesure où ils sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise⁴².

L'article 107 nouveau prévoit, le principe du maintien des contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens⁴³. Il dispose à cet effet que « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens* ». Cette nouvelle rédaction de l'article pose en réalité le principe de la continuation de tous les contrats nonobstant l'ouverture d'une procédure collective. L'exception tirée du caractère intuitu personae du contrat ne peut plus être invoquée. Seuls y échappent les contrats de travail. Et l'on comprend que le législateur ait adouci cette mesure à l'endroit des travailleurs. Il s'est agi sûrement de protéger ces derniers, en les libérant d'un travail devenu difficile ou précaire au vue des conditions d'exécution, liées notamment à l'existence des difficultés de l'entreprise. Avec la réforme du 10 septembre 2015, le droit OHADA s'aligne sur la solution retenue en droit français depuis la loi du 25 janvier 1985 et repris par celle du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008.

⁴⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6ème éd., op. cit., n° 541.

⁴¹ PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8ème éd., L. G. D. J., Paris, 2009, n° 279.

⁴² SCHMIDT (D.), « La poursuite des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1991, p. 381.

⁴³ Sur la force obligatoire des contrats en cours, lire MODI KOKO BEBEY (H. D.), « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Harmattan, Cameroun- Aprod, Yaoundé, 2015, pp. 489 et s.

Avec cette réforme, le législateur OHADA a mis en place une règle prévisionnelle qui limite les conséquences désastreuses d'un événement inattendu sur les relations contractuelles d'une entreprise. Il s'agit de la règle de continuation de plein droit des contrats. Elle concerne tous les contrats en cours à l'ouverture des procédures de sauvegarde à l'exception de certains limitativement énumérés par le législateur. Ainsi, toute tentative de résolution du contrat après l'ouverture d'une procédure collective se révèle très difficile, si non impossible. Toutefois, le contrat en cours est maintenu tant que le syndic n'a pas exprimé de volonté quant au sort du contrat.

S'agissant du deuxième point, l'on peut remarquer que la continuation du contrat en cours dans la procédure de redressement judiciaire n'est pas automatique. Le contrat maintenu n'est pas nécessairement poursuivi. La continuation est sélective en fonction de l'intérêt de l'activité et des ressources du débiteur. La faculté d'exiger l'exécution du contrat est d'ordre public ; elle ne peut être contournée de quelque façon que ce soit par le cocontractant. En plus de favoriser le redressement de l'entreprise ou celui des créanciers, la décision de poursuivre le contrat en cours peut être utile pour éviter les dommages et intérêts qui pourraient résulter de la résolution du contrat. Cette décision relève du pouvoir exclusif du syndic.

L'AUPC OHADA consacre un monopole au syndic dans l'exercice du droit d'opter pour la continuation du contrat. Il revient au seul syndic, d'user de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie. L'article 108 alinéa 1 de l'AUPC⁴⁴ dispose que « *le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie* ». Ainsi donc, le syndic peut en se fondant sur l'intérêt de l'entreprise voire celui des créanciers, décider de poursuivre ou de ne pas poursuivre l'exécution de tel ou tel contrat en cours. Il détermine librement les contrats qu'il entend poursuivre et ceux qu'il veut rompre.

Le principe du maintien de plein droit des contrats en cours est ainsi édicté dans un but d'assurer au mieux la poursuite de l'activité de l'entreprise. Et il est normal que le sort du contrat dépende du choix non de l'autre cocontractant mais du syndic. Il en est en effet le mieux placé pour exercer cette option, car il est le mieux informé et le plus objectif. Son choix fera donc prévaloir

⁴⁴ En France, cette disposition se retrouve dans les termes de l'article L 622-13-II du Code du commerce : « *l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* ».

l'intérêt général, sur des considérations égoïstes qui peuvent guider tel ou tel contractant. A cet effet, le choix dépendra de la conjoncture économique générale, de l'état de l'entreprise, de la nature ou de l'importance du contrat. L'on suppose que le syndic doit prendre en compte son utilité dans la perspective du redressement de l'entreprise. Il en sera ainsi par exemple lorsque le contrat est indispensable pour assurer la survie de l'entreprise ou lorsque même sa rupture serait de nature à faire obstacle au redressement de l'entreprise.

Dans le même ordre d'idées, il convient de souligner que le choix du syndic n'est pas enfermé dans un délai fixe et ne fait l'objet d'aucun formalisme particulier. Cela trouve explication dans la complexité des facteurs que le syndic doit prendre en considération. Malgré cette difficulté, il doit être en mesure de pouvoir demander la poursuite de tous les contrats lui paraissant favorables ou susceptibles de l'épauler dans l'objectif de redressement de l'entreprise. Ainsi, dès lors qu'aucune décision n'a été prise par la mandataire de justice, le contrat continue de lier les parties. Toutefois, afin d'éviter au créancier ou cocontractant une trop longue période d'incertitude, le droit OHADA admet que le titulaire du droit d'option soit mis en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat, afin d'éviter qu'il soit dépendant de son bon vouloir. Le syndic peut ainsi être mis en demeure par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat⁴⁵. C'est dire qu'à l'issue de ce délai d'un mois, le syndic sera réputé renonçant et le contrat rompu, s'il ne répond pas, ce qui permettra au cocontractant d'être clairement et définitivement fixé⁴⁶ sur les intentions du syndic. En droit OHADA, la décision du syndic de continuer le contrat en cours peut être expresse ou tacite. Dans le premier cas, cette décision est formulée par une notification adressée au cocontractant, par laquelle il exerce son option. Dans le second, la décision résulte le plus souvent de l'exécution spontanée du contrat après le jugement d'ouverture ; il suffit dans ce cas, que le comportement du syndic manifeste clairement sa volonté de poursuivre le contrat, notamment en fournissant la prestation promise à l'autre partie.

Devant l'évidence des difficultés pratiques que peut engendrer cette solution, l'alinéa 3 de l'article 109 de l'AUPC prévoit que s'il n'use pas de sa faculté d'option ou ne fournit la prestation promise dans le délai imparti, son abstention ou son inexécution peut donner lieu, outre la

⁴⁵ Article 108, al. 3 de l'AUPC ; v. également l'article L. 622-13-III-1°, C. com.

⁴⁶ SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 560.

résolution, à des dommages et intérêts. Le syndic a alors tout intérêt à manifester son intention le plus vite possible ; ce d'autant plus qu'en période de difficulté, lui permettra d'assurer dans le temps le redressement de l'entreprise et de sauver l'activité.

En France, le texte de l'article L 622-13-III 1° consacre la résiliation de plein droit du contrat « *après une mise en demeure (...) adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse* ». Mais contrairement au législateur africain, le législateur français permet au juge-commissaire avant l'expiration de ce délai, de le réduire ou le prolonger de deux mois au plus, en fonction des besoins⁴⁷. Outre cette souplesse du délai, celui-ci peut être suspendu dans la procédure de sauvegarde, en l'absence d'administrateur judiciaire. En effet dans cette procédure, la décision du débiteur de poursuivre le contrat doit préalablement requérir l'avis conforme du mandataire judiciaire dont copie de la mise en demeure est adressée. En l'absence de réponse dans les quinze jours, le débiteur saisit le juge-commissaire qui tranche du désaccord. Dans ce cas, la saisine suspend le délai d'exercice du droit d'option du débiteur et le greffier en avertit le cocontractant.

En considération de ce qui précède, cet organe qu'est le syndic, institué par l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, devient un acteur incontournable dans la poursuite de la relation contractuelle. Mais quoi qu'il en soit, la continuation de plein droit des contrats en cours ne peut se faire que dans le cadre de la continuation de l'activité, moyen de redressement. Celle-ci se poursuit également de plein droit malgré l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire pour cause de cessation des paiements du débiteur.

2- La poursuite automatique de l'activité de l'entreprise

L'Acte uniforme dans sa réalisation des principaux objectifs poursuivis par les procédures collectives à savoir le sauvetage de l'entreprise et le paiement des créanciers, a prévu la continuation automatique de l'activité en période de cessation des paiements de l'entreprise. La continuation de l'activité de l'entreprise en cessation des paiements est de principe en cas d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire⁴⁸. Elle n'est soumise à aucune autorisation.

⁴⁷ Pour un aperçu comparé de l'évolution en France et en droit de l'OHADA, v. ALGADI (A.S.), *Contrats et droit O.H.A.D.A des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, op. cit., n°s 289-291.

⁴⁸ Cf. Article 112 alinéa 1 de l'AUPC.

Le législateur OHADA à la suite de son homologue français⁴⁹, a permis la poursuite de l'activité, même lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements. Cette mesure se justifie dans la mesure où le redressement a pour but le sauvetage de l'entreprise. Il est donc normal que la continuation d'activité soit automatique. En plus, le redressement de l'entreprise, ne serait-ce que celui d'une unité économique, n'est concrètement envisageable que si l'exploitation se poursuit. Une rupture de l'activité, s'agissant notamment d'une entreprise fragile serait donc un obstacle insurmontable à toute mesure de sauvetage. Il en est ainsi, car l'intérêt de l'entreprise commande même une continuation de l'activité⁵⁰. Si tel n'était pas le cas, la juridiction compétente aurait immédiatement prononcé la liquidation des biens. Ainsi, même lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements mais dont le redressement est encore possible, son activité doit continuer. Seulement, il reste que l'exercice d'une telle mesure est soumis à des restrictions.

La continuation de l'activité est encadrée. Elle n'est pas laissée à la libre disposition du débiteur et se fait sous le contrôle vigilant du juge-commissaire et de son représentant qu'est le syndic. Il s'agit d'éviter la dilapidation de l'entreprise ainsi que le dépérissement de son patrimoine. Ainsi, lorsque l'entreprise est mise en redressement judiciaire, l'activité est continuée par le débiteur ou les dirigeants avec l'assistance du syndic. Cette assistance trouve son fondement dans l'article 52 de l'AUPC. Selon cette disposition « *la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tout acte concernant l'administration et la disposition de ses biens sous peine d'inopposabilité de ces actes* ». L'assistance signifie que tous les actes importants requièrent le concours du débiteur et du syndic. Par contre, chacun d'eux peut faire des actes conservatoires. De plus, le syndic peut se faire autoriser par le juge-commissaire à agir seul si le débiteur ou les dirigeants refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine du débiteur. D'un autre côté, le débiteur ou les contrôleurs peuvent contraindre le syndic à accorder son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition par décision du juge-commissaire. Enfin, même en cas d'accord du syndic et du débiteur, une autorisation du juge-commissaire est nécessaire pour les actes

⁴⁹ En effet en France cette poursuite de plein droit est intervenue avec la loi du 25 janvier 1985 qui énonce en son article 35 que " l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation".

⁵⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit..

susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise tels que la vente des immeubles ou de certaines immobilisations tels que par exemple les machines.

Par ailleurs, d'après l'article 43 alinéa 5 de l'AUPC, le syndic doit rendre compte de la continuation en communiquant les résultats de l'exploitation au juge-commissaire dans le rapport qu'il doit établir en même temps qu'il remet également une copie du rapport au ministre public. Le syndic doit le faire au moins une fois tous les deux mois et, dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui demande⁵¹. Il indique en outre le montant des deniers déposés, conformément à l'article 45 sur un compte spécial ouvert à cet effet et destiné à recevoir les fonds recueillis par le syndic quelle qu'en soit la provenance. L'idée est donc d'éviter toute malversation au cours de la poursuite et de rendre aussi transparent soit peu, celle-ci. De même qu'il permet d'informer les intéressés à la procédure des résultats de l'exploitation, de la situation de la trésorerie de la capacité prévisible de l'entreprise à faire face aux dettes nées après le jugement d'ouverture.

L'autre restriction est liée à la limitation de la durée de la continuation de l'activité. L'activité n'est maintenue que pendant la durée de la procédure de redressement judiciaire. La durée de la continuation de l'activité semble limitée en matière de redressement judiciaire à neuf (09) mois. L'article 33 de l'AUPC révisé limite la durée du redressement à six mois, prorogeable de trois mois, une seule fois par la juridiction compétente, d'office ou à la demande du débiteur ou du syndic. Ce qui limite à neuf (9) mois, la durée maximale de la procédure de redressement judiciaire. Il serait donc imprudent d'aller au-delà du délai prévu, puisque dans la pratique, la continuation de l'activité peut se révéler risquée.

II-UNE CONTINUATION RISQUEE

Maintenir l'activité lorsque l'objectif de redressement de l'entreprise n'est plus possible et de paiement des créanciers est risqué. Chercher à atteindre ces objectifs alors que la situation de l'entreprise est déjà irrémédiablement compromise, contribuerait davantage à aggraver le passif de l'entreprise (A) et, par conséquent, conduire à la conversion de la procédure de redressement judiciaire en procédure de liquidation des biens (B).

A- Le risque d'aggravation du passif de l'entreprise

⁵¹ Cf. Article 43 alinéa 5 de l'AUPC.

La continuation de l'activité, au lieu de permettre le sauvetage de l'entreprise et par conséquent le désintéressement des créanciers à travers l'exécution du concordat homologué, peut plutôt contribuer à aggraver le passif de l'entreprise. Certaines raisons peuvent contribuer à aggraver davantage le passif de l'entreprise. Elles peuvent être liées entre autres au comportement du débiteur ou des dirigeants de l'entreprise, à l'apparition de nouveaux créanciers.

La première peut être due au comportement du débiteur ou des dirigeants de l'entreprise. En effet, le débiteur qui a pris l'initiative de demander une procédure de redressement judiciaire est assisté⁵², mais cela ne signifie pas qu'il est dessaisi de l'administration de son entreprise. Il jouit, en effet, d'une liberté de gestion notamment pendant la phase de l'exécution du concordat dans le redressement judiciaire. Toutefois, la poursuite de l'activité ne doit pas être l'occasion de la prise de mesures qui y sont défavorables ou qui lèsent les intérêts des créanciers. Les obligations concordataires doivent être bien exécutées. Le concordat ne doit pas faire l'objet d'une mauvaise exécution, d'une inexécution ou d'exécution manifestement tardive.

Mais seulement, il arrive parfois, durant la période de continuation de l'activité, que le débiteur, malgré des interdictions⁵³, pose des actes de nature à compromettre l'atteinte des objectifs visés. Il en est ainsi par exemple lorsque le débiteur poursuit une activité tout en sachant que celle-ci est déjà déficitaire ou poursuit l'activité dans son seul intérêt⁵⁴. C'est aussi le cas lorsque les débiteurs appelés à redresser l'entreprise sur la base du concordat par eux proposé mais qui se détournent et organisent leur insolvabilité⁵⁵, jusqu'à la fin biaisée de la procédure en passant par la négligence et l'insouciance des organes appelés à intervenir. C'est aussi le cas lorsqu'on découvre après l'homologation du concordat que le débiteur a donné des informations erronées sur l'actif et le passif. En effet, certains actes du débiteur antérieurs à l'ouverture de la procédure de

⁵² Article 52 de l'AUPC. Selon cette disposition : « *La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit (...) assistance obligatoire du débiteur* ». Par exemple, le gérant ne saurait, sans l'assistance du syndic, exercer une voie de recours. En ce sens, CCJA, arrêt n° 074/2012 du 29 novembre 2012, Affaire Madou SARL c/ SN Sosuca, Juridata, n° J074-11/ 2012 ; Code bleu, éd. Juriafrica, 2014, p. 626.

⁵³ SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 11, AUPC in OHADA, précité.

⁵⁴ A ce propos, l'AUPC prévoit s'agissant des sanctions civiles, que toute personne qui agit ainsi, commet une faute. Article 198 alinéa 3 de l'AUPC s'agissant de l'extension de la procédure collective aux dirigeants.

⁵⁵ Le concordat peut toujours être affecté dans son déroulement par les agissements du débiteur qui pourront entraîner soit son annulation soit sa résolution. Voir en ce sens KUASSI DECKON (H.) et MAWUNYO AGBENOTO (K. L.), « Redressement judiciaire, concordat de redressement », op. cit., pp. 1456 et s. ; KALIEU ELONGO (Y. R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA (A jour de la réforme du 24 décembre 2015)*, P.U.A, 2016, p. 144. Cf. article 141 alinéa 2 de l'AUPC.

sauvetage de redressement judiciaire peuvent être remis en cause dès qu'un jugement est prononcé, lorsqu'il a méconnu les règles mises en place en période de difficultés. Il s'agit des actes accomplis pendant la période dite suspecte⁵⁶, car comprise entre la date de la cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture⁵⁷. Selon l'AUPC, sa durée maximale est de 18 mois au prononcé du jugement⁵⁸. Elle est qualifiée de suspecte car l'on suppose que le débiteur aux abois a dû poser des actes tendant à aggraver son passif ou à diminuer son actif compromettant ainsi les chances de redressement.

La deuxième concerne l'apparition de nouveaux créanciers. Il s'agit des créanciers nés de la continuation de l'activité⁵⁹ encore appelés créanciers de la masse ou postérieurs à l'ouverture de la procédure collective. En effet, à l'ouverture de la procédure collective, il pèse toujours sur le débiteur, malgré la suspension des poursuites individuelles pour certains créanciers, la présence des dettes antérieures. Il s'agit donc pendant la continuation de l'activité, de maintenir les contrats en cours⁶⁰ des personnes qui ont accordé un crédit au débiteur, tels les créanciers antérieurs⁶¹, et donc ont besoin d'être rassurés sur le paiement de leurs créances, pour continuer à apporter leur concours⁶² au débiteur. Or, un débiteur confronté à une procédure collective éprouve vis-à-vis de ses cocontractants une double difficulté liée à son état d'endettement : d'une part, il doit conserver la confiance de ses anciens partenaires. A cette difficulté, l'AUPC intervient en faveur de l'entreprise contre le risque de rupture des relations contractuelles par les cocontractants. Cela n'est pas sans opérer un bouleversement des principes directeurs en matière contractuelle car l'ordre public s'invite dans le contrat, imposant aux cocontractants des normes extérieures à leur volonté⁶³. D'autre part, le débiteur doit maintenir ses marchés et le cas échéant conquérir de

⁵⁶ Certains actes conclus au cours de cette période sont inopposables à la masse. Lire SAWADOGO (F. M.), *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, op.cit., pp. 225 et s. Du même auteur « Période suspecte, inopposabilité », Encyclopédie du droit Ohada, S/dir. POUGOUE, Lamy, Paris 2011, pp. 1334 et s.

⁵⁷ SAWADOGO (F. M.), « Période suspecte, inopposabilité », Encyclopédie du droit Ohada, S/dir. POUGOUE, Lamy, Paris 2011, pp. 1334 et s.

⁵⁸ Cf. Article 34 alinéa 2 de l'AUPC.

⁵⁹ MBONJI BILLE (G.C.), « Les créances nées de la poursuite de l'activité », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Coll. Droit Uniforme, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 163-169.

⁶⁰ Article 107 de l'AUPC.

⁶¹ SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture de la procédure collective à l'égard du débiteur », op. cit.

⁶² MENKAH (B. J.), *Le concours des associés et des créanciers au traitement des difficultés des entreprises*, mémoire de DEA, Université de Douala, 2004.

⁶³ KARFO (S.T.S.), *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, thèse précitée, pp. 135-136.

nouveaux marchés. Dans cette perspective, l'AUPC dispose des mesures incitatives afin d'encourager la participation au maintien de l'activité grâce à l'octroi d'un droit de préférence aux nouveaux créanciers⁶⁴. Bien que justifiée par l'objectif de sauvetage de l'entreprise, maintenir l'activité en présence de telles difficultés est de nature à alourdir davantage le passif de l'entreprise.

Toutes ces raisons peuvent avoir pour corollaire l'incertitude du respect des délais de la procédure et partant de non redressement. En effet, depuis l'AUPC de 2015, l'accélération est le maître-mot des procédures collectives. Les procédures sont enfermées dans des délais à l'instar de la procédure de redressement judiciaire⁶⁵. Or, les difficultés qui naissent de l'exécution du concordat⁶⁶ pendant la période de continuation de l'activité sont susceptibles de conduire au non respect des délais et par conséquent rendre trop lourde et trop longue la procédure de redressement judiciaire, au point d'entraîner l'enlisement du débiteur et la persistance ou même l'aggravation de ses difficultés financières d'une part et, d'autre part, le maintien des créanciers dans une incertitude préjudiciable quant à l'issue de leurs créances. Toute chose qui ne peut que conduire à la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens.

B- Le risque ou l'hypothèse de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens

Pas plus que la médecine ne peut ressusciter les morts, le droit ne peut donner vie à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise et qui n'a aucun espoir de retour à une exploitation équilibrée. Le réalisme commande alors de ne pas gaspiller des énergies, du temps et de l'argent dans un acharnement procédural aussi décevant que l'acharnement thérapeutique. Par conséquent, l'entreprise moribonde doit être liquidée. Lorsque l'entreprise n'a plus aucune chance sérieuse de poursuivre son activité, elle est susceptible d'être soumise à la liquidation des biens⁶⁷ régie par les articles 25 et suivants de l'AUPC sur l'ouverture du redressement judiciaire

⁶⁴ Il en est ainsi du privilège du new money. Voir dans le cadre d'une procédure de conciliation nouvellement instituée (article 5-11 de l'AUPC révisé), d'un règlement préventif (article 11-1 de l'AUPC révisé) et d'un redressement judiciaire (article 33-1 de l'AUPC révisé).

⁶⁵ Article 33 de l'AUPC.

⁶⁶ Article 138-1 de l'AUPC. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que « *A tout moment de l'exécution du concordat de redressement judiciaire, le débiteur, le juge-commissaire sur rapport du syndic ou les créanciers représentant plus de la moitié de la valeur des créances totales peuvent demander au président de la juridiction compétente, la modification du concordat en vue d'en favoriser l'exécution* ».

⁶⁷ Cass. Com.31 mars 2004, n°02-16.437, D. 2004, p.1231, obs. AVENET-ROBARDET.

et de la liquidation des biens, c'est-à-dire sa fin, est inévitable. Dans ces conditions toute perspective de sauvetage de l'entreprise est exclue ou interdite⁶⁸.

Dans la logique de cette idée, la juridiction compétente, saisie par le syndic, un créancier contrôleur, ou par le ministère public, peut, à tout moment et après rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu si nécessaire les créanciers, les contrôleurs et le syndic, convertir le redressement judiciaire en liquidation des biens⁶⁹. C'est dire que la poursuite de l'activité n'est pas acquise et que sa rupture est toujours possible. Tel est le cas notamment lorsque la continuation de l'activité est de nature à aggraver la situation de l'entreprise en alourdissant son passif. La continuation de l'activité apparaît tout simplement comme un moyen pouvant permettre d'atteindre l'objectif de sauvetage de l'entreprise. Dans le cas contraire, lorsque l'entreprise n'a plus aucune chance sérieuse de poursuivre son activité ou n'est plus apte à être redressée au moyen d'un concordat sérieux⁷⁰, la liquidation est inévitable. La juridiction compétente est obligée de la prononcer⁷¹. La liquidation des biens, selon l'AUPC révisé, est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif.

En bref, la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens révèle l'incertitude de la continuation de l'activité à atteindre les objectifs visés dans cette procédure. Cette situation pourrait trouver explication dans la difficulté de la mise en œuvre des solutions aux difficultés déjà existantes et davantage à celles qui naissent de la continuation de l'activité.

Conclusion

En définitive, notre travail portait sur le maintien de l'activité dans la procédure de redressement judiciaire OHADA. Pour analyser cette thématique, il nous est venu à l'idée de présenter d'une part la continuation justifiée de l'activité de l'entreprise dans cette procédure. A ce niveau, nous avons démontré que le maintien de l'activité est indispensable. En effet, cette

⁶⁸ JAMES (J. C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », in POUGOUÉ (P.G.), (Dir), Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, Paris 2011, p. 1106.

⁶⁹ Cf. Article 112 alinéa 3 de l'AUPC. KONATE (M.), « Le redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides », in *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives*, Dossier spécial, Droit et Patrimoine n° 253, décembre 2015, p. 41.

⁷⁰ Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, jugement n° 224 du 20 mars 2002, Requête aux fins de liquidation judiciaire de la SOTRAO, Ohadata J -04-187.

⁷¹ TPI de Lomé, jugements nos 0448 bis du 14 février 2012 et 3633 du 16 octobre 2016.

procédure est marquée par le maintien automatique ou de plein droit de l'activité. Ce maintien est justifié par un certain nombre de raisons. Bien plus, la continuation de l'activité est au centre de la procédure de redressement judiciaire à travers des mécanismes visant à sauver l'entreprise. D'autre part, nous avons présenté le maintien risqué de l'activité de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire. Nous avons montré que le maintien de l'activité, au lieu de permettre le sauvetage de l'entreprise et par conséquent le désintéressement des créanciers à travers l'exécution du concordat homologué, peut plutôt contribuer à aggraver davantage le passif de l'entreprise, dû en grande partie par le comportement du débiteur. Toute chose qui ne peut que conduire à la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. Alors, au-delà des développements ci-dessus faits, l'on peut admettre que la continuation de l'activité de l'entreprise dans la procédure de redressement judiciaire suscite en même temps de l'espoir et de la prudence. Autant le législateur a compris que, pour des raisons socio-économiques évidentes, la continuation de l'activité de l'entreprise doit être privilégiée, autant il a bien perçu que la situation critique du débiteur doit inciter à la méfiance.

La responsabilité pénale du banquier dans le financement des entreprises en difficultés en droit OHADA

The criminal responsibility of the banker in the financing of companies in difficulties in OHADA

law Page | 415

Par :

Dr NYOBE John Fabrice

Ph. D en Droit des Affaires

Directeur du Cabinet Juridique NYOBE CONSULT & ASSOCIE
Enseignant Vacataire à l'Ecole Normale Supérieure de Bertoua (Cameroun)

Résumé :

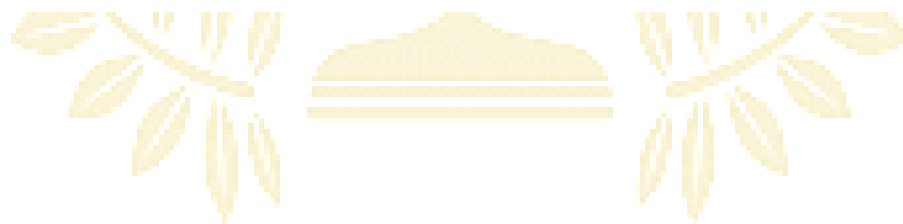
Peu importe que le banquier se contente de dispenser le crédit ou alors qu'il s'immisce dans les activités de son client, le régime de sa responsabilité semble lui être défavorable dans le cadre de la faute pénale. En effet, dans l'espace OHADA, le risque de responsabilité pénale du banquier demeure très élevé. Il faut rappeler que dans certains Codes pénaux applicables dans les États OHADA, le complice de l'infraction est puni comme l'auteur. Ainsi, le banquier peut se voir appliquer les mêmes peines que son client, dans l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective. En parcourant les peines prévues dans certains Codes pénaux comme celui de la Centrafrique et du Bénin, l'on constate que le banquier complice de banqueroute simple est puni des peines d'emprisonnement allant jusqu'à 5 ans et des amendes qui peuvent atteindre 5 000 000 de FCFA. Mais ces peines ne sont-elles pas trop sévères à l'encontre du banquier ? Ce d'autant plus qu'en maintenant le principe de l'irresponsabilité dans l'AUPC révisé, le législateur a certainement souhaité la dépenalisation de nombreux agissements des personnes morales, en général, et du fournisseur de crédit, en particulier. Mais en même temps, l'on peut lui faire la reproche qu'il n'est pas allé jusqu'au bout de son raisonnement. L'on se serait attendu qu'il ne laisse plus le pouvoir de fixation des peines aux législations internes à chaque État membre.

Mots clés : Banquier - Responsabilité Pénale - Banqueroute - Droit OHADA – Procédures Collectives – Code pénal.

Abstract :

It does not matter whether the banker is content to provide credit or when he interferes in the activities of his client, the regime of his liability seems to be unfavorable to him in the context of criminal fault. Indeed, in the OHADA area, the risk of criminal liability of the banker remains very high. It should be remembered that in certain Criminal Codes applicable in the OHADA States, the accomplice to the offense is punished like the perpetrator. Thus, the banker may be subject to the same penalties as his client, in the use of ruinous means to obtain funds in order to avoid or delay the opening of collective proceedings. Thus, in application of the penalties provided for in certain penal codes such as that of the Central African Republic and Benin, the banker who is an accomplice to simple bankruptcy is punished with prison sentences of up to 5 years and fines which can reach 5,000,000 FCFA. But aren't these penalties too severe for the banker? This is all the more so since by maintaining the principle of irresponsibility in the revised AUPC, the legislator certainly wanted the decriminalization of many acts of legal persons, in general, and of the credit provider, in particular. But at the same time, we can reproach him that he did not go to the end of his reasoning. One would have expected that it would no longer leave the power to set penalties to the internal legislation of each Member State.

Keywords: Banker - Criminal Responsibility - Bankruptcy - OHADA Law - Collective Procedures, Criminal Code.



Introduction

L'idée d'une responsabilité pénale du banquier a été, pendant longtemps, mal perçue dans l'espace OHADA car elle serait de nature à renforcer leur frilosité dans le financement des entreprises en difficulté. Plusieurs arguments¹ ont donc concouru au rejet de la responsabilité pénale de la personne morale et à l'incitation au financement bancaire. Mais au cours du siècle dernier, l'on a assisté au déclin du principe de l'irresponsabilité de la personne morale qui était pourtant favorable au banquier².

Mais, le législateur OHADA a tenté de résister à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales exerçant dans son champ de compétence. L'argument de la préservation des activités économiques en Afrique pouvait légitimement justifier cette réticence. Mais une partie de la doctrine trouve injustifiée³ la réticence du législateur OHADA. Celle-ci justifie son argumentaire sur le droit comparé⁴ et sur le contexte socio-économique des États africains marqué par une délinquance d'un autre genre⁵. C'est dans ce sens que certains États membres de l'OHADA ont admis la responsabilité pénale des personnes morales. L'admission de cette personnalité morale nous conduit néanmoins à la question suivante : le régime de l'infraction de complicité de banqueroute est-il défavorable au banquier ?

Nous pensons que oui, parce que le régime juridique de cette infraction s'avère défavorable au banquier du fait du risque élevé de sa responsabilité pénale avant le jugement d'ouverture de la

¹ Sur l'ensemble de ces arguments, v. notamment : J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., Cujas, 2014, p. 482, n° 586.

² Sur l'ensemble de ces répliques, v. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Économica, 16^e éd., 2009, p. 542 et 543. Selon ces auteurs, l'argument tiré du caractère artificiel de la personne morale a été battu en brèche. L'argument en réplique faisait prévaloir l'idée de la réalité de la personne morale, celle-ci pouvant, comme une personne physique, non seulement réaliser l'élément matériel de certaines infractions mais aussi avoir une volonté propre différente de celle de ses membres. L'argument tiré du principe de la spécialité n'a pas non plus résisté. On lui a objecté que même si la commission d'une infraction n'entre pas statutairement dans l'objet social de la personne morale, la pratique montre qu'une société peut se livrer à une activité différente de celle pour laquelle elle a été créée. Quant à l'argument tiré de l'incompatibilité entre la peine et la personne morale, il pêche par le fait qu'il semble ignorer que la sanction pénale d'amende est parfaitement envisageable à l'encontre de la personne morale.

³ F. MAKOUGOUM FAHA, « Personnes morales et responsabilité pénale en droit de l'OHADA, plus d'une décennie après l'adoption du Traité », *Pénant*, juillet-sept. 2015, n° 892, p. 414.

⁴ V. A. FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Pénant*, n° 859, p. 195 ; R. ADAMOUM, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace OHADA », *Rev. De L'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, p. 43 ; A. FÉNÉON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, Lextenso Editions, LGDJ, 2015, p. 590, n°1508 ; E. L. KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *Pénant*, 2000, p. 313.

⁵ V. les scandales meurtriers de ces dernières années en Afrique causés par des pollutions imputables aux personnes morales : le scandale SNPC au Tchad en 2013 a causé des déversements de produits toxiques dans l'environnement mettant en danger les vies humaines.

procédure collective. Il s'ensuit que ce risque élevé de la responsabilité pénale du banquier déteint défavorablement sur ses intérêts du point de vue des conditions de mise en mouvement de l'infraction de complicité de banqueroute, et du point de vue des conséquences de cette infraction. Ainsi, dans un premier temps, la présente étude s'attèlera à montrer que l'admission d'une telle responsabilité dans l'espace communautaire est défavorable au banquier du point de vue des conditions de cette infraction (I), et dans un deuxième temps, le législateur OHADA a tendance à être très sévère à l'encontre du banquier quant aux conséquences de cette infraction (II).

I- LES CONDITIONS DE L'INFRACTION DE COMPLICITÉ DE BANQUEROUTE DÉFAVORABLES AU BANQUIER

D'après le lexique des termes juridiques, « *la complicité est la situation de celui qui, par aide ou par assistance, facilite la préparation ou la consommation d'une infraction, sans en réaliser lui-même les éléments constitutifs, ou encore provoque une infraction ou donne des instructions pour la commettre* »⁶. Il faut rappeler que dans certains Codes pénaux applicables dans les États OHADA, le complice de l'infraction est puni comme l'auteur⁷. En effet, dans un souci d'assainissement des affaires dans notre espace communautaire, les législations pénales nationales et OHADA se montrent assez sévères à l'encontre du banquier. Or cette sévérité déteint sur la promotion du financement des entreprises en difficultés. Cela est visible dans la mise en mouvement de la responsabilité du banquier pour complicité de banqueroute qui suppose que l'action soit visée contre des personnes bien précises (A) et que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis (B).

A- La non protection du banquier dans la mise en mouvement de cette responsabilité

L'analyse de l'article 230 de l'AUPC⁸ rend compte de ce que le législateur OHADA cantonne l'infraction de complicité de banqueroute aux seules personnes physiques représentants

⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la direction de), Lexique des termes juridiques, D. 24e éd., 2017/2018, v. « *Complicité* ».

⁷ V. notamment art. 27 du Code pénal ivoirien.

⁸ Cf. art. 230 de l'AUPC : « *Les dispositions de la présente section sont applicables : 1°) aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales visées par l'article 1-1, ci-dessus ; 2°) aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes, des personnes morales visées au 1° ci-dessus. Les dirigeants visés au présent article s'entendent de tous les dirigeants de droit ou de fait et, d'une manière générale, de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux* ».

du banquier⁹. Mais dans l'intervalle, plusieurs pays admettent la responsabilité pénale du banquier dans l'espace OHADA : le Togo qui l'a consacré dans son Code pénal en 1980¹⁰, le Burkina Faso depuis 1996¹¹, le Cameroun¹², le Tchad¹³ etc. On assiste donc là à une confrontation entre le droit pénal des affaires qui est favorable au banquier personne morale et le droit pénal applicable dans certains pays qui y sont défavorables. Or en matière pénale, le législateur OHADA donne la plénitude de la répression au droit pénal applicable dans chaque Etat membre (1). On observe cependant ces dernières années l'adoption par les États des textes internes pour combler le vide (2).

1- Du fait du laxisme du droit OHADA

Le législateur OHADA a donné la plénitude de la répression aux législations pénales nationales. Ainsi, à l'instar des personnes physiques (b), toute infraction peut être imputable à une personne morale, en l'occurrence le banquier (a).

a- Le cas du banquier

Les fautes civiles ci-dessus évoquées et plus précisément l'octroi abusif du crédit qui engagent la responsabilité pécuniaire de la banque, peuvent également prendre une coloration pénale¹⁴ et entraîner des poursuites à l'encontre du banquier¹⁵. Ainsi, selon le lexique des termes

⁹ Personne morale.

¹⁰ V. notamment l'article 42 de la loi n° 80-1 du 13 août 1980 instituant un Code pénal togolais « toute personne morale peut être déclarée coupable des infractions commises par ses organes à son seul profit, dans les limites de leurs attributions ».

¹¹ V. notamment l'article 64, al. 2 de la loi n°43/96/ADP du 13 novembre 1996 portant Code pénal burkinabè. Ce texte considère comme auteur d'une infraction pénale « toute personne morale à objet civil, commercial, industriel ou financier au nom et dans l'intérêt de laquelle des faits d'exécution ou d'abstention constitutifs d'une infraction ont été accomplis par la volonté délibérée de ses organes ».

¹² La loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal au Cameroun. On peut y lire à l'article 74-1 : « les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

¹³ Loi n° 001/PR/2017 du 8 mai 2017 portant Code Pénal en République du Tchad. Le législateur a récemment consacré la responsabilité pénale des personnes morales. Cf. articles 469-470.

¹⁴ Il peut arriver que la responsabilité du banquier soit de nature pénale, soit parce que les infractions ont été directement commises par le banquier, soit parce qu'il s'est laissé prendre dans les liens de la complicité d'infractions commises par les clients. V. dans ce sens J. M. NYAMA, « Droit bancaire en zone CEMAC, nouvelle édition, presses de l'UCAC, Yaoundé-Cameroun, février 2015, p. 396 ; J.-H. ROBERT, « Banqueroute et autres infractions », Droit pénal, novembre 2005, p. 13 et s. ; D. NZOUABETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », Revue des Procédures Collectives, n° 4, décembre 2007, p. 192-206.

¹⁵ M. DE JUGLART et B. IPOLITO, Traité de droit commercial banques et bourses, T.7, 3e éd, Paris, octobre 1991, p. 418 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La responsabilité pénale du banquier dispensateur de crédit », in J.

juridiques, la banqueroute est un « délit consistant à des faits de gestion frauduleuse par toute personne physique ou morale, exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Les poursuites nécessitent l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire »¹⁶.

Or, il n'y a pas complicité sans fait principal punissable. L'infraction de banqueroute doit donc avoir été établie vis-à-vis du crédit pour que le banquier puisse être tenu de la complicité de banqueroute. C'est ce qui nous conduit à définir la banqueroute comme étant une infraction pénale commise par un commerçant personne physique en état de cessation des paiements. Elle peut être simple ou frauduleuse. Elle est frauduleuse lorsqu'elle tient à des actes graves impliquant une certaine malhonnêteté, exemple : soustraction de la comptabilité, faux bilan et simple dans le cas contraire. Ainsi, un auteur pense que cette infraction est dirigée contre tout commerçant qui, « désireux de sauver son affaire, va être tenté de se livrer à des manœuvres qui, destinées à redresser la situation ou à retarder le moment où l'entreprise va tomber, vont le plus souvent aggraver les choses, et sacrifier définitivement les intérêts déjà menacés des créanciers »¹⁷.

Et pour les dirigeants des personnes morales ou représentants de celles-ci, les actes constitutifs du délit de banqueroute simple sont prévus à l'article 231 de l'AUPC¹⁸ et ceux constitutifs du délit de banqueroute frauduleuse sont prévus à l'article 233¹⁹ de l'AUPC. Au regard de ces deux dernières dispositions visant les dirigeants sociaux, nous constatons que le législateur distingue, en fonction de la gravité des fautes commises par le dirigeant, les banqueroutes simples et les banqueroutes frauduleuses. Mais la responsabilité pénale de la personne morale n'étant pas, expressément, prévue par le droit de l'OHADA, le banquier semble être à l'abri de toute poursuite pénale. Une doctrine pense même qu'il y a un vide juridique qui est d'apparence favorable au

LASSERRE CAPDEVILLE et M. STORCK (dir.), Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques, Dalloz, 2012, p. 25.

¹⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la direction de), Lexique des termes juridiques, D. 24e éd., 2017/2018, v. « Banqueroute ».

¹⁷ J. LARGUIER et P. CONTE, Droit pénal des affaires, A. Colin, Coll. « U », 11e éd., 2004, n° 506.

¹⁸ Cf. Art. 231 de l'AUPC.

¹⁹ Cf. Art. 233 de l'AUPC.

banquier²⁰. Dans ce cas, les poursuites ne semblent pouvoir être dirigées que contre la personne physique ayant personnellement commis l'infraction à savoir le préposé de la banque.

Mais pris dans une conception large, ce vide juridique observé dans l'espace OHADA s'avère être un leurre. Cela peut s'expliquer par le fait que le droit OHADA laisse le soin à chaque Etat membre d'organiser la répression des fautes pénales commises par les commerçants. A ce titre, dès lors qu'un Etat membre admet la responsabilité pénale²¹ d'une personne morale, les poursuites contre le banquier seront possibles sans que le préposé soit lui-même à l'abri des poursuites.

b- Le cas du préposé

Les articles 230 de l'AUPC et 334- 2 du Code pénal camerounais visent les « *personnes physiques représentantes permanentes des personnes morales dirigeantes* ». En effet, la personne morale désigne son représentant légal permanent qui est une personne physique. Il faut préciser que ce dernier encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Un auteur²² pense que le préposé est juridiquement sacrifié car on veut lui faire *porter le chapeau* d'une responsabilité qui pèse sur la personne morale. Selon cette doctrine, *le législateur met la personne morale à l'abris et envoie le préposé à l'abattoir*. Par conséquent, une infraction ne peut en principe être réalisée que par une personne physique. Le principe de l'irresponsabilité de la personne morale posé par le droit OHADA n'occulte donc pas la responsabilité de la personne physique auteur des faits.

Cette non protection du préposé persiste même dans les systèmes juridiques internes qui ont consacré la responsabilité pénale de la personne morale concomitamment avec celle de son préposé. C'est ce que laisse entendre l'article 74-1 de la loi portant Code pénal au Cameroun. Selon ce texte, « *la responsabilité pénale des personnes physiques auteurs des actes incriminés, peut se cumuler avec celle des personnes morales* ». Mais contrairement aux autres juges africains qui

²⁰ Sur les développements concernant ce vide juridique, v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.*, p. 114.

²¹ *Idem.*, p. 107-108. Cet auteur parle de l'affirmation d'un principe général de responsabilité pénale des personnes morales dans certains Etats (Togo, Burkina Faso, Cameroun) et de l'admission dérogatoire d'un principe de responsabilité dans d'autres Etats (Côte d'Ivoire, Centrafrique, Sénégal). Mais le Tchad a récemment consacré la responsabilité pénale de la personne morale dans le nouveau code pénal tiré de la loi n° 2017-01 du 08 mai 2017, v. art 469.

²² Sur le sacrifice des intérêts du banquier, v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *thèse préc.*, pp. 114-115.

brillent par la sévérité et la confusion des sanctions, le juge sénégalais a dans une espèce, protégé le préposé de la personne morale qui était poursuivi pour délit de banqueroute, en déboutant la partie civile pour absence de justification²³. Il s'agit de la décision du Tribunal régional hors classe de Dakar rendue le 26 janvier 2010²⁴.

Ces confusions de sanctions observées dans nos juridictions sont dues au fait que plusieurs magistrats ne sont pas spécialisés et sont dénués des connaissances économiques et comptables. Alors qu'ils doivent maîtriser les Actes uniformes du bout des doigts. Les États-parties doivent donc assurer des formations continues ou des recyclages des juges commerciaux. Il en est de même des rappels que le législateur OHADA devrait faire aux États-parties qui n'ont pas encore créés des juridictions spécialisées en matière commerciale. Sur cette question, nous sommes d'accord avec cette doctrine qui a recommandé l'adoption, pure et simple, d'un Acte uniforme²⁵ portant organisation des juridictions et de la procédure commerciale. Le but étant de généraliser les tribunaux de commerce dans l'espace OHADA.

2- Du fait de la timide adaptation des États-parties au droit uniforme

Malgré les appels incessants du législateur OHADA, il n'y a que trois pays qui se sont ajoutés au groupe des cinq qui avaient jusque-là honorés à leur engagement²⁶ (a). Quelques solutions peuvent néanmoins être envisagées (b) pour remédier à cette inertie.

a- La timide réaction de l'appel de l'OHADA

Deux articles de l'AUPC devraient constituer la boussole du droit pénal des affaires en matière de banqueroute. Nous regrettons que législateur ait raté l'occasion d'abroger expressément toute dispositions contraires. Il s'agit de l'article 228 de l'AUPC²⁷, d'une part, et de l'article 229 de l'AUPC²⁸, d'autre part.

²³ A. A. BOYE, *Banqueroutes et infractions assimilées : étude de jurisprudence, mémoire préc.*

²⁴ TRHC de Dakar, 26 janvier 2010, Aff. ECOBANK contre Mouhamadou Lamine MBACKE.

²⁵ A. MBARGA, « Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciales », *Pénant*, 2013, n° 882.

²⁶ V. *infra*, para 241.

²⁷ V. également art. 25 al. 1 de la loi camerounaise du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA : « *est coupable de banqueroute simple et puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, tout commerçant personne physique en état de cessation des paiements qui, (...) dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, (...) emploie les moyens ruineux pour se procurer des fonds (...)* ».

²⁸ Cf. al. 1 et 2 de l'art. 229.

Le législateur OHADA, a déjà invité en vain les autres États parties à adapter leur législation interne aux dispositions du droit uniforme susvisées. En effet, au cours de la réunion tenue les 13 et 14 juin 2013 à Ouagadougou au Burkina Faso, le Conseil des ministres de l'OHADA, faisant le constat de ce que seuls cinq États avaient conformé leurs législations aux exigences du Traité en matière pénale, a invité les États qui n'avaient pas encore satisfait aux exigences de l'article 5 du Traité à combler ce vide²⁹.

L'un des derniers États à avoir répondu à l'appel est la Guinée qui a promulgué le 26 octobre 2016 son nouveau Code pénal. Dans un communiqué de presse rendu public sur le site *Ohada.com* le 17 décembre 2016, la Commission nationale de l'OHADA en Guinée, structure chargée de la mise en œuvre du droit harmonisé en Guinée, s'est félicitée de cette promulgation³⁰. Plus récemment, le Niger³¹ et le Tchad³² ont pris des mesures tendant à intégrer dans leur dispositif pénal les peines afférentes aux incriminations prévues par les Actes uniformes.

b- Les solutions pour briser l'inertie des États-parties

Le fait qu'il n'y ait que huit États sur les dix-sept qui aient honoré à leur engagement, suscite une insécurité juridique en dépit des efforts de l'OHADA. Pour y remédier, nous pensons que le législateur communautaire gagnerait peut-être à introduire dans son dispositif le mécanisme du recours en manquement. Ce mécanisme permettrait, au-delà de son aspect pédagogique, de faire respecter par les États les engagements qu'ils ont souscrits³³.

Une autre solution moins contraignante pour les États et respectueuse de leur souveraineté, serait de généraliser la technique des planchers/plafonds souvent mise en œuvre dans les Actes uniformes. Il s'agit en fait de fixer dans l'Acte uniforme des planchers et des plafonds de sanctions

²⁹ V. compte rendu de la réunion du Conseil des ministres de l'OHADA des 13 et 14 juin 2013 à Ouagadougou, compte rendu disponible à l'adresse : <http://www.ohada.com/actualite/1891/compte-rendu-de-la-reunion-duconseil- des-ministres-de-l-ohada-du-13-et-14-juin-2013-a-ouagadougou.html>.

³⁰ v. Communiqué de presse de la Commission nationale de l'OHADA de Guinée, publié le 17 décembre 2016 à l'adresse : <http://www.ohada.com/actualite/3254/revision-du-code-penal-en-guinee-avec-integration- des-sanctions-penales-relatives-aux-incriminations-d-affaires-prevues-par-les-actes-uniformes.html>.

³¹ Loi n° 2017/10 du 31 mars 2017 modifiant et complétant la loi n° 61/27 du 15 juillet 1961 portant institution du Code pénal au Niger.

³² Loi n° 01 du 8 mai 2017 portant Code pénal au Tchad.

³³ Dans ce sens, v. M. GORÉ, « Compétence de la CCJA : exclusion des décisions appliquant des sanctions pénales (Traité OHADA, art. 13 al. 3 et 4), note sous CCJA, Ass. plén., 14 juillet 2016, n°143/2016 », in L'essentiel Droits africains des affaires, n°1, Janv. 2017.

à l'intérieur desquels la législation nationale gardera une marge de manœuvre³⁴. C'est cette solution qu'a retenue le législateur notamment aux articles 203, alinéa 2 de l'AUPC et 311 de l'AUDSCGIE. Mais en attendant, les législateurs nationaux continuent à dicter leurs lois dans les tribunaux. Il en est de même des éléments constitutifs de cette infraction.

B- La non protection du banquier dans les éléments constitutifs de l'infraction de banqueroute

Le risque de responsabilité pénal s'avère très élevé lorsque banquier ou son préposé finance une entreprise en difficultés qui est mise, ultérieurement, en redressement judiciaire ou en liquidation des biens³⁵. Mais l'on déplore la sévérité dont fait preuve les législateurs nationaux au niveau de l'élément matériel (1). En revanche cette sévérité semble être mitigée dans l'élément intentionnel (2).

1- Du fait de la sévérité juridique quant à l'élément matériel

Ici il est question de savoir en quoi les crédits du banquier se sont révélés ruineux. L'appréciation du caractère ruineux des crédits octroyés a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle. En effet, si dans un premier temps, les banquiers se plaignaient déjà du caractère sévère des crédits « *intrinsèquement ruineux* » (a), ils n'étaient pas au bout de leurs peines. Ainsi, les juges n'ont pas tardé à aggraver leur sort en admettant les crédits « *relativement ruineux* »³⁶ (b).

³⁴ En ce sens, v. M. SEREKOISSE-SAMBA et J. BILE-AKA, « Le contentieux pénal des affaires OHADA », in Actes du séminaire de formation des auditeurs de justice et jeunes magistrats des États membres de l'OHADA, Grand-Bassam (Cote d'Ivoire), novembre 2012. V. également K. M. KOUADIO, « La répression des infractions issues de l'AUSC-GIE dans les pays membres de l'OHADA : Talon d'achille de l'OHADA », Rev. du droit des affaires en Afrique, novembre 2015.

³⁵ Dans ce sens, v. Ch. MOULY, La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client, D. 1984, chron., p. 32. Selon cet auteur, « *Parier sur des chevaux est un jeu, parier sur soi-même est un sport ; parier sur le cours du cacao est du business ; parier sur le redressement d'une entreprise peut être pour son banquier une infraction pénale. Que l'entreprise soit déclarée en faillite et un directeur de banque pourra être inculpé de complicité de banqueroute simplement pour avoir octroyé des crédits dits ruineux ultérieurement* ».

³⁶ Selon une formule du professeur R. KOERING-JOULIN, in L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux, D 1980, chron. p. 231 et s.

a- Une sévérité découlant des crédits intrinsèquement ruineux

D'après un auteur³⁷, « un crédit est ruineux s'il permet à une entreprise de poursuivre une activité irrémédiablement compromise, et, s'il entraîne des charges excédant les capacités financières de l'entreprise ». Le crédit peut être ruineux en lui-même indépendamment de toute considération relative à l'état de l'entreprise financée. On parle de crédit intrinsèquement ruineux. Le dirigeant et le préposé de la banque peuvent être accusés de collusion frauduleuse. Cela dit, au cas où le premier tombe sous le coup de la banqueroute en employant des moyens ruineux pour se procurer des fonds, le second devient son complice lorsqu'il lui fournit ces moyens ruineux. La loi pénale punie sévèrement l'auteur et son complice. Il en est de même pour la jurisprudence qui est particulièrement rigoureuse dans l'appréciation de la faute³⁸.

Pour justifier à quel point les intérêts du banquier sont marginalisés dans l'appréciation de sa faute, un auteur déclare que la jurisprudence se montre hostile à ce montage et ne montre *pas de pitié pour la complaisance*³⁹. Il estime que les traites de complaisance acceptées au profit d'un tireur en état de cessation de paiement sont présumées être un moyen ruineux pour se procurer des fonds. Conscient de l'absence de provision, l'employé de banque qui escompte un tel effet, apporte son aide et son assistance au complu et s'expose par conséquent à la complicité⁴⁰.

Notons par ailleurs que le caractère ruineux de cette pratique a néanmoins changé de fondement. S'il faut considérer pour la majorité des cas, simplement le caractère excessif du taux et non son caractère usuraire, il semble que cette pratique constitue davantage un moyen « relativement ruineux », qu'un moyen « intrinsèquement ruineux », puisque la prise en compte de la situation du débiteur est désormais nécessaire à l'appréciation de son caractère ruineux⁴¹.

b- Une sévérité découlant des crédits relativement ruineux

Le crédit fourni par le banquier sans être en lui-même ruineux, peut se révéler l'être eu égard à la situation particulière de l'entreprise débitrice. Il s'agit d'une inadéquation des concours

³⁷ J. D. MAGUEU KAMDEM, Le financement des entreprises en difficulté en droit OHADA, Thèse préc., p. 280.

³⁸ V. en ce sens R. SOCKENG, Droit pénal des affaires OHADA, Collection Le bord, 1ère éd., Presses de l'imprimerie Minsi Le Competing, mars 2007.

³⁹ J.-H. ROBERT, « Pas de pitié pour la complaisance », *Rev. dr. pén., comm.*, 129, nov. 2000.

⁴⁰ V. en ce sens, E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, Thèse préc., p. 117.

⁴¹ Idem.

face aux capacités financières de l'entreprise. Ce sera notamment le cas lorsque le crédit, consenti pourtant dans des conditions normales, dépasse les capacités financières du crédité⁴². Le mutisme du législateur OHADA sur cette question donne, une fois de plus, un pouvoir souverain au juge d'apprécier le caractère ruineux du moyen utilisé : le banquier se trouve donc exposé à tous les risques.

La jurisprudence OHADA étant encore quasi inexistante dans le domaine, c'est dans le droit comparé que nous sommes allés constater que l'appréciation des juges sur le caractère ruineux des concours, est défavorable au banquier. A ainsi été considéré comme ruineux, le crédit dont les intérêts et agios étaient disproportionnés par rapport au chiffre d'affaires du crédité⁴³. Le crédit est également considéré comme ruineux lorsqu'il est consenti par le banquier alors même que le crédit est dans une situation désespérée et que l'octroi ou le maintien des concours entraîne pour lui des frais financiers importants. La jurisprudence hexagonale retient systématiquement le délit de banqueroute contre le dirigeant et celui de complicité contre la banque ou contre l'employé de banque en cas de responsabilité de la personne morale⁴⁴.

Dans un souci d'incitation au financement des entreprises en difficulté, la doctrine⁴⁵ estime que ce type de crédits non ruineux en eux-mêmes ne devrait pas pouvoir être incriminé dans l'infraction de banqueroute, en raison notamment du principe de l'interprétation restrictive des textes répressifs. Un auteur souligne notamment, que « *c'est le coût relatif du crédit qui rend celui-ci éventuellement ruineux et non pas le fait que l'entreprise serait en fait incapable de le supporter eu égard à son chiffre d'affaire* »⁴⁶.

Comme tout délit, l'infraction de complicité de banqueroute suppose la démonstration d'un élément matériel (la fourniture de moyens ruineux). La détermination de la nature de ces moyens ruineux a révélé une grande ressemblance avec les moyens ruineux fournis par le banquier, constituant l'élément matériel de la responsabilité civile pour soutien abusif⁴⁷. La question se pose

⁴² V. Ch. MOULY, La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client, *ouvrage préc.*, p. 32.

⁴³ Cass. crim., 18 mai 1976, n°75-90378, Bull. crim., n°166 ; D. 1976, jur., p. 578, note C. GAVALDA.

⁴⁴ Cass. crim., 22 septembre 2010, n°09-83274, RDBF., 2011, n°6, p.25, obs. J.-F. CRÉDOT et Th. SAMIN ;

⁴⁵ Sur l'ensemble de cette question, v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.*, p. 118

⁴⁶ L.-M. MARTIN, note sous Cass. crim. 18 mai 1976, Bull. Crim. n° 166, p 414, Banque 1976, p 1278, spéc., p. 1280.

⁴⁷ V. en ce sens, R. SOCKENG, Droit pénal des affaires OHADA, *ouvrage préc.*

dès lors de savoir s'il n'y aurait pas une possible confusion des notions de responsabilités civile et pénale ? La réponse à cette question se trouve dans la détermination de l'élément intentionnel.

2- Du fait de la sévérité juridique quant à l'élément intentionnel de la complicité

Il est question ici de voir dans quels cas la conscience infractionnelle est présumée dans le dol général (a). Nous verrons par ailleurs que le législateur OHADA se montre particulièrement sévère à l'encontre du banquier lorsqu'il admet la condamnation du banquier pour banqueroute même si la cessation des paiements n'a pas été constatée par la juridiction compétente (b).

a- La non protection du banquier dans le dol général

Selon le principe de la criminalité d'emprunt, le banquier complice de banqueroute doit avoir été associé à tous les éléments constitutifs du délit commis par son client et punissables à ce titre⁴⁸. Ainsi, l'intention, encore appelée « *dol* » domine le droit pénal puisque *la totalité des crimes, l'immense majorité des délits et même certaines contraventions ne peuvent exister sans elle*⁴⁹. L'article 74 du Code pénal camerounais dispose par exemple qu'« aucune peine ne peut être prononcée qu'à l'encontre » de « celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction. Ce sont ces deux aspects de l'élément moral que l'on appelle dol général. Il a donc fourni des moyens ruineux, constitutifs de l'élément matériel de l'infraction, que son client a employé pour se procurer des fonds, afin d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Conformément au droit pénal, le dol général se compose de deux éléments : la conscience de commettre une infraction et la volonté de l'accomplir quand même⁵⁰. Concrètement, le dol général se caractérise ici par deux éléments importants : la connaissance par le préposé de banque de l'état de cessation des paiements du débiteur ainsi que celle du caractère ruineux des crédits consentis. Le premier élément intentionnel est la connaissance du caractère ruineux des crédits. Sur cette question, un auteur⁵¹ souscrit à une approche de présomption connaissance. En effet, un

⁴⁸ Y. LETARTRE, La banquier complice, RDBB 1988, n° 10, p. 192.

⁴⁹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20e éd., Cujas, 2014, p. 454, n° 553.

⁵⁰ T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal, Procédure pénale*, Dalloz Hypercours, 2° éd. 2002, p 131, n° 248.

⁵¹ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 344. Cet auteur parle de « la connaissance de la situation désespérée de l'entreprise ».

auteur pense que le banquier est présumé savoir que ces moyens, ces concours octroyés, étaient ruineux pour son client. La preuve de cette connaissance découle directement de la conscience par celui-ci de la situation désespérée de son client. En effet, le banquier qui octroie des concours à une entreprise qui dépassent manifestement les capacités financières de celle-ci, en ayant connaissance de la situation difficile dans laquelle elle se trouve, ne fait que l'aggraver. Par conséquent, l'auteur conclut que « ces concours sont donc ruineux ».

Nous pensons néanmoins que cette solution est sévère envers les banquiers dans le contexte OHADA. En effet, cette approche doctrinale est partagée par une jurisprudence sénégalaise⁵². Or cette position jurisprudentielle marginalise clairement les intérêts du banquier dans le contexte OHADA. Dans cette espèce, le juge sénégalais se prononce sur l'élément intentionnel et estime qu'un dirigeant qui affirme que la société dont il a la charge est en « veilleuse » à cause de ses difficultés financières est « présumé reconnaître » l'état de cessation des paiements de cette société⁵³.

Mais nous pensons que cette solution jurisprudentielle nous paraît critiquable. Ainsi, la formule souvent utilisée par les juges pour sanctionner le banquier sur le fait que celui-ci « ne pouvait ignorer l'état de cessation des paiements » s'avère très sévère pour les fournisseurs de crédit. Cette sévérité se justifie par le fait que, dans le contexte OHADA, cette formule ne saurait désormais fonder la responsabilité civile du banquier pour soutien abusif tel que prescrit par l'article 118 de l'AUPC. Or l'importance de cet élément intentionnel c'est aussi de faire la différence entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale⁵⁴.

Malheureusement, cette doctrine étend cette présomption de connaissance au second élément intentionnel : le banquier est présumé savoir que son client souhaitait utiliser les moyens ruineux afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il s'agit de la présomption de connaissance de l'intention délictuelle qui est défavorable au banquier. Comme si cela ne suffisait pas, l'article 236 de l'AUPC condamne le banquier pour complicité de banqueroute même si cette conscience du banquier de fournir au client les moyens de contrer l'ouverture d'une procédure collective, n'a pas été constatée par la juridiction compétente. Or conformément au principe de la criminalité d'emprunt, il faut également que le

⁵² TRHC de Dakar, 16 décembre 2006, Aff. MP et la Banque Sénégalaise Tunisienne (BST) contre Pape Ndiame SENE.

⁵³ V. Cass. crim., 05 janvier 1995, n° 93-85102.

⁵⁴ Sur cette question, v. A.-L. CAPOEN, La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, Thèse préc., p. 344-345.

banquier ait eu la volonté d'apporter son aide ou son assistance à son client dans ce but⁵⁵. La démonstration d'un dol spécial est donc requise pour cette infraction particulière du droit des procédures collectives.

b- La non protection du banquier dans le dol spécial

L'article 231 de l'AUPC exige bien plus que la conscience de commettre une infraction, et la volonté de passer outre. Le banquier doit avoir apporté son aide et son assistance à son client par la fourniture de moyens ruineux en connaissance de sa situation particulièrement difficile et ceci dans le but d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Cette donnée supplémentaire, constitutive de dol spécial, doit être établie pour que la responsabilité du préposé de banque soit retenue. Le retardement de la constatation de la cessation des paiements par le préposé peut se justifier par la crainte que ne soit révélées au grand jour, à l'occasion d'une future procédure collective, les nombreuses défaillances dont il s'est rendu coupable vis-à-vis du client notamment la prise de garanties disproportionnées, l'octroi inconsidéré de crédit, etc..⁵⁶

Parfois, cette volonté de retarder l'ouverture de la procédure s'inscrit même dans une politique bien définie de la banque. Celle-ci sera en effet souvent tentée de rester au chevet de l'entreprise malade jusqu'à son dernier souffle, ceci dans l'espoir que l'entreprise sorte de son état comateux et lui rembourse sa créance qu'il sait perdue au moins en partie en cas de survenance d'une procédure collective⁵⁷.

Ainsi, le dol général constitue le *noyau dur*⁵⁸ des infractions pénales. Mais s'il suffit pour la plupart des infractions, certaines autres infractions ont, en plus, « une donnée psychologique qui s'ajoute au dol général »⁵⁹ et qui s'appelle le dol spécial. Il en est ainsi dans le délit de complicité de banqueroute. Le dol spécial fait la particularité du délit de banqueroute et de celui de la complicité de banqueroute puisqu'il permet d'établir une démarcation entre cette infraction pénale

⁵⁵ V. K. M. KOUADIO, « La répression des infractions issues de l'AUSC-GIE dans les pays membres de l'OHADA : Talon d'Achille de l'OHADA », *article préc.*

⁵⁶ V. en ce sens, R. KOERING-JOULIN, « L'élément moral de la complicité par fourniture de moyens ruineux », *article préc.*

⁵⁷ V. en ce sens E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *thèse préc.*, p. 119.

⁵⁸ J. PRADEL, Droit pénal général, *ouvrage préc.*, p. 457.

⁵⁹ A. DECOCQ, Droit pénal général, Colin, coll. « U », 1971, p. 210.

et la responsabilité civile pour soutien abusif, celle-ci étant engagée en cas de simple négligence ou imprudence du banquier⁶⁰. Apparemment, partant de ce postulat le dol spécial assurerait une protection, à tout le moins, partielle au banquier. Mais à y voir de près, les intérêts de ce dernier sont loin d'être protégés, elles pourraient même être à la rigueur sacrifiés. A cet effet, une question taraude notre esprit : la cessation des paiements doit- elle avoir été nécessairement constatée par la juridiction commerciale ? Le droit OHADA semble répondre à la négative et cela viole l'exigence d'un mobile qui, selon un auteur⁶¹, est l'élément caractéristique du dol spécial.

Ainsi, le législateur communautaire admet effectivement la faillite virtuelle ou faillite de fait, puisque d'après l'article 236 de l'AUPC⁶², une condamnation pour banqueroute peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée conformément à l'AUPC⁶³. Ce texte brille par son extrême sévérité envers le banquier car l'entreprise débitrice et son créateur peuvent être sanctionnés par le juge pénal respectivement pour banqueroute et complicité de banqueroute alors même que, ni la procédure de redressement judiciaire, ni la procédure de liquidation des biens, n'ont été ouverte à son encontre. Cela dit, il est constant que l'action publique et l'action civile s'autonomisent. A cet effet, nous estimons que le législateur OHADA devrait conditionner la condamnation des dirigeants de fait et de droit pour banqueroute, à la constatation de la cessation des paiements de cette entreprise par la juridiction compétente.

Fort de ce qui précède, nous constatons que les conditions préalables de l'infraction de complicité de banqueroute et les éléments constitutifs de cette infraction sont défavorables au banquier. Mais la condamnation du banquier pourrait également avoir des conséquences néfastes quant aux intérêts de ce dernier.

⁶⁰ V. art 118 de l'AUPC.

⁶¹ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 345.

⁶² Art. 236 de l'AUPC : « Une condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse ou pour délit assimilé à la banqueroute simple ou frauduleuse peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme ».

⁶³ TRHC Dakar, n° 5592/2001, 4 décembre 2001, Ministère public et héritiers de feu Yally Fall c/Cheikh Talibouya Diba et autres. Le Tribunal pénal relève ici que le défaut de constatation de la cessation des paiements n'est pas un obstacle à la condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse.

II-LES CONSÉQUENCES DE L'INFRACTION DE BANQUEROUTE DÉFAVORABLES AU BANQUIER

Selon l'article 59, alinéa 1, du Code de procédure pénale du Cameroun, « *toute infraction peut donner lieu à une action publique et, éventuellement, à une action civile* ». Le banquier peut se voir appliquer les mêmes peines que son client, auteur des faits principaux punissables. Cela se justifie par le fait qu'il est dispensateur de concours et complice de son client dans l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective. Les poursuites devant la juridiction répressive vont donc concerner, dans un premier temps, la répression de l'infraction (A), et dans un second temps, la réparation du préjudice subi (B).

Page | 431

A- Une répression de l'infraction défavorable au banquier dans l'espace OHADA

L'AUPC⁶⁴ précise que la saisine du tribunal peut se faire par la poursuite du représentant du Ministère Public. Mais si le parquet trouve que les éléments ne sont pas réunis ou ne peuvent constituer une infraction de banqueroute ou même d'infractions assimilées, il peut ne pas poursuivre et prononcer un non-lieu⁶⁵. Elle peut néanmoins être mise en mouvement par les personnes autorisées à se constituer partie civile⁶⁶. A tout point de vue, toutes ces règles procédurales viennent renforcer la sévérité des législations pénales nationales à l'encontre du banquier (1). Mais dans la pratique, les juges pénaux semblent être conscients de cette discrimination des fournisseurs de crédit. A cet effet, l'on note leur réticence dans l'application des sanctions de complicité de banqueroute (2).

1- La sévérité des sanctions pénales à l'encontre du banquier

Dans l'espace OHADA, les sanctions du délit de complicité de banqueroute s'avèrent discriminatoires à l'encontre des intérêts du banquier, peu importe qu'une répression soit réputée

⁶⁴ Cf. art. 234, al. 1, de l'AUPC.

⁶⁵ A. A. BOYE, *Banqueroutes et infractions assimilées : Etude de jurisprudence*, Mémoire de Maîtrise en droit privé, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar- Sénégal, 2011 p. 19-20.

⁶⁶ Sur cette question, v. TRHC de Dakar, 14 septembre 2000, Aff. M P et la Société Générale de Banque au Sénégal dite SGBS contre Samir BOURGI ; V. aussi TRHC de Dakar, 01 septembre 2009, Aff. Ecobank Sénégal SA contre Aboubacar KAGNASSY.

souple, intermédiaire ou sévère (a). Cela peut se justifier par la spécificité de certaines peines qui seront applicables soit au banquier personne morale, soit à son préposé (b).

a- La sévérité de la répression : le cas de la politique répressive

D'abord, la République démocratique du Congo et la Guinée paraient être les plus généreux en matière de répression de la banqueroute. Mais peu importe la souplesse de ces peines, les intérêts du banquier demeurent marginalisés par le droit pénal en vigueur dans ces pays. Ainsi, en droit guinéen, l'article 443 du Code pénal sanctionne la banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement allant d'un à 3 mois et d'une amende de 50 000 à 250 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement. Quant au droit de la République démocratique du Congo, l'article 87 du Code pénal de la RDC⁶⁷ vise les actes constitutifs du délit de banqueroute simple à l'alinéa 4. Ainsi, la peine d'emprisonnement va de 8 jours à un an assortie d'une amende de 50 à 500 zaires ou de l'une de ces deux peines seulement. Encore une fois, malgré l'apparence de souplesse qui s'attache à cette peine, les intérêts du banquier sont loin d'être protégés.

Ensuite, les droits pénaux internes dans l'espace l'OHADA retiennent, dans leur écrasante majorité, des peines de complicité de banqueroute qui ne peuvent être jugées ni souple ni trop sévères. Ainsi, d'après ces législations, l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds est constitutif de banqueroute simple, et est sanctionné d'une peine d'emprisonnement allant d'un minimum d'un mois jusqu'à un maximum de deux ans. Il en est ainsi du code pénal du Burkina Faso⁶⁸, du Cameroun⁶⁹, de la République du Congo⁷⁰, des Comores⁷¹, du Gabon⁷², du Sénégal⁷³ et du Togo⁷⁴. Ainsi, la combinaison de ces textes nous montre que, que dans la fixation des peines, les législateurs nationaux n'ont été ni souple : 1 mois minimum, ni trop sévère : 2 ans maximum. Mais il n'en demeure pas moins qu'ils restent constants dans leur volonté de punir sévèrement les

⁶⁷ V. aussi art. 86 du code pénal de la RDC : « Sera puni d'une servitude pénale de trois mois à cinq ans et d'une amende de cent à mille zaires le commerçant déclaré en faillite qui frauduleusement : 1°. aura détourné ou dissimulé une partie de son actif ou sera reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas ; 2°. aura soustrait ses livres ou en aura enlevé, effacé ou altéré le contenu ».

⁶⁸ V. art 495 du Code pénal burkinabé.

⁶⁹ Cf. art. 332-1 du Code pénal camerounais.

⁷⁰ Cf. art. 402 du Code pénal de la République du Congo. Ce texte puni la banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement allant d'1 moi à 2 ans.

⁷¹ V. art. 374 du Code pénal comorien.

⁷² V. art. 317 Code pénal gabonais.

⁷³ Cf. art. 376 du Code pénal sénégalais.

⁷⁴ Cf. Art. 118 du Code pénal togolais.

banqueroutiers et leurs complices. En outre, ces peines peuvent être étendues aux complices y compris ceux qui n'ont pas la qualité de commerçant.

Par ailleurs, en plus de la répression constante appliquée dans la majorité des pays membres de l'OHADA quant aux peines principales, certains pays y ajoutent des peines accessoires et des mesures de sûretés qui marginalisent les intérêts du banquier. Il s'agit du droit ivoirien et du droit nigérien⁷⁵.

Page | 433

Enfin, dans l'espace OHADA, deux pays sont particulièrement sévères dans la répression du délit de complicité de banqueroute. Cela constitue un danger au souci d'incitation au financement bancaire des entreprises en difficultés que nous appelons de tous nos vœux dans le présent article. Ainsi, les articles 236 du Code pénal centrafricain et 799 du nouveau Code pénal béninois prévoient des peines d'emprisonnement allant jusqu'à 5 ans et d'une amende qui peut atteindre 10.000.000 de francs pour les banqueroutes frauduleuses. La sévérité qui s'attache à ces peines fait froid au dos. Les banques centrafricaines et béninoises ne peuvent qu'être réticentes dans leurs activités de financement des entreprises dans ce pays. Encore une fois, l'intervention du législateur OHADA s'impose pour mettre fin à cette discrimination.

En somme, une uniformisation du droit pénal des affaires s'impose dans notre espace communautaire. A cet effet, en plus des dispositions des législations pénales pénalisant la personne morale qui doivent être abrogées, le législateur de l'OHADA doit minimiser les peines banqueroutiers personnes physiques dans ces prochaines réformes. Mais dans les États où les peines préexistantes sont identiques aux nouvelles peines de complicité de banqueroute prévues par l'OHADA, le maintien de celles-ci pourrait être admis dans les réformes proposées. Il s'agit aussi du cas des incriminations prévues par l'AUPC qui sont déjà identiques à celles du droit interne. On pourrait alors comprendre que la peine qui survivra à l'effet abrogatoire de l'Acte uniforme continuera à s'appliquer à l'incrimination du droit OHADA qui aura été substituée à celle identique au droit interne⁷⁶.

⁷⁵ Cf. art. 365 du Code pénal nigérien.

⁷⁶ Sur cette question v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.*, p. 296.

b- La spécificité de la répression : le cas de la spécificité des peines prononcées à l'encontre du banquier et de son préposé

Selon l'article 234 de l'AUPC l'action publique peut être mise en mouvement par le procureur de la république agissant pour l'intérêt général, mais aussi par les organes de la procédure collective, indépendamment de toute demande en réparation du préjudice subi. L'AUPC a étendu le domaine de la constitution de partie civile, en incluant la compétence des créanciers contrôleurs. Ceux-ci doivent néanmoins remplir certaines conditions⁷⁷. Dans le droit OHADA, les complices du banqueroutier sont uniquement poursuivis en leur qualité de personne physique.

Pour ce qui est du banquier, l'article 42 de la loi n° 80-1 du 13 août 1980 instituant un Code pénal togolais prévoit « *toute personne morale peut être déclarée coupable des infractions commises par ses organes à son seul profit, dans les limites de leurs attributions* ». Il en est de même de l'article 64, alinéa 2 de la loi n° 43/96/ADP du 13 novembre 1996 portant Code pénal burkinabè. Ce texte considère comme auteur d'une infraction pénale « *toute personne morale à objet civil, commercial, industriel ou financier au nom et dans l'intérêt de laquelle des faits d'exécution ou d'abstention constitutifs d'une infraction ont été accomplis par la volonté délibérée de ses organes* ». Le Cameroun, avec la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal, a clairement admis à l'article 74-1 le principe d'une responsabilité pénale des personnes morales⁷⁸. Il en est de même du législateur tchadien a récemment durci la répression envers les banquiers en pénalisant les personnes morales⁷⁹.

Du point de vue des peines spécifiques, en dehors des peines principales, applicables au banquier, les articles 470 du Code pénal tchadien ensuite, 43 du Code pénal togolais prescrivent une batterie de peines accessoires⁸⁰. Ces peines qualifiées par une doctrine de « *peines complémentaires facultatives* »⁸¹ s'avèrent, à notre avis, très sévères à l'encontre du banquier tchadien.

⁷⁷ Cf. art 72 AUPC.

⁷⁸ Sur cette question, v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, Thèse préc., p. 107. Cet auteur parle de « *la consécration de la responsabilité pénale de la personne morale par certains droits internes* ».

⁷⁹ Cf. art. 469 du Code pénal Tchadien.

⁸⁰ Art. 41 du Code pénal togolais : « *En dehors des cas spécialement prévu par la loi, le juge pourra ordonner aux frais du condamné la publication dans la presse d'extraits ou de copies des condamnations lorsque le ministère public l'aura spécialement requis en raison de l'exemplarité de la cause* ».

⁸¹ A.-L. CAPOEN, La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, Thèse préc., p 355. Cet auteur par le de « *peines complémentaires facultatives* ».

Enfin, les législateurs pénaux camerounais et burkinabé se sont réservés d'emboîter les pas à leurs homologues tchadien et togolais. En effet, ils énoncent les actes constitutifs de responsabilité pénale à l'encontre des personnes morales sans évoquer les peines spécifiques (peines accessoires ou mesures de sûreté qui s'y attachent). Mais à l'instar de l'AUPC, tous les pays membres sont restés constants dans la pénalisation des personnes physiques représentantes permanentes de la personne morale⁸².

Quant au préposé, il a été vu précédemment que la personne morale peut être déclarée responsable pénalement pour complicité de banqueroute. La question se pose de savoir, si cette responsabilité exonère le préposé de sa responsabilité pénale, ou s'il peut y avoir cumul de responsabilité des personnes physiques et morales⁸³. L'article 74-1 du Code pénal camerounais, in fine prévoit : « *La responsabilité pénale des personnes physiques, auteurs des actes incriminés, peut se cumuler avec celle des personnes morales* ». Ainsi, sur la question du cumul de responsabilité, le législateur camerounais est l'un d'un rare à s'y prononcer expressément. La condamnation de l'établissement de crédit n'empêche nullement la condamnation de la personne physique, de sorte que la personne morale et la personne physique peuvent être poursuivies concomitamment pour complicité du délit de banqueroute. Le législateur a souhaité éviter, par cette disposition, que le représentant de la personne morale bénéficie d'une impunité pour la seule raison qu'il aurait agi pour le compte de celle-ci. Cette hypothèse permet ainsi d'éviter une situation « étonnante », dans laquelle la personne morale ait à répondre d'un agissement accompli par un organe ou un représentant, considéré comme non fautif⁸⁴. La personne physique est ici poursuivie en sa qualité de préposé, mais ses fonctions au sein de la banque ne peuvent l'exonérer de sa responsabilité puisque les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis en sa personne⁸⁵.

2- La réticence jurisprudentielle quant à l'application des sanctions

Plusieurs infractions sont retenues par le législateur dans le cadre des procédures collectives. Elles vont de la non déclaration de la cessation des paiements à la banqueroute. L'infraction de banqueroute brille particulièrement par la sévérité de ses sanctions. Or le

⁸² V. art. 230 et 231 de l'AUPC.

⁸³ Sur cette question, v. LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires, ouvrage préc.*

⁸⁴ V., H. MATSOPOULOU, « Les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. Et patrim.*, Juin 2006, n° 149, p. 48 et s. spéc. p. 55.

⁸⁵ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, Thèse préc.*, p. 356-357.

financement bancaire dans l'espace OHADA, mérite une protection juridique et judiciaire. Ainsi, si le législateur a failli à cette mission de protection, certains juges du fond semblent privilégier les banques dans leurs activités de financement des entreprises en difficulté. Cela se caractérise notamment par la souplesse jurisprudentielle quant à l'application des sanctions du délit de banqueroute à l'encontre de l'auteur principal, en général (a). Et par la réticence des juges du point de vue des sanctions de complicité du délit de banqueroute à l'encontre du banquier, en particulier (b).

a- La souplesse des juges quant à la répression de l'auteur principal

En attendant une intervention législative, nous invitons la jurisprudence africaine à emboîter le pas au juge sénégalais qui tente, tant bien que mal, à protéger le fournisseur de crédit. Ainsi, une doctrine pense que le juge sénégalais est souple voire indulgent dans la sanction relative à la banqueroute frauduleuse dans la mesure où il n'applique pas de manière sévère la sanction prévue par l'article 376 du Code pénal sénégalais qui sanctionne gravement le délit de banqueroute frauduleuse d'un emprisonnement de cinq à dix ans⁸⁶.

Le juge sénégalais a d'abord rendu une décision dans ce sens le 16 décembre 1999⁸⁷. En l'espèce, le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar condamne les Sieurs BOUSSO et SECK pour délit assimilé à la banqueroute frauduleuse, chacun d'un emprisonnement de deux ans avec sursis alors que le minimum de la sanction est de cinq ans. Et la Cour d'Appel confirme la décision du juge du 1^{er} degré dans son arrêt du 09 juillet 2001⁸⁸. Le juge sénégalais prononcera une décision similaire le 19 décembre 2006, qui opposait le Ministère Public et la Banque Sénégalo Tunisienne dite BST contre Pape Ndiamé SENE⁸⁹. Cette souplesse du juge sénégalais, que nous érigeons en solution pour préserver la protection du banquier, se manifeste plus concrètement dans l'interprétation qu'il fait de l'article 377 du Code pénal sénégalais. Ainsi, à l'instar de ses homologues des autres États membres de l'OHADA le législateur pénal du Sénégal assimile la sanction prévue pour les complices à l'infraction de banqueroute à celle des banqueroutiers. Mais

⁸⁶ A. A. BOYE, Université Cheikh Anta DIOP de dakar, *Mémoire de Maîtrise préc.*, p. 23.

⁸⁷ TRHC de Dakar, 16 décembre 1999, Aff. Ministère Public et la Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie dite BICIS contre Khadim BOUSSO et Momar SECK.

⁸⁸ CA de Dakar, 09 juillet 2001, Aff. Ministère Public et la Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie dite BICIS contre Khadim BOUSSO et Momar SECK.

⁸⁹ TRHC de Dakar, 19 décembre 2006, Aff. Ministère Public et la Banque Sénégalo Tunisienne dite BST contre Pape Ndiamé SENE

dans la pratique le juge sénégalais n'assimile pas les sanctions du complice à celles des banqueroutiers. Il trouve que cette position législative est préjudiciable au fournisseur de crédit. Surtout dans nos États africains où le financement bancaire mérite une protection juridique⁹⁰.

b- La rareté des décisions ayant condamné le banquier pour complicité

La panoplie des actes constitutifs du délit de banqueroute énumérés aux articles 228 et 229 de l'AUPC accompagne presque toujours l'ouverture d'une procédure collective. En effet, d'après une doctrine, « *le fonctionnement des entreprises en Afrique montre que des actes constitutifs de banqueroute simple et frauduleuse sont souvent commis. Mais dans la plupart des cas, ces actes laissent les juridictions pratiquement sans réaction* »⁹¹. Une analyse approfondie des décisions des juges pénaux dans l'espace OHADA, conforte cette position doctrinale. Ainsi, il est loisible de constater qu'au regard de la sévérité des législateurs pénaux, les juridictions pénales nationales sont réticentes à prononcer des sanctions pénales. L'on peut néanmoins noter quelques cas de condamnations exceptionnelles. Il s'agit par exemple d'un cas ayant retenu la banqueroute simple contre un commerçant qui avait omis de déclarer sa cessation des paiements⁹². On observe ainsi que les juges du fond dans cette espace communautaire privilégient, dans leur écrasante majorité, la promotion du financement bancaire. D'ailleurs, sur cette question, une étude jurisprudentielle réalisée auprès du Tribunal régional hors classe de Dakar a, par exemple, révélé que toutes les procédures de banqueroute engagées devant cette juridiction depuis 2007, se sont soldées par des relaxes⁹³.

En outre, pour justifier cette réticence jurisprudentielle dans l'application des sanctions pénales à l'encontre du banquier, une doctrine relève qu'au nombre des dysfonctionnements en matière de procédures collectives dans l'espace OHADA, on note le « *manque ou défaut de répression des débiteurs indéliçats pour mauvaise gestion* »⁹⁴. De plus, un auteur a eu à constater

⁹⁰ Sur cette question, v. A. A. BOYE, *Banqueroutes et infractions assimilées : Étude de jurisprudence, Mémoire de Maîtrise préc.*, p. 24.

⁹¹ S. TOE, *Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA, Rev. de Droit uniforme africain*, juin 2010, p. 47.

⁹² TRHC Dakar, Jugement correctionnel n° 5992/2001, 4 décembre 2001, Ministère public et héritiers de feu Yally Fall c/ Cheikh Talibouya Diba et autres.

⁹³ V. A. A. BOYE, *Banqueroutes et infractions assimilées : Étude de jurisprudence, Mémoire de Maîtrise préc.*

⁹⁴ J. FIDEGNON, *Le règlement des procédures collectives par le TPI de Première classe de Cotonou*, Mémoire de fin de formation du cycle II à l'École Nationale d'Administration et de Magistrature du Bénin, Décembre 2011, p. 20.

que l'action publique relative aux infractions d'affaires prévues par le droit OHADA était le parent pauvre du débat judiciaire au Cameroun⁹⁵.

Par ailleurs, il faut ajouter que, d'une manière générale, l'inapplication par les juridictions nationales, des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales ou de leurs représentants est une réalité dans l'espace OHADA. En effet, conformément à l'article 5 du traité OHADA, la CCJA se refuse de connaître des décisions appliquant les sanctions pénales. Ainsi donc, si une juridiction nationale qualifie l'infraction suivant l'Acte uniforme et applique une peine de droit national même inappropriée, la CCJA se déclare incompétente pour juger de la bonne application de la loi. Elle a ainsi jugé dans l'affaire ETONDE EKOTO⁹⁶. Encore une fois, une intervention du législateur OHADA est plus que jamais primordiale pour donner compétence à la CCJA sur les matières pénales soulevant les questions relatives à l'application des Actes uniformes. A cet effet, les articles 5⁹⁷ du traité OHADA et 226⁹⁸ de l'AUPC devraient être reformés. En effet, selon l'article 5 du Traité OHADA, les Actes uniformes prévoient les incriminations et les législateurs nationaux déterminent les peines qui leur sont applicables⁹⁹. Quant à l'article 226 de l'AUPC, les personnes

⁹⁵ L. J. B. TCHOUAMBIA TOMTOM, « La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instance camerounaises : où est passé le ministère public ? » *Pénant*, 2014, n° 889, p. 531.

⁹⁶ CCJA, Deuxième Ch., n°53/2012, 7 juin 2012, aff. ETONDE EKOTO E. c/ Port autonome de Douala, Ohadata J-14-79. En l'espèce, la Cour d'appel du Littoral-Cameroun, statuant en matière criminelle, avait reconnu coupable et condamné à 15 ans d'emprisonnement Monsieur ETONDE EKOTO pour un certain nombre d'infractions pénales commises alors qu'il était Président du conseil d'administration du Port autonome de Douala. Invoquant diverses violations des dispositions de l'AUSCGIE, il avait alors introduit devant la CCJA un pourvoi par lequel il entendait obtenir la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel du Littoral. La haute juridiction a jugé dans cette affaire que « *attendu qu'il ressort des dispositions sus énoncées que la Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ; Que l'arrêt n°38/CRIM du 11 juin 2009 de la Cour d'appel du Littoral, objet du présent pourvoi, a été rendu en matière criminelle et a, entre autres, déclaré l'accusé ETONDE EKOTO coupable de certains faits qui lui sont reprochés et l'a condamné à 15 ans d'emprisonnement ferme ; qu'il s'ensuit que la Cour de céans doit se déclarer incompétente* ».

⁹⁷ Art. 5 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008 : « 1) Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes ». 2) Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats-Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».

⁹⁸ Art. 226 de l'AUPC : « Les personnes déclarées coupables de banqueroute et de délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions prises par chaque État partie conformément à l'article 5 du Traité OHADA ».

⁹⁹ Liste des États-parties qui ont essayés de s'adapter à l'article 5 du traité OHADA : Cameroun (Loi n° 2003/2008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes et loi n° 2016/007 du 12

déclarées coupables de banqueroute et de délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions prises par chaque État partie conformément à l'article 5 du Traité OHADA. Ainsi, à l'issue de ces réformes, les juridictions pénales nationales conserveront la compétence exclusive pour appliquer les peines qui seront désormais fixées par chaque Acte uniforme, en général, et l'AUPC, en particulier. Cependant, la CCJA sera, dès lors, la seule juridiction de cassation à contrôler les questions relatives au droit pénal des affaires. Mais en attendant qu'une telle réforme intervienne, notons que cette discrimination du banquier est également subsiste au niveau de la réparation du préjudice. A ce niveau, le juge africain semble avoir rompu avec la souplesse et a jugé nécessaire de condamner sévèrement le banquier dans la réparation du préjudice.

B- Une réparation du préjudice en défaveur du banquier

Dans l'espace OHADA, nous avons constaté que le droit pénal interne à chaque État membre s'oriente vers la protection des titulaires de l'action civile. Ainsi, toutes les personnes qui se sont constituées partie civile peuvent obtenir la réparation du préjudice subi, découlant de la commission de l'infraction. Cette réparation consiste dans le versement de dommages-intérêts par l'auteur de l'infraction, et peut être requise devant le juge pénal, ou le juge civil (1). Mais dans la pratique, le banquier ne peut pas toujours se baser sur la sévérité de cette sanction pour justifier sa frilosité dans le financement des entreprises en difficulté (2).

juillet 2016 portant Code pénal camerounais) ; la Centrafrique (Loi n°10/001 du 6 janvier 2010 portant Code pénal Centrafricain) ; le Sénégal (Loi n°98-22 du 26 mars 1998 fixant les peines afférentes aux infractions prévues dans certains Actes uniformes), le Bénin (Loi n°2011/20, 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions annexes en République du Bénin. Dans le cadre de cette loi, le législateur béninois a inséré aux chapitres 10 et 11 « les infractions relatives aux Actes uniformes de l'OHADA et la banqueroute) ; et le Congo – Brazzaville (Loi n°12/2013, 8 juin 2013 sanctions pénales aux infractions prévues par les Actes uniformes du Traité de l'OHADA relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit comptable, au droit des sûretés et au droit des procédures collectives d'apurement du passif). A noter cependant que le Sénégal n'a que partiellement adapté son droit pénal aux exigences de l'article 5 du Traité OHADA. La loi sénégalaise de 1998 n'a en effet pas fixé de peines pour les incriminations prévues par l'Acte uniforme sur les procédures collectives, le législateur sénégalais ayant sans doute considéré que les dispositions de son Code pénal suffisaient. Sur les difficultés du juge à identifier dans le droit national la peine exacte applicable, v. N. DIOUF, Actes uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA, Ohadata D-05-41.

1- La sévérité de la sanction de la réparation du préjudice

Les législations pénales de la majorité des pays membres à l'OHADA ont vocation à faciliter la saisine des juridictions compétentes au profit de toutes les victimes du délit de banqueroute dans l'exercice de leur action (a). Mais il arrive des cas exceptionnels où le banquier prévenu est juridiquement gratifié d'un lot de consolation quant à la protection de ses droits (b).

a- Une protection de principe des titulaires de l'action

L'action civile peut être définie par le Code pénal sénégalais comme étant une action en réparation de dommage causé par toute infraction et appartenant à tout ce qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction¹⁰⁰. A la lecture de ce texte, nous retenons que l'action civile appartient à celui qui a « *personnellement* » et « *directement* » souffert de la commission de l'infraction. Il ressort principalement de ce texte que l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par les faits objets de la prévention. Ainsi, d'une part, cette action peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour les chefs de dommage aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite¹⁰¹. Au regard de ce texte, nous pouvons dire que la sanction civile constitue une obligation pour le condamné de procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime et dans le délai et selon les modalités fixées par la juridiction. En effet, pour la sanction civile, le juge est plus sévère et veille à ce que la victime soit dédommagée. Ainsi, cette sanction est de l'appréciation souveraine du juge¹⁰².

Le législateur OHADA a, néanmoins, précisé ce que l'on entend par « *personnes qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par les faits objets de la prévention* ». En effet, dans le but de mieux organiser et protéger les intérêts des victimes, l'AUPC a cru devoir restreindre le domaine des personnes pouvant se constituer partie civile ou pouvant intenter l'action civile devant la juridiction répressive. Ainsi, outre les organes de la procédure collective, deux

¹⁰⁰ V. art. 2 du Code de procédure pénale du Sénégal.

¹⁰¹ Cf. art. 3 du Code de procédure pénale de la République du Congo.

¹⁰² Sur cette question v. A. A. BOYE, Banqueroutes et infractions assimilées : Étude de jurisprudence, *Mémoire de Maîtrise préc.*, p. 24.

créanciers contrôleurs peuvent agir en cas d'inertie du syndic¹⁰³. Ces personnes peuvent donc obtenir réparation du préjudice collectif devant le juge pénal. Dès lors, se pose la question de savoir si cette liste limitative met un terme à l'action directe de certains créanciers.

Les auteurs¹⁰⁴ s'accordent pour dire qu'une personne¹⁰⁴ qui ne serait pas mentionnée par le texte ne pourrait pas tenter l'action civile. Toutefois, un auteur¹⁰⁵ pense que l'action d'un créancier invoquant un préjudice exclusivement personnel est susceptible d'être accueillie. Autrement dit, il peut arriver que des personnes qui n'ont pas directement subi un dommage puissent exercer l'action civile devant la juridiction répressive et avoir gain de cause¹⁰⁶.

Quant à la détermination du préjudice réparable, il est constant que le préjudice invoqué est bien souvent l'aggravation de l'insuffisance d'actif due à la poursuite de l'activité, rendue possible par l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds¹⁰⁷. A cet effet, nous sommes posés la question suivante : la partie civile peut-elle réclamer la réparation de l'intégralité de l'insuffisance d'actif, conséquence du délit de complicité de banqueroute et d'une faute de gestion ? Une réponse positive serait de nature à sacrifier les intérêts du banquier. En effet, dans un souci de protection du fournisseur du crédit, il est impossible pour la partie civile d'obtenir la réparation de l'intégralité de l'insuffisance d'actif, qui est de la seule compétence des juges civils et commerciaux. La réparation octroyée par la juridiction répressive ne peut correspondre qu'au préjudice découlant directement de l'infraction. Le législateur OHADA étant muet sur la question, c'est dans le droit comparé que nous sommes allés chercher une solution.

b- Une protection exceptionnelle des personnes visées par l'action

Il existe un cas exceptionnel où la banque condamnée civilement pourrait se constituer

¹⁰³ V. art. 234de l'AUPC : « La juridiction pénale peut être saisie par le ministère public ou par le syndic. Elle peut également être saisie par deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72, alinéa 1 ci-dessus ; art 72 : « Toutefois, en cas de carence du syndic, tout créancier contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif, après une mise en demeure du syndic restée infructueuse pendant une période de vingt et un (21) jours. Le contrôleur supporte les frais de l'action, mais si celle-ci aboutit à l'enrichissement de la masse, il est remboursé de ses frais sur les sommes obtenues. L'action en responsabilité contre un dirigeant ne peut être intentée que par deux (02) créanciers contrôleurs au moins ».

¹⁰⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd. 2006, p 780, n° 1323 ; M. VÉRON, Droit pénal des affaires, Dalloz 7^eéd. 2007, p 274, n° 312 ; M. JEANTIN et P. Le CANNU, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 7^eéd. 2007, p 817, n° 1343 ; P-M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, Droit des entreprises en difficulté, 2^eed. 2006, n°481, p. 499.

¹⁰⁵ A.-L. CAPOEN, La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté, *Thèse préc.*, p. 359.

¹⁰⁶ A. A. BOYE, Banqueroutes et infractions assimilées : Étude de jurisprudence, *Mémoire de Maîtrise préc.*, p. 21.

¹⁰⁷ A titre de droit comparé, v. CA Bourges, 6 janvier 1983, Jurisdata n° 040837.

partie civile contre l'auteur principal de l'infraction. Toutefois, cette constitution est difficilement recevable, étant donné la collusion frauduleuse entre le directeur de l'agence, agissant dans l'exercice de ses fonctions et l'auteur principal. Nous sommes allés chercher cette exception dans le droit comparé. Ainsi, une telle solution avait été retenue dans un arrêt du 5 janvier 1995¹⁰⁸. Une telle solution est difficilement envisageable dans l'espace OHADA. Mais toutes les actions ne peuvent pourtant pas être refusées à la banque, personne morale. D'abord, en vertu de l'article 1384 du Code civil de 1804, la banque peut agir contre son préposé par le biais de l'action récursoire, selon les règles du droit commun de la responsabilité du fait des préposés. Ensuite, il lui est possible d'agir contre le banqueroutier, mais cette action aboutirait certainement à un partage de responsabilité compte tenu de la culpabilité de son préposé¹⁰⁹. Et enfin, le banquier ou l'auteur principal, peuvent se réfugier sur les vices de procédure pour s'affranchir de ce déséquilibre des droits des parties à un procès pénal qui tourne en sa défaveur.

En outre, le droit de procédure pénale offre un autre moyen au banquier de résister à cette discrimination juridique. Ainsi, l'article 3 du Code de procédure pénale béninois¹¹⁰ prévoit : « *La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique, sous réserve des cas visés à l'alinéa 2 de l'article 7 du présent Code* ». Et l'article 7 du même texte dispose : « *L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée. Elle peut en outre s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ; il en est de même en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite. Elle peut enfin s'éteindre par la dissolution ou la liquidation, lorsque celle-ci est nécessaire à la disparition de*

¹⁰⁸ V aussi Cass. crim. 3 janvier 1985, Bull. Crim. n° 2, p 2, voir Y. LETARTRE, Le banquier complice, RDBB 1988, n° 10, p 192 et s. En l'espèce: « *pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile du Crédit Lyonnais contre Dominique Z... et Raymond F..., l'arrêt attaqué retient qu'il est établi que ces prévenus ont participé à un réseau d'effets de cavalerie, mais que le Crédit Lyonnais ne saurait solliciter la réparation de ses dommages puisque son propre préposé Jean-Claude E... a accepté, en toute connaissance, d'escompter des traites de complaisance au profit de X... et de la société B..., à qui il a permis sciemment de se maintenir en activité pendant plusieurs années, alors que ces entreprises n'assuraient plus que par ce moyen leurs échéances, et qu'il ne pouvait ignorer qu'elles étaient depuis longtemps en état de cessation des paiements, (...), la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués* ».

¹⁰⁹ Sur cette question, Y. LETARTRE, « Le banquier complice », *RDBB*, 1988, n° 10, p. 192 et s. notamm. p 193.

¹¹⁰ V. aussi art. 2 du CPP sénégalais.

la personne morale »¹¹¹.

C'est en vertu de ces solutions du droit de procédure pénale que nous pouvons affirmer que la partie civile peut désister et le juge donne acte à son désistement¹¹². Mais dans la pratique, le banquier ne peut pas toujours se baser sur la sévérité des sanctions pénales qui lui est défavorable pour justifier sa frilosité dans le financement des entreprises en difficulté. En effet, les sanctions pénales s'avèrent quasi inexistantes dans l'espace OHADA.

2- Des sanctions pénales quasi inexistantes dans la pratique

Malgré la non reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales en droit OHADA, les banquiers continuent à être frileux dans le financement des entreprises en difficulté. Mais la reconnaissance au choix de cette responsabilité par les législateurs nationaux entraîne nécessairement une disparité dans l'application homogène du droit OHADA, étant donné que celui-ci est privé d'effet dans certains territoires. La pratique révèle alors que dans l'espace OHADA, les sanctions pénales prévues par les Actes uniformes ne sont quasiment jamais prononcées (a) pour diverses raisons (b).

a- L'inapplication des sanctions par les juridictions

D'après un auteur, « le fonctionnement des entreprises en Afrique montre que des actes constitutifs de banqueroute simple et frauduleuse sont souvent commis. Mais dans la plupart des cas, ces actes laissent les juridictions pratiquement sans réaction »¹¹³. Cela se confirme à l'analyse de la jurisprudence des juridictions nationales. Lorsque celles-ci sont accessibles, elles donnent à constater que, dans le cadre des procédures collectives, le prononcé des sanctions pénales est rare même si on peut identifier quelques-unes ayant retenu la banqueroute simple contre un commerçant ayant omis de déclarer sa cessation des paiements¹¹⁴. Il en ressort que l'infraction de banqueroute est rarement retenue dans les pays membres de l'OHADA. Une étude

¹¹¹ V. également l'alinéa 3 de l'art 6 CPP sénégalais : « Elle peut, en outre, s'éteindre par transaction, lorsque la loi en dispose expressément ; il en est ainsi de même, en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire pour la poursuite ».

¹¹² Cette position est confirmée par une doctrine. V. en ce sens, A. A. BOYE, Banqueroutes et infractions assimilées : Étude de jurisprudence, *Mémoire de Maîtrise préc.*, p. 22.

¹¹³ S. TOE, *Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA*, Rev. de Droit uniforme africain, juin 2010, p. 47.

¹¹⁴ TRHC Dakar, Jugement correctionnel n° 5992/2001, 4 décembre 2001, Ministère public et héritiers de feu Yally Fall c/ Cheikh Talibouya Diba et autres.

jurisprudentielle réalisée auprès du Tribunal régional hors classe de Dakar a, par exemple, révélé que toutes les procédures de banqueroute engagées devant cette juridiction depuis 2007 se sont soldées par des relaxes¹¹⁵.

Dans le même ordre d'idée, un auteur regrette qu'au nombre des dysfonctionnements en matière de procédures collectives dans l'espace OHADA, on note le « *manque ou défaut de répression des débiteurs indéliçats pour mauvaise gestion* »¹¹⁶. En outre, du fait de l'absence d'action publique relative aux infractions d'affaires prévues par le droit OHADA, une doctrine camerounaise s'est demandé où était passé le ministère public¹¹⁷. Ce constat est malheureusement réel pour toute l'espace OHADA. Ce n'est pourtant pas que les faits fautifs soient inexistantes. Il en est ainsi de l'affaire de la liquidation de l'établissement de microfinance *COFINEST* au Cameroun¹¹⁸, où il a été constaté que les difficultés de cette microfinance se sont aggravées à la suite des actes graves passés par ses dirigeants. L'action publique engagée par le ministère public a ensuite pris fin avant son terme pour des raisons qui restent encore ignorées à nos jours.

Quant à la condamnation pénale du banquier pour complicité de banqueroute, une telle condamnation n'a, jusqu'à ce jour, jamais été prononcée dans les pays membres l'OHADA.

b- Les raisons de la quasi inexistence des sanctions pénales

Plusieurs raisons peuvent justifier la quasi inexistence des sanctions pénales dans l'espace OHADA. L'on a déjà évoqué le phénomène de corruption de la justice¹¹⁹ qui peut expliquer cette situation. On y ajoutera des raisons juridiques tenant à la curieuse répartition de compétences entre le législateur de l'OHADA et les législateurs nationaux. En effet, selon l'article 5 du Traité OHADA, les Actes uniformes prévoient les incriminations et les législateurs nationaux déterminent les peines qui leur sont applicables. Dans les faits, cette répartition de compétences a

¹¹⁵ A. A. BOYE, *Banqueroutes et infractions assimilées : Etude de jurisprudence, Mémoire de Maîtrise préc.*

¹¹⁶ J. FIDEGNON, *Le règlement des procédures collectives par le TPI de Première classe de Cotonou*, Mémoire de fin de formation du cycle II à l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature du Bénin, Décembre 2011, p. 20.

¹¹⁷ L. J. B. TCHOUAMBIA TOMTOM, « La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instance camerounaises : où est passé le ministère public ? », *article préc.*, p. 32.

¹¹⁸ Sur cette affaire, v. ÉYIKÉ-VIEUX, « L'application du droit OHADA par les juridictions camerounaises, le cas des juridictions de Douala », *PUA*, 2017, p. 247 et s.

¹¹⁹ CONAC, Rapport sur l'état de la lutte contre la corruption au Cameroun en 2013, 2015, p. 6.

fait d'une partie de l'espace OHADA un véritable *paradis pénal*¹²⁰, plusieurs États n'ayant pas pris des mesures internes pour fixer les peines aux incriminations du droit OHADA.

Certains États-parties n'ont pas, pour la plupart, tenus à leur engagement souscrit dans le traité de l'OHADA. En effet, ils avaient fait la *promesse* de « *déterminer les sanctions pénales* » applicables aux incriminations prévues par les Actes uniformes. Plus de 20 ans après l'entrée en vigueur des premiers Actes uniformes, seuls quelques États à savoir le Cameroun¹²¹, la Centrafrique¹²², le Sénégal¹²³, le Bénin¹²⁴ et le Congo - Brazzaville¹²⁵, ont honoré leur engagement. A noter cependant que le Sénégal n'a que partiellement adapté son droit pénal aux exigences de l'article 5 du Traité OHADA. La loi sénégalaise de 1998 n'a en effet pas fixé de peines pour les incriminations prévues par l'Acte uniforme sur les procédures collectives, le législateur sénégalais ayant sans doute considéré que les dispositions de son Code pénal suffisaient¹²⁶.

Il en est de même des États où aucun texte de loi n'a été pris pour fixer les peines aux infractions d'affaires prévues par l'OHADA. En effet, la répression de telles infractions demeure difficile eu égard au principe de la légalité criminelle qui domine le droit pénal et qui s'oppose à ce qu'il y ait une infraction ou une peine pénale sans texte¹²⁷. On peut penser que ces États continueront d'appliquer leur droit interne antérieur à l'OHADA, dans la mesure où, ces textes internes prévoient des incriminations pénales et des peines. Mais ce serait sans compter avec l'effet abrogatoire attaché aux Actes uniformes qui neutralise nécessairement toute disposition du droit pénal interne. Il en est ainsi lorsque cette disposition est contraire ou même, ajoute la CCJA¹²⁸,

¹²⁰ E. L. KANGAMBEA, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », *article préc.*, p. 331. L'auteur utilise l'expression pour désigner les Etats OHADA dans lesquels la sanction est plus douce et moins sévère ; v. également F. ANOUKAHA, OHADA, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, 2002, p. 237.

¹²¹ Loi camerounaise n° 2003/2008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes.

¹²² Loi n° 10/001 du 6 janvier 2010 portant Code pénal Centrafricain.

¹²³ Loi n° 98-22 du 26 mars 1998 fixant les peines afférentes aux infractions prévues dans certains Actes uniformes.

¹²⁴ Loi n° 2011/20, 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions annexes en République du Bénin. Dans le cadre de cette loi, le législateur béninois a inséré aux chapitres 10 et 11 « les infractions relatives aux Actes uniformes de l'OHADA et la banqueroute.

¹²⁵ Loi n° 12/2013, 8 juin 2013 sanctions pénales aux infractions prévues par les Actes uniformes du Traité de l'OHADA relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit comptable, au droit des sûretés et au droit des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁶ V. E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, *Thèse préc.* p. 295.

¹²⁷ V. à titre d'exemple l'article 1 du Code pénal togolais : « *Nul ne peut être frappé de sanctions pénales qui n'étaient pas prévues par la loi avant la commission de l'infraction* ».

¹²⁸ CCJA, avis n° 001/2001/EP, 30 avril 2001, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janv. 2003, Ohadata J-02-04.

identique à celle d'un Acte uniforme. Pour des raisons de cohérence, l'abrogation de ces incriminations aurait dû inciter les États à légiférer afin de fixer des peines adaptées aux nouvelles incriminations¹²⁹.

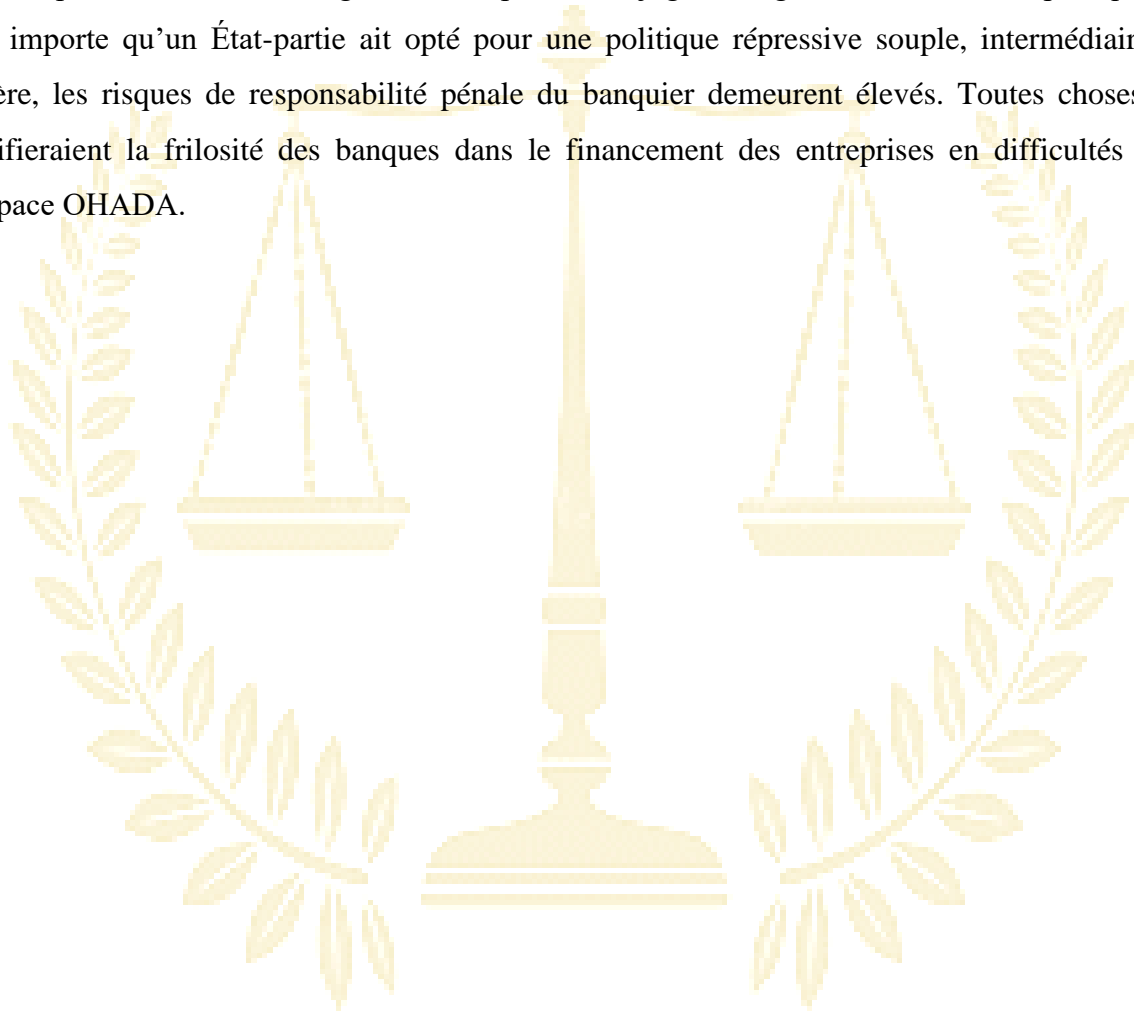
En somme, nous constatons que l'analyse juridique et jurisprudentielle faite sur les conséquences du délit de complicité de banqueroute du banquier présente quelques difficultés relatives aux éléments basiques de cette infraction. En effet, si sur le plan civil et commercial le droit des procédures collectives impose ses règles aux législations nationales des pays membres à l'OHADA, tel semble ne pas être le cas sur le plan du droit pénal des affaires.

Conclusion

L'examen du régime de la responsabilité pénale du banquier pour complicité de banqueroute offre à constater que le banquier et son préposé ne sont pas protégés dans leurs activités de financement des entreprises en difficultés. En effet, dans l'espace OHADA, l'idée même de la responsabilité pénale des personnes morales pose encore quelques difficultés, qu'il s'agisse de son admission, ou de sa mise en œuvre. S'agissant des conditions de cette infraction, et d'une manière générale, la jurisprudence tend à confondre les personnes susceptibles d'être poursuivies pour le délit de banqueroute et les personnes concernées par les infractions assimilées aux banqueroutes. Par conséquent, le banquier dirigeant de fait et de droit court un risque de subir une sanction pénale plus lourde que celle prévue par le législateur. A cet effet, le législateur OHADA devrait nécessairement adapter le droit OHADA à l'évolution de la vie économique. Cela peut passer par une abrogation pure et simple des dispositions des législations pénales nationales contraires.

¹²⁹ Sur les difficultés du juge à identifier dans le droit national la peine exacte applicable, v. N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », Ohadata D-05-41.

En ce qui concerne les conséquences de cette infraction, il est constant que le régime de la responsabilité pénale du banquier lui est défavorable du point de vue de la répression de l'infraction et du point de vue de la réparation du préjudice. Mais, en attendant une intervention éventuelle du législateur OHADA, les juges du fond peuvent emboîter le pas aux juges sénégalais qui, de par leur souplesse dans les sanctions, tentent de protéger le banquier et son préposé à l'action pénale. L'intérêt d'ériger cette souplesse des juges sénégalais en modèle est pratique car peu importe qu'un État-partie ait opté pour une politique répressive souple, intermédiaire ou sévère, les risques de responsabilité pénale du banquier demeurent élevés. Toutes choses qui justifieraient la frilosité des banques dans le financement des entreprises en difficultés dans l'espace OHADA.



La sécurisation des informations secrètes d'une entreprise soumise à une procédure collective d'apurement du passif

Securing the secret information of a company subject to a collective debt clearance procedure

Par :

Page | 448

NKOUAMO NGNEGUE Luc Norbert

Docteur en Droit Privé (Cameroun)

Chercheur

Résumé :

L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'égard d'une entreprise en proie à des difficultés financières donne toujours la possibilité aux informations secrètes de cette dernière d'être divulguées. Cela se justifie par le fait qu'il est impératif de donner toutes les chances de succès à la procédure ouverte. A cet effet, l'ouverture totale de l'entreprise aux différents acteurs ne peut être affaibli par une dissimulation des informations sensibles du débiteur. Ainsi, il serait non judicieux que cette situation fragilise ce dernier à la fin de la procédure collective ; C'est la raison pour laquelle il est important de sécuriser le secret des informations sensibles du débiteur mis à la connaissance des tiers. Si l'information sensible du débiteur doit garder son caractère secret, quoi de plus normale que d'invoquer un principe de droit qui prône la discrétion. C'est alors que la confidentialité trouve une place de choix dans l'atteinte de cet objectif fort essentiel pour la survie de l'entreprise débitrice à l'issue de la procédure collective ouverte. Elle apparait alors comme un outil de gestion sécurisée des informations secrètes avec une garantie certaine de son implémentation.

Mots clés : sécurisation, informations secrètes, entreprise, procédure collective

Abstract :

The opening of a collective debt settlement procedure to a company in financial difficulties always gives the possibility to his secret information to be revealed. This is justified by the fact it is imperative to give every chance success to the procedure that is opened. To this end, the total openness of the company to the variuos actors cannot be weakened by concealment of the debtor's sensitive information. Thus, it would be unwise for the situation to weaken the company at the end of the collective procedure. This is the reason why it is important to secure the secrecy of the debtor's sensitive information made known to third parties. If the debtor's sensitive information must keep its character secret, what could be more normal than to invoke a principle of law which advocates discretion. It is then that confidentiality finds a place of choice in the achivement of this very essential objective for the survival of the debtor company at the end of the open collection procedure. It then appears as a tool for the secure management of secret information with a certain guarantee of its implemntation.

Keywords : security, secret information, company, insolvency proceedings

Introduction

Dans plusieurs sphères d'activités, le maintien du caractère secret de certaines informations permet parfois d'obtenir un avantage concurrentiel plus important et plus durable, que le monopole accordé par les diverses lois de propriété intellectuelle. Les informations confidentielles et les secrets de commerce revêtent donc une importance capitale pour ceux qui désirent éviter de dévoiler à leurs concurrents la clé de leur succès.

Page | 450

L'entreprise a ainsi besoin d'un regain de discrétion pour sa croissance économique. Ce besoin s'exprime tant dans une entreprise qui traverse une situation financière équilibrée que dans celle qui fait face à des difficultés économiques, financières et comptables.

Une entreprise débitrice peut être soumise, lorsqu'elle fait face à des difficultés financières, à une procédure collective afin de faciliter son redressement. La procédure collective ouverte peut être soit préventive, si le débiteur n'est pas encore en cessation des paiements, ou soit curative ou de traitement si la cessation des paiements est constatée. L'ouverture d'une procédure collective peut amener à porter à la connaissance de ses partenaires des informations sensibles, qui en temps normal n'auraient jamais dues être divulguées.

Par définition, les procédures collectives¹ d'apurement du passif s'entendent comme étant, les mécanismes juridiques mis en place avec l'intervention de la justice, dans lesquels le règlement des difficultés des entreprises n'est pas abandonné à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisé de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits dans le strict respect de la discipline collective. L'accent de nos jours est mis sur la sauvegarde des entreprises

¹ La notion de procédure collective d'après le professeur KALIEU (Y.R.), (« Notion de procédure collective ») in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de P. G. POUGOUE, Lamy 2011, p. 1245, n°1, « permet d'explicitier la typologie des procédures collectives (Règlement préventif, Redressement judiciaire, Liquidation des biens dans le cadre de l'OHADA), des critères d'ouverture des différentes procédures et les voies de recours en matière de procédures collectives » ; v. aussi PETEL (P.), *Procédures collectives*, Dalloz-Cours, 7 éd., 2011, 260 p. Pour la définition, v. CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, op. cit. p.189

et des emplois². Sans doute que le nouvel Acte uniforme adopté le 10 septembre 2015³ à Grand-Bassam (Cote d'Ivoire) s'inscrit dans cette dynamique contemporaine marquée par une nouvelle vision moderne du droit de la faillite, c'est-à-dire un droit économique destiné à prévenir et à traiter les difficultés des entreprises sans porter nécessairement un jugement de valeur sur le comportement du dirigeant⁴.

Lors du déroulement de la procédure collective et en raison du devoir de loyauté et de bonne foi, l'entreprise en difficulté doit fournir à ses partenaires, notamment ses cocontractants, toutes les informations nécessaires à l'éclaircissement de leur consentement⁵. Mais, rien n'interdit à celle-ci de préserver ses difficultés lorsqu'elles ne sont pas décisives dans la prise de décisions du cocontractant⁶. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'« aucun texte n'oblige une entreprise à informer son cocontractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire »⁷.

Dans tous les cas, les informations sensibles portées à la connaissance des tiers par le débiteur, du fait de la procédure collective, doivent pouvoir préserver leurs natures confidentielles, ceci dans l'intérêt majeur de l'entreprise débitrice, car il en va de sa crédibilité. En effet, le débiteur qui divulgue ses informations sensibles par nature secrètes auprès des acteurs de la procédure collective, doit pouvoir se prévaloir d'une garantie que cette confidentialité demeurera, c'est à dire que ces acteurs n'utiliseront pas cette faille contre ce dernier. Il est dans une situation où son redressement économique et financière urge.

² V. La loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, modifiée par l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008, codifiée aux articles L. 620-1 à L. 627-4 du Code de commerce. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise, afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Ces textes se situent donc dans la ligne de la loi du 25 janvier 1985, dont l'objectif premier est le redressement de l'entreprise débitrice et le maintien des emplois ; v. aussi OUMAROU (S.), *Les finalités des procédures collectives*, thèse, Dakar UCAD, 2005

³ V. Dossier spécial sur la modernisation de l'AUPC, Droit et patrimoine, n°253, décembre 2015, p. 29 ; AKONO ADAM (R.), « Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n°22, Octobre Novembre décembre 2015, p.4; *RRJ* 2015-4, pp.18-42.

⁴ SAINT-ALARY HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », *op. cit.* p. 299

⁵ C. civ. art. 1134 et 1135.

⁶ CHAPUT (Y.), « Sûretés négatives », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, Fasc. 2890.

⁷ Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, *RTD civ.* 2004, p. 86, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; Cass. com., 19 nov. 2003, D. 2004, p. 60, obs. AVENA-ROBARDET (V.).

A cet effet, on est alors en droit de se poser la question de savoir comment les informations sensibles divulguées par le débiteur du fait de la procédure collective peuvent-elles être sécurisées ? Cette interrogation nous semble intéressante dans la mesure où il ne serait pas judicieux pour un débiteur de voir ses secrets divulgués en dehors de sa sphère restreinte du fait de l'ouverture de la procédure collective. Cette situation mettra non seulement en mal la nature salvatrice que représente cette dernière pour les entreprises en proie aux difficultés financières mais aussi fera peur à toute entité économique qui aimerait s'y aventurer.

De notre point de vu, pour un meilleur dénouement d'une procédure collective ouverte contre un débiteur, la seule manière de préserver le secret sur les informations sensibles portées à la connaissance des acteurs, est d'appliquer le principe de confidentialité. Ce dernier sera orienté non seulement à l'égard des acteurs de la procédure, mais aussi à toute personne qui en a connaissance. Il sera question d'interdire la divulgation des informations reçues pendant la procédure à toute personne étrangère, ceci pour le bien non seulement de la procédure mais aussi et surtout de débiteur.

Le principe de discrétion consacré alors dans les procédures collectives par le législateur OHADA sera donc d'un atout favorable pour le débiteur dans cette situation. En effet, il lui permettra d'imposer à ses cocontractants ou autre acteur majeur de la procédure, de maintenir ces informations secrètes confidentielles afin de mieux aborder sereinement la procédure collective et surtout de garantir sa crédibilité, très essentiel à sa survie post procédure collective.

Par ailleurs, les négociations ne peuvent se dérouler dans les bonnes conditions que si les différents partenaires se font mutuellement confiance car l'ouverture d'une procédure collective implique toujours un certain nombre d'échanges et de renseignements. Par conséquent la sérénité de ces relations repose sur le secret des négociations et celui des stratégies⁸.

Seulement, il ne faudrait pas perdre de vue que cette théorie de partage pourrait sensiblement fragiliser l'efficacité de la confidentialité. Il serait quasiment impossible que ceux qui ont reçu la confiance de l'opérateur économique ne cherche pas à la divulguer ou bien que ceux qui y sont étrangers cherchent à y entrer. La protection de cette confidentialité devient alors

⁸ MALLOL (F.) et BOUDERBALI (K.), *Le secret, le juge et le citoyen*, 1^è éd .15 mai 2000 éd SORMAN, p. 57.

une nécessité fondamentale pour la survie de la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques, qui ne verront pas leurs efforts annihilés au moindre contact avec l'extérieur.

En d'autres termes, il faut éviter que cette communication des informations secrètes par son titulaire à ses créanciers ou ses collaborateurs, ne ternisse le rôle légitime que la confidentialité continue de jouer dans l'économie où le désir est de rechercher une meilleure rentabilité. Les moyens doivent être ainsi mis à la disposition du chef d'entreprise pour préserver le secret de ses activités d'un trop grand élargissement de la sphère de discrétion⁹.

De manière générale, l'information secrète ayant été préalablement communiquée au dépositaire, il est convenable qu'elle bénéficie d'une protection. Le souci majeur est d'éviter que le ou les confidents ou le tiers à la confiance ne dérobent à l'entreprise ce qu'elle a de plus confidentiel et de plus précieux. Si l'AUPCAP est muette sur la question, les parties peuvent entamer un moyen de prévention découlant de la loi pénale ou d'une clause contractuelle insérée dans une convention. Les informations sensibles et secrètes de l'entreprise débitrice seront ainsi matériellement préservées contre toute divulgation, à la fois par le dépositaire du secret ou contre l'indiscrétion d'un tiers.

Dans ce cas, afin de préserver son crédit, la confidentialité permettra au débiteur soumis à la procédure collective de gérer de manière sécurisée ses informations secrètes pendant la procédure en cours dans une restriction des destinataires de l'information secrète (I). Cette gestion se fera sans aucune crainte car, il a la possibilité de mettre en œuvre des mesures devant garantir matériellement cette confidentialité (II), instrument essentiel dans la préservation de sa rentabilité et de sa survie en tant qu'entité économique.

I - LA CONFIDENTIALITE, INSTRUMENT DE GESTION SECURISEE ET DE RESTRICTION DES DESTINATAIRES DE L'INFORMATION SECRETE

La divulgation des informations secrètes nécessite une réelle protection car il en va de la crédibilité de l'entreprise débitrice traversant une situation financière difficile, soumise à une procédure collective. Pour une meilleure sécurisation de ces informations, le débiteur peut se

⁹ VANDENBUSSCHE (C.), *secret des affaires et informatique*, Thèse, Paris I, 1990, p.45 ; DERRUA (P.), *Le secret professionnel bancaire*, Mémoire DESS, Paris 1982. p.10.

référer au principe de confidentialité instaurée par le législateur dans l'AUPCAP. A cet effet donc, la confidentialité permettra à ce dernier, une gestion sécurisée de ses informations secrètes (A), qui aboutira à un choix minutieux et sélectif des destinataires de ces informations secrètes à divulguer. (B)

A- La confidentialité, outil de gestion sécurisée des informations secrètes par l'entreprise débitrice

De l'obscurité ou de la lumière, le chef d'entreprise choisit en fonction des exigences de la crédibilité de l'entreprise. En effet, l'intérêt de l'entreprise pourrait être dans le silence sur ses difficultés notamment lorsque celles-ci sont passagères. Au contraire, lorsque les difficultés nécessitent le soutien des créanciers, l'intérêt de l'entreprise devient dans l'information de ceux-ci. Ils doivent être informés sur la nature et l'origine des difficultés pour qu'ils puissent coopérer avec leur débiteur en toute connaissance de cause. Dans ce cas le débiteur bénéficie d'un véritable monopole sur la gestion des informations secrètes. Il est l'unique habileté à lui donner un contenu tout en développant des techniques devant lui permettre de mieux gérer ses informations secrètes (1); même si l'on peut se demander comment procéder aux choix des destinataires de ces informations secrètes. (2)

1- Le contenu des informations secrètes et les techniques de gestion de l'information secrète

Les informations maintenues dans le secret ont un contenu qui convient de relever ici (a) avant de se prononcer sur les techniques mises en œuvre en ce qui concerne leur gestion (b)

a- Le contenu des informations secrètes

La gestion des informations secrètes est un pan essentiel dans la préservation du secret des informations divulguées par l'entreprise. Parmi celles-ci sont contenues des données que l'entreprise range dans le strict secret des affaires. Seulement, en quête d'un accord avec ses créanciers et cocontractant dans la conciliation, la discrétion s'estompe dès lors que le chef d'entreprise, étant sous contrainte, divulgue certaines informations aux personnes appelées à la négociation. Toutefois, pour une bonne gestion de ces informations secrètes, le chef d'entreprise

n'est pas obligé de révéler ses difficultés tant que son silence n'est pas préjudiciable aux intérêts légitimes de ses partenaires.

En fonction de la crédibilité de l'entreprise et de la gravité des difficultés, le chef d'entreprise peut décider de se taire ou de profiter du concours de ses partenaires. Mais, lorsqu'il décide de demander le soutien de ceux-ci, il doit les informer de la situation de l'entreprise. Là encore en raison de la nécessité de préservation du crédit de l'entreprise, le chef d'entreprise a un grand intérêt à limiter l'accès à cette information¹⁰. Il a le droit de choisir les partenaires dont les sacrifices sont souhaitables et nécessaires.

Ainsi, la confidentialité apparaît comme un outil efficace dans l'atteinte d'un objectif tout aussi nécessaire. Lorsque le débiteur ou le chef d'entreprise selon le cas conserve certaines données secrètes, cela est lié au bien-être de l'entreprise. L'objectif principal du secret est d'assurer la sécurité des profits et d'acquérir une position dominante licite sur le marché¹¹. La conciliation brise certes ce socle, mais cette brisure n'est que partielle car, le débiteur ne transmet ces informations qu'à l'égard des personnes concernées directement par l'accord amiable recherché. Cette divulgation a un intérêt non négligeable. En effet, il faudrait montrer aux créanciers et cocontractants une certaine loyauté et sincérité dans le rétablissement de la situation financière de l'entreprise. Les informations contenues dans le cercle secret de l'entreprise peuvent avoir plusieurs caractéristiques.

Par définition, le secret des activités des opérateurs économiques est tantôt défini comme un ensemble de connaissances, d'informations confidentielles cachées qui ne sont connues que d'un nombre très limité de personnes¹² ou bien comme un ensemble d'informations accessibles à un nombre limité de personnes et que l'entreprise est en droit de conserver pour elle¹³. L'occultation de l'information marque le degré du secret dans la vie des affaires de tous les jours.

¹⁰ Moussa OULD EBA, *le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de TOULOUSE, 2013, p.247.

¹¹ DARTIGUE –LONGUE (J-P) *Le secret dans les relations juridiques*, Bordeaux, 1968, p.18.

¹² NGO SICK (F-D), *Le secret dans les relations contractuelles*, Thèse, Bordeaux, 2000, p. 9, n°3.

¹³ HUET (J.), *Le secret commercial et transparence de l'information*, op. cit, p. 10.

Ces informations devenues ésotériques n'appartiennent plus qu'au chef d'entreprise et lui confèrent alors un certain pouvoir qui apparaît aux yeux des autres comme un mystère car c'est lui qui détient le pouvoir d'appréciation du secret. On peut s'accorder à reconnaître que le secret est apprécié in concreto, c'est-à-dire qu'il est purement subjectif. Seul son titulaire aurait le pouvoir de l'apprécier et le juge ne peut le déterminer que dans l'intime sentiment du plaideur¹⁴.

La confidentialité favorise à cet effet sa capitalisation et l'information devient source de richesse pour son titulaire. Cette valeur financière qu'on lui reconnaît, vient corroborer son caractère secret. L'objectif principal du secret est d'assurer la sécurité des profits et d'acquérir une position dominante licite sur le marché¹⁵. Par conséquent, on peut reconnaître avec la pratique et la doctrine que les informations couvertes par la confidentialité sont celles tenant à sa rentabilité, sa clientèle, ses pratiques commerciales et ses coûts de marché¹⁶.

Certaines données sensibles d'ordre commercial dont la propagation dans le public est de nature à ruiner définitivement le crédit des activités de l'entreprise¹⁷ en font également parties. Toute divulgation de cette catégorie d'information a une conséquence grave sur sa santé économique¹⁸. Elles sont par ailleurs liées à sa stratégie commerciale et financière.

De ces biens précieux de l'entreprise dépendent sa fiabilité économique et financière. Il va donc sans dire que son vol peut être assimilé en valeur au hold-up d'une banque car il prive des milliers de gens d'une partie de leurs revenus¹⁹. Cette place importante qu'occupe le secret dans la qualification de l'information permet par ailleurs de distinguer l'information confidentielle de l'information courante.

En effet, l'information courante, à l'opposé de l'information confidentielle, est celle qui concerne les affaires ordinaires de l'entreprise c'est-à-dire les informations concernant le

¹⁴ DARTIGUE –LONGUE (J. -P.) *Le secret dans les relations juridiques*, Thèse, op. cit., p.18, n°4.

¹⁵ CONTRA LEGAIS (D.) *Droit commercial des affaires*, 14^{ème} éd ARMAND COLIN, 2001. p.14, n°28.

COURTHOUX (J-P), « Faut-il condamner le secret des affaires ? » Op. cit.

¹⁶ GENESTE (B), *Le secret d'affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence*, Dalloz. Affaires, 1997, n° 39, p.127.

¹⁷ BOULOC (B) « Le secret des affaires », *D. P. C. I*, 1990, n°1, p.19.

¹⁸ C. A. Rennes 30 mars 1983, *Rev. Jurisp. Com.* 1984, p. 30, note LE FONTBRESSIN (P.).

¹⁹ TADIC (M), « Secret des affaires et devoir d'information, Etudes et document du comité national Belge de l'organisation Scientifique », n° 293/1967, p 14.

fonctionnement quotidien de l'entreprise. Quelque fois dénommée «*commonknowledge* »²⁰ c'est-à-dire connaissance publique, l'information courante manque d'originalité et de précision. Faisant partie du domaine public, elle est un bien *res nullius* qui n'appartient à personne. Sa divulgation dans le public n'ayant pas de conséquence sur les activités de l'entreprise, elle semble dans ce contexte être la chose de tous. Elle circule librement et n'est plus la propriété de certains privilégiés de l'entreprise.

b- Les techniques de gestion de l'information secrète dans les procédures collectives

Le débiteur personne physique et les représentants de la personne morale sont détenteurs du droit de demander l'ouverture d'une procédure collective. Dans la procédure de conciliation par exemple, la demande d'ouverture est soutenue par l'existence d'une difficulté passagère connue de ces seules personnes d'une manière générale. Les informations donnant lieu à la constatation d'une telle situation sont par nature secrètes. En matière de règlement préventif, le débiteur peut être accompagné par un ou plusieurs de ses créanciers²¹. Ainsi, afin de pérenniser cette confidentialité contenue dans l'information secrète, les détenteurs doivent développer des techniques ou méthodes pouvant permettre une bonne gestion desdites informations. Selon certains auteurs, le secret à lui seul constitue, tout comme la transparence, un principe de bonne gestion²².

Mais une technique de gestion efficace en dehors du secret ne serait pas exorbitante. La première méthode peut être dégagée des dispositions de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En effet, on peut évoquer la désignation du conciliateur dans la conciliation, l'expert dans le règlement préventif ou encore le syndic dans le redressement judiciaire. Cette étape très importante ne doit pas être prise à la légère car mandataire désigné avec négligence sur sa personne pourrait être fatal dans la sécurisation du secret des informations de l'entreprise mises à sa disposition.

En droit français par exemple, La demande de désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation doit être adressée au président du tribunal de commerce ou de grande instance en quatre exemplaires, datés et signés. Elle doit exposer la

²⁰ PORTIER –DUPARC (P.), *Protection de l'information confidentielle en droit anglais*, Thèse, op. cit., p.50.

²¹ Cf. art 6 al 2 de l'AUPCAP.

²² KESSLER (D.), *L'entreprise entre transparence et secret, pouvoirs*, 1997, 2001, p. 45.

situation économique, sociale et financière de l'entreprise ainsi que ses besoins de financement. L'article R. 611-22 du Code de commerce dénombre plusieurs catégories d'information qui doivent être jointes à la demande.

Il s'agit en particulier de l'extrait d'immatriculation, de l'état des créances et des dettes, de l'état actif et passif des sûretés et des engagements hors bilan, des comptes annuels, du tableau de financement et de la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices²³. Il peut s'agir également de la précision de l'ordre professionnel ou de l'autorité réglementaire dont relève le débiteur et de la date de la cessation des paiements lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours.

Enfin, pour bénéficier d'une procédure de conciliation, le débiteur doit attester sur l'honneur de l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédents la date de la demande²⁴. Le président du tribunal dispose aussi différentes prérogatives pouvant lui permettre de recueillir des informations²⁵. Il peut convoquer le dirigeant pour recueillir des informations²⁶. Il peut également se renseigner auprès des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociale et de la Banque de France. S'ajoutent à cette liste, les établissements bancaires et financiers qui ne pourraient plus lui opposer leur secret professionnel²⁷.

La levée du secret est ainsi motivée par la demande d'ouverture de la procédure amiable et la nécessité d'appréciation de la situation de l'entreprise en difficulté. Il convient toutefois de préciser que la coopération des personnes interrogées n'est pas certaine, dans la mesure où le président du tribunal ne dispose pas de pouvoir coercitif. Il ne peut pas « *exiger une communication forcée en application de l'article 10 du Code de procédure civile ou encore, à défaut de litige, ordonner une mesure d'instruction in futurum* »²⁸

²³ ANTONINI-COCHIN (L) et HENRY (L.-C), *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, GUALINO, 3^{ème} éd. 2012, p. 43.

²⁴ LUCAS (F.-X) et LÉCUYER (H.), cité par Moussa OULD EBA, *op cit.* p.251.

²⁵ C. com., art. L. 611-6.

²⁶ C. com., art. L. 611-2.

²⁷ C. com., art. L. 611-6.

²⁸ Cf. ANTONINI-COCHIN (L) et HENRY (L.-C), *op. cit.* p. 45.

En droit OHADA, le débiteur transmet des informations au président de la juridiction compétente accompagnée de la demande d'ouverture de la procédure collective. Le législateur communautaire énumère dans l'Acte uniforme, l'ensemble des données sur lesquelles repose le renseignement²⁹. Le débiteur contraint de les fournir dans la mesure où cela favorise l'ouverture de la procédure sollicitée, doit pouvoir utiliser de stratégies permettant de garantir que seul le juge pourra entrer en connaissance.

Pour ce fait, il pourra par exemple, lors du dépôt, renfermer les documents dans une enveloppe assortie d'un système de verrouillage à ouverture unique en plus d'une empreinte se rattachant à l'identification de l'entreprise. Ceci pourra éviter l'éveil de toute curiosité à l'égard de toute personne pouvant entrer en possession desdits documents, le greffier en premier chef.

2- Le droit de se taire sur les difficultés passagères et le choix des principaux créanciers

L'entreprise débitrice a le droit de se taire lorsqu'il faut préserver le secret de l'information (a) même si l'AUPCAP donne la priorité sur le choix des principaux créanciers du débiteur. (b)

a- Le droit de se taire sur les difficultés passagères

En raison de la primauté du crédit, le chef d'entreprise pourra décider de se taire sur les difficultés passagères pour ne pas perdre la confiance de ses partenaires notamment ses fournisseurs et ses clients. En gardant le silence sur ses difficultés, l'entreprise se mettrait à l'abri de la curiosité de ses concurrents et ses partenaires et éviterait ainsi la mise en cause de sa crédibilité. Car, si l'entreprise s'expose à la curiosité de ses partenaires et de ses concurrents, son crédit sera inévitablement atteint.

Elle sera, selon les propos du doyen GUYON, « précipitée encore plus vite et de manière encore plus inéluctable vers la cessation des paiements »³⁰. Outre ces considérations stratégiques, le choix de silence et de discrétion n'est pas en contradiction avec les grandes lignes du droit des

²⁹ Cf. article 5-2 en ce qui concerne la conciliation, article 6-1 en ce qui concerne le règlement préventif et article 25 pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

³⁰ GUYON (Y.), « La transparence dans les procédures collectives », *op. cit.* n° 2.

entreprises en difficulté. Au contraire, il correspond aux objectifs de la prévention des difficultés et à l'esprit de responsabilisation des dirigeants qui inspirent les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté³¹.

À titre d'exemple, dans sa procédure d'alerte, le commissaire aux comptes doit respecter des étapes progressives pour diffuser l'information sur les difficultés de l'entreprise³². Il doit donner au chef d'entreprise la possibilité de réagir et de prendre les décisions nécessaires avant de remonter l'information au président du tribunal, au conseil d'administration, au comité d'entreprise ou à l'assemblée générale. Il en est de même quant à l'alerte des salariés et des associés. Ceux-ci doivent demander l'explication du chef d'entreprise avant de remonter l'information ou de réclamer la désignation des experts pour établir des rapports sur la situation ou la gestion de l'entreprise.

Le droit du chef d'entreprise de se taire sur ses difficultés passagères est également pris en compte lors de l'entretien du président du tribunal. D'une part, celui-ci ne peut pas exiger au chef d'entreprise de demander l'ouverture d'une procédure quelconque ni de prendre des décisions particulières. Sa mission se limite à susciter une prise de conscience et une réaction de la part du chef d'entreprise³³. D'autre part, cet entretien doit être tenu en toute confidentialité, même le greffier n'est pas autorisé à y assister.

Dans tous ces exemples, les démarches qui vont être entreprises par le chef d'entreprise, le commissaire aux comptes, les associés, le comité d'entreprise ou le président du tribunal doivent être « effectuées sur la base de renseignements objectifs obtenus dans une confidentialité totale »³⁴.

Par ailleurs, le crédit de l'entreprise est également pris en compte dans la formalité d'assignation donnée aux créanciers. En effet, le créancier qui demande l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur doit prouver la cessation des paiements de celui-

³¹ MARTIN-SERF (A.), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires », *op. cit.*

³² C. com., art. L. 234-1.

³³ PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 65.

³⁴ DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises », *JCP E* n° 40, 5 octobre 1995, 493.

ci. L'assignation du créancier doit préciser la nature et le montant de la créance et être complétée par tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements du débiteur³⁵. À défaut de quoi, le créancier pourrait engager sa responsabilité civile, notamment en cas d'une demande abusive³⁶.

En somme, en raison de la primauté du crédit, le chef d'entreprise n'est pas obligé de révéler ses difficultés tant que son silence n'est pas préjudiciable aux intérêts légitimes de ses partenaires. En fonction du crédit de l'entreprise et de la gravité des difficultés, le chef d'entreprise peut décider de se taire ou de profiter du concours de ses partenaires³⁷.

Mais, lorsqu'il décide de demander le soutien de ceux-ci, il doit les informer de la situation de l'entreprise. Là encore en raison de la nécessité de préservation du crédit de l'entreprise, le chef d'entreprise a un grand intérêt à limiter l'accès à cette information. Il a le droit de choisir les partenaires dont les sacrifices sont souhaitables et nécessaires.

b- Le choix des principaux créanciers

Le débiteur peut demander le concours de ses principaux créanciers ou de ses cocontractants habituels dans une procédure de conciliation. Pour la doctrine, la notion de principaux créanciers pourrait être étendue à tous les créanciers « *ayant une incidence certaine sur le fonctionnement de l'entreprise soit à cause du montant de leur créance, soit à cause des sûretés qu'ils détiennent sur l'entreprise* »³⁸. Il peut s'agir des banquiers, des principaux fournisseurs ou de gros créanciers.

En pratique, les actionnaires des entreprises en difficultés peuvent être également amenés à consentir des abandons de comptes courants ou procéder à la recapitalisation de l'entreprise. Il en est de même quant aux nouveaux établissements financiers et fonds spécialisés dans le rachat

³⁵ Cf. MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », Mélanges RAYNAUD (P.), p.438.

³⁶ Cass. com., 5 décembre 1989, Bull. civ. IV, n° 305 ; BRDA, n° 3/1990, p. 10 ; Cass. com., 1er octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 233 ; RJDA, n° 12/1997, n° 1537.

³⁷ Notons cependant qu'en raison de l'atteinte aux intérêts légitimes des partenaires de l'entreprise en difficulté, la cessation des paiements doit être déclarée dans le délai de quarante-cinq jours. À défaut, des sanctions civiles mais aussi pénales peuvent être prononcées à l'encontre du débiteur personne physique ou du dirigeant de la personne morale.

³⁸ DEBORD (F.), « Le nouveau règlement amiable », *op. cit.*.

des créances³⁹. Malgré, le défaut de qualité des cocontractants habituels ou des créanciers principaux, ceux-ci peuvent également participer à la négociation de l'accord amiable et soutenir l'entreprise en difficulté.⁴⁰

Il convient cependant de préciser que cette prérogative ne concerne pas les procédures judiciaires. Elle est réservée aux procédures amiables dont la participation des créanciers n'est pas obligatoire. En revanche, quant aux procédures collectives, tous les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure collective par le biais notamment de la publication du jugement d'ouverture au greffe du tribunal. Ils sont ensuite avertis personnellement de leur obligation de déclarer leurs créances pour pouvoir participer à la procédure collective.

En somme, l'intérêt de l'entreprise pourrait être dans le silence sur ses difficultés pour préserver son crédit. Il pourrait également être dans la révélation de difficultés aux principaux partenaires dans une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation. Dans ce dernier cas, les dirigeants ont un grand intérêt à choisir les partenaires qui vont être invités à la procédure amiable et par conséquent informés de la situation de l'entreprise en difficulté.

B- La restriction des destinataires de l'information secrète du fait de la confidentialité

Pour améliorer et préserver le secret des informations à divulguer, il faudrait que les destinataires soient circonscrits avec précision. C'est ainsi qu'on pourra retrouver ; les destinataires privilégiés (1) et les destinataires secondaires (2).

1- Les destinataires privilégiés de l'information secrète

Le débiteur porte l'information en priorité aux acteurs de la procédure collective. Par acteurs nous entendons tous les intervenants dans la procédure en cours. Ainsi ceux-ci sont les créanciers, les cocontractants, le conciliateur, l'expert, le syndic, et les autorités judiciaires. Cependant, une question mérite d'être posée, celle de savoir si ces différents protagonistes ont droit à l'information

³⁹ LUCAS (F.-X.) et LÉCUYER (H.), *op. cit.*

⁴⁰ LUCHEUX (J.-M), « Les créanciers non bancaires et les autres parties concernées », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008 n° 178, p. 31.

sécète au même titre. A priori, une réponse positive s'impose dans la mesure où ils sont tous concernés par la procédure en cours et partagent un souci identique à savoir son succès.

Mais une telle acception n'est pas sans critique car la différence que l'on opère dans leurs degrés de participation peut justifier un déséquilibre dans la réception des données secrètes de l'entreprise. Etant certainement des destinataires privilégiés du débiteur dans la révélation des informations secrètes de l'entreprise, ils n'ont malheureusement pas droit au même niveau d'information car celui-ci s'agrandit en fonction du rôle que joue le destinataire dans le déroulement de la procédure.

A cet effet, en procédant à une classification, les organes de la procédure collective sont les « *super privilégiés* » de l'information secrète, suivis des créanciers et cocontractant du débiteur. Pour ce qui concerne le cas des « *super privilégiés* », leurs classements dans cette catégorie dénotent de ce que, le rôle qu'ils ébattent exige que les informations leurs soient communiquées en totalité sans limite pour permettre une connaissance suffisante de la situation financière du débiteur afin de mener à bien la procédure ouverte. L'information du juge est fondée sur le privilège que lui donne la loi.

De ce fait, pour prononcer une décision d'ouverture suffisamment motivée, il doit être informé sur l'état de l'entreprise demanderesse au plus haut point. Le législateur OHADA a pris conscience de cette nécessité en indiquant dans l'Acte uniforme révisé portant procédures collectives d'apurement du passif, une liste de données à communiquer au juge. Cette liste étant certainement limitative⁴¹ ; il n'est nullement interdit au juge de demander, d'autres documents supplémentaires, même absent de la liste de l'Acte uniforme selon l'information qu'il cherche. Les autres organes quant à eux ont besoin de certaines données de l'entreprise même si celles-ci sont sous le socle du secret. Le législateur leur attribue une mission qui consiste à favoriser la

⁴¹ Cette l'imitativité se déduit du langage du législateur qui déclare à l'article 5-2 alinéas 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « la requête est accompagnée des documents suivants, datant de moins de trois mois ». En effet le terme « suivant » traduit une précision dans l'énumération qui est faite c'est-à-dire que celle-ci est complète et limitée.

conclusion entre le débiteur et créanciers ou le cas échéants, ses cocontractants habituels, d'un accord destiné à mettre fin aux difficultés financières de l'entreprise.⁴²

A cette fin, tout renseignement utile doit lui être communiqué quel que soit leurs natures, car s'il est mal informé, il pourra mal accomplir la tâche qui est sienne. A ce titre, il reste un privilégié favori des informations secrètes que doit divulguer le débiteur.

Page | 464

A côté du juge et du mandataire judiciaire se trouvent d'autres acteurs qui ont aussi droit à l'information secrète. Seulement, celle-ci leurs est transmise avec une certaine réserve. Il est vrai que la négociation permettant de rétablir la situation financière de l'entreprise s'oriente à leur égard. Toutefois, ils doivent au cours du déroulement de la procédure, être informés que des informations utiles à cette fin. On peut d'ailleurs comprendre la raison pour laquelle le législateur n'a pas énoncé les situations de renseignement dont ils font l'objet. Au cours des négociations, le débiteur ne peut leurs transmettre que les données qu'il juge lui-même nécessaires à amener ses créanciers principaux à conclure l'accord amiable ou à signer le concordat.

Les informations alors transmises sont protégées par la confidentialité de la procédure préventive de conciliation. Mais, il peut avoir des cas où celles-ci soient communiquées à d'autres personnes à l'initiative du débiteur. Ils occupent donc le rang de destinataires subsidiaires ou secondaires.

2- Les autres destinataires de l'information secrète

Les destinataires secondaires des informations secrètes sont l'ensemble des acteurs qui, en collaboration avec le chef d'entreprise dans la gestion des affaires courantes de la structure, sont en droit de recevoir des informations secrètes afin de mener à bien leurs missions. Les classer en tant que destinataires secondaires est lié au fait que la transmission des informations secrètes ne s'impose pas au détenteur qui peut choisir de ne pas utiliser ce mode de gestion.

⁴² Lorsqu'un débiteur sollicite l'ouverture de la conciliation, sa finalité est la conclusion d'un accord amiable ; s'il s'agit d'un règlement préventif, l'accord est désigné concordat préventif ; lorsqu'il s'agit d'un redressement judiciaire, on parle de concordat de redressement.

Lorsque la procédure de conciliation est ouverte contre le débiteur, il peut arriver que ce dernier prenne la résolution de communiquer à certains collaborateurs le contenu de certaines informations secrètes dont la connaissance est nécessaire pour l'accomplissement de certaines tâches surtout en son absence. Lorsque le débiteur est une personne morale, le dirigeant personne physique ne peut être partout à la fois car la continuité des activités est obligatoire afin d'éviter la cessation de paiements. A cet effet, pour assurer cette exigence, il peut confier des données occultes à d'autres personnes qu'il juge aptes à l'accomplir sereinement.

Rentrant dans ce cadre, la confidentialité facilite alors cette situation dans la mesure où, les représentants du chef d'entreprise auprès des tiers en son absence peuvent ignorer l'existence de l'ouverture d'une conciliation tout en étant en connaissance de certaines informations rangées secrètes. La discrétion dans la procédure collective protège ainsi les informations divulguées car les destinataires secondaires seront tenus à une non-publicité des données à eux transmises sous crainte d'une sanction qu'ils encourent d'origine hiérarchique ou légale.

Dans le souci d'assurer la distribution et de maintenir un contact permanent avec la clientèle⁴³, le commerçant est amené à faire recours à une série d'intermédiaires indépendants et professionnels. Il peut alors être astreint de transmettre des informations à ces personnes afin que celles-ci puissent accomplir certaines tâches en ses lieux et places. Dans le but de favoriser ainsi un accomplissement fidèle des missions qui leurs ont été confiées, le chef d'entreprise, par ailleurs détenteur des informations secrètes, sera dans l'obligation de transmettre celles-ci aux concernés. Cette transmission, bien qu'elle ne soit pas complète, traduira l'idée selon laquelle les informations secrètes peuvent passer de la main de son détenteur attribué aux autres personnes.

II- LES GARANTIES MATERIELLES DE LA CONFIDENTIALITE DE L'INFORMATION SECRETE

L'intimité de l'entreprise ne se conçoit que si celle-ci est assurée d'une absolue discrétion faute de quoi son dynamisme se trouvera contrarié même si cette dernière est soumise à une procédure collective. Le degré de préservation des informations confidentielles conforte la

⁴³ NGO NDJIGUI (R-Y.), *Les intermédiaires de commerce dans l'acte uniforme OHADA portant droit commercial général*, Mémoire. D. E. A. Dschang. 1999, p.1, n° 7.

compétition en matière économique. Ces informations représentent pour l'entreprise débitrice une valeur marchande comparable aux matières premières pour les industries au 19^{ème} siècle⁴⁴. Il faut maintenir autour de cette intimité qui est le moteur de ses stratégies, la forteresse du silence. Ainsi, la confidentialité pourra bénéficier d'une protection émanant soit du droit pénal (A) d'une part, et d'autre part, soit du droit civil. (B)

A- La protection de la confidentialité de l'information secrète par le droit pénal

La confidentialité exprimée dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA de manière générale, ne bénéficie pas explicitement de la part de l'AUPCAP, d'une protection pénale. Même si l'on se réfère au droit interne notamment en ce qui concerne la loi pénale, spécialisée dans l'incrimination des infractions, le code pénal, celui du Cameroun particulièrement, est muet sur la question. Or, au regard de l'importance qu'elle revêt au sein des procédures collectives notamment dans la sécurisation des intérêts tant de l'entreprise débitrice que de ses créanciers, le législateur OHADA gagnerait à y introduire au sein de l'AUPCAP, un ensemble de mesures visant à sanctionner toute violation du respect de ce principe pendant la procédure collective.

Pour un respect plus strict de cette obligation de confidentialité, les acteurs qui en sont soumis doivent être assujettis à des sanctions applicables en cas de non-respect. La carence d'une disposition particulière visant le droit de ne pas dire se justifie par son contenu en fait très variable selon ses stratégies et également par l'interprétation restrictive des textes en matière pénale. Le même constat est établi en ce qui concerne le secret des affaires⁴⁵. Ceci s'explique parfois par l'insuffisance de cette protection⁴⁶.

Toutefois la confidentialité doit être protégée tout comme elle protège. Cette protection favorisera son strict respect afin de lui permettre d'accomplir pleinement la mission de sécurisation pour laquelle elle a été consacrée. A cet effet, pour mieux garantir cette confidentialité et en

⁴⁴ VANDENBUSSCHE (C.), *Secret des affaires et informatique*, Thèse, Paris I, 1990, p. 35, n°22.

⁴⁵ NGO NDJIGUI (R-Y), *Le secret en droit des affaires dans les pays de l'espace OHADA et en droit français*, Thèse de doctorat, Université d'EVRY Val d'Essome, p. 89 et suiv.

⁴⁶ PIED De LIEVRE (R), *L'insuffisante protection du secret des affaires*, USINE, 1970, p. 55 ; SEUNA (CH.), *La protection pénale des secrets des entreprises informatisées*. Juridis-info, n° 19 juillet –août – septembre 1994, p 54.

l'absence des dispositions spéciales de répression du non-respect du secret dans les procédures collectives, nous pouvons convoquer le secret professionnel et le secret commercial afin de dénicher une sanction applicable en cas de non-respect de la confidentialité. A cet effet, l'information secrète détenue par l'entreprise débitrice sur laquelle la confidentialité est requise est garantie en matière pénale par le secret professionnel d'une part (1) et le secret commercial d'autre part (2).

1- La protection de la confidentialité de l'information secrète par le secret professionnel

Le secret professionnel est un mode de protection de l'intérêt privé de l'entreprise se ramenant à une protection d'ordre générale. L'information secrète conserve sa confidentialité au sein des procédures collectives lorsqu'elle bénéficie d'une protection par le secret professionnel. Ce dernier est la plus simple de la notion générale du secret professionnel⁴⁷ dont la violation consiste pour son dépositaire à révéler sans l'autorisation de celui à qui il appartient⁴⁸, un fait confidentiel qu'il n'a connu ou qui ne lui a été confié qu'en raison soit de sa profession, soit de sa fonction ou d'une mission temporaire. Au Cameroun, l'infraction est punie par l'article 310 alinéa 1 du Code pénal, d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 20 000 à 100 000 CFA.

Dans les autres Etats tels que le Sénégal, l'article 363 du Code pénal, punit la même infraction d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 50 000 à 300 000 FCFA. Les sanctions du secret professionnel dans la plupart des pays membres de l'OHADA se ramènent toutes aux peines privatives de liberté et aux amendes. Cependant le quantum de ces sanctions est bien différent d'un Etat à un autre. On retrouve une condamnation semblable à l'article 226-13 du Code pénal français qui punit « toute révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire ». Seulement, la sanction n'est pas la même. Comportant impérativement un emprisonnement et une amende ici, elle se ramène là-bas à l'une ou à l'autre de ces sanctions. Encore que l'on doive remarquer dans le cas français que l'emprisonnement n'excède guère un an et l'amende 15243 €.

⁴⁷ TEISSIER (A.), *Le secret professionnel du banquier*, Tome I. PUAM .1999, p. 77.

⁴⁸ VUILLEMIN – GONZALEZ (C.), *L'obligation de non-divulgateion*. Thèse, Perpignan, 2000.

Quoi qu'il en puisse être, il est acquis que l'obligation au secret résultant d'un fait connu en raison de la profession ou de la révélation de la part de son titulaire étant fondée sur la confiance, la violation fait l'objet d'un châtement susceptible de restaurer la confiance évincée. De cette perspective, la personne qui se confie est assurée que celui qui a reçu la confiance a toujours le devoir de la garder. De la sorte, toute révélation de sa part est considérée comme une trahison de la confiance reçue voire un abus de confiance⁴⁹ car le confident, gardien fidèle de la confiance, ne doit pas mettre en lumière ce qui est cachée.

La sécurité des confidences qu'un particulier est amené en cas de nécessité à faire à certains professionnels se trouve ainsi garantie par une présomption de discrétion. Celle-ci est un impératif à la fois éthique et juridique et peut dès lors, être perçue comme une des dimensions du lien social entre les personnes. C'est pour cette raison que certains professionnels indispensables au fonctionnement de l'entreprise sont contraints au silence, notamment lorsqu'ils entretiennent avec elles des relations étroites qu'on ne peut concevoir la vie de l'entreprise sans eux⁵⁰.

L'entreprise débitrice à l'égard de laquelle une procédure collective est ouverte, que cette dernière vise à prévenir la cessation des paiements ou alors à redresser lorsque la cessation des paiements est constatée, procède à la divulgation des informations jusque-là tenues secrètes, afin de faciliter son succès. Ces informations secrètes sont portées à la connaissance des acteurs de la procédure en cours. Ces derniers sont tenus de les maintenir secrètes raison pour laquelle une obligation de confidentialité leurs est attribuée. L'unique façon de garantir le respect de cette confidentialité est de soumettre toute violation à de sanctions pénales. Le secret professionnel est l'un des infractions du Code pénal assimilable à la confidentialité dont une mesure efficace de protection de cette dernière contre toute violation. Ainsi, tout acteur des procédures collectives qui divulguera les informations tenues secrètes dont il a eu connaissance du fait de l'ouverture de la procédure collective pourra être coupable de fait constitutif de violation de secret professionnel.

En matière de procédure collective, plusieurs acteurs interviennent dans le dénouement. Leur désignation se fait selon la procédure collective ouverte suivant les dispositions de l'AUPCAP. Que ce soit le conciliateur dans la conciliation, l'expert dans le règlement préventif

⁴⁹ FARHAT (R.), « Le secret bancaire », LGDJ, 1970, p. 13.

⁵⁰ DI MARIO (G.), Préface Anne TEISSIER, *Le secret professionnel du banquier*, Tome I, PUAM. 1999.

ou alors le syndic dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens, les sanctions contenues dans l'infraction de violation de secret professionnel leurs sont applicables s'ils divulguent sans autorisation préalable, les informations secrètes dont ils ont eu connaissance.

Le même traitement est réservé aux créanciers de l'entreprise débitrice, aux organes judiciaires participants à la procédure ainsi qu'à toute personne qui, de quelque manière que ce soit, pourra entrer en connaissance de ces informations confidentielles. Le secret est alors une meilleure garantie pénale de la confidentialité de l'information tenue cachées avant l'ouverture de la procédure collective. A côté de cette protection qu'offre le secret professionnel à la confidentialité, le secret commercial est non négligeable dans ce même objectif.

2- La protection de la confidentialité de l'information secrète par le secret commercial

Le secret commercial protège partiellement la confidentialité de l'information secrète. Sa désignation varie d'une législation à une autre. Certains législateur l'appelle secret de fabrique alors que pour d'autres il s'agit du secret commercial⁵¹. Ainsi aux termes de l'article 311 alinéa 1 du Code pénal camerounais « *celui qui révèle aux tiers sans l'autorisation de celui auquel il appartient un fait ou un procédé industriel ou commercial dont il a eu connaissance est puni d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à 3 ans et d'une amende de 100 000 FCFA à 500 000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement.* » Le code pénal camerounais réprime le secret commercial qui est dénommé en France le secret de fabrique.

Ce dernier se définit comme étant l'ensemble des procédés de fabrication originaux offrant des avantages pratiques et commercial pour celui qui les détient et inconnus des concurrents.⁵² Il en ressort que le secret commercial ne protège qu'une catégorie spécifique d'informations confidentielles, celles liées notamment aux procédés de fabrication et de productions rentabilisant l'entreprise. Cependant, cette protection est fondamentale pour la sauvegarde des informations confidentielles, lorsqu'on sait que le secret représente toujours le moteur essentiel de grandes

⁵¹ Secret commercial dans le Code pénal camerounais, secret de fabrique ancien Code pénal français. Actuellement article L 152-7 du Code de travail français.

⁵² Cf. Lexique de vocabulaire juridique, © Dictionnaire du vocabulaire juridique, Litès, 1^{ère} éd. 2002, sous la direction de Rémi CABRILLAC.

stratégies commerciales et industrielles. La protection par le secret commercial ou le secret de fabrique est une assurance de plus dont bénéficie la garantie de la confidentialité des informations secrètes.

L'infraction est constituée dès lors que l'auteur des faits incriminés a révélé aux tiers sans l'autorisation du titulaire du secret un fait ou un procédé de fabrication brevetable ou non et méconnu du public. Il peut s'agir d'un simple détail de fabrication ou d'une information pratique utilisée ou utilisable dans l'industrie.⁵³

Quant à l'auteur de l'infraction, on peut penser, d'après la formule de l'article 311 alinéa 1^{er} du Code pénal camerounais, qu'il s'agit de tous ceux qui en raison de leur fonction ont eu connaissance des procédés industriels ou commerciaux secrets. Or l'admettre serait *a priori* rendre l'application de ce texte difficile. Toutefois, en s'inspirant des solutions du droit comparé et notamment de la solution dégagée par l'article L 152-7 du Code de travail français, qui réprime la violation du secret de fabrique d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €, on considère que les personnes auteurs de l'infraction visées sont toutes celles qui ont avec l'entreprise un lien de subordination juridique.

Ainsi, l'auteur des faits incriminés n'est autre que « *le salarié ou tout directeur employé par l'entreprise* ». Ce qui exclut du champ d'application de ce texte tous ceux qui ont apportés leurs biens et leurs capitaux en vue de la constitution de la société. Sont également exclus les personnes qui sont liées à la société par un contrat d'entreprise.

La divulgation n'est punissable que si le fait ou procédé secret est fait à un tiers. Par contre, l'utilisation du procédé secret par le salarié ou le directeur pour son propre compte n'est pas punissable. Cette utilisation peut être comprise comme un fait justificatif. Seulement, elle ne doit pas être faite dans le but de nuire à l'entreprise propriétaire du procédé secret.

Par ailleurs, les sanctions vont d'un emprisonnement à une amende ou l'une des deux peines seulement. Outre ces sanctions, le juge a la faculté de prononcer des peines complémentaires qui se ramènent aux interdictions des droits civiques, civils et de famille ainsi

⁵³ Cass. Crim. 15 avril 1987. P.I.B.D. 1982. III, 207.

que les déchéances.⁵⁴ La tentative de cette infraction est punissable tout comme la révélation elle-même. Le bénéficiaire de la confiance peut en tant que complice encourir les mêmes peines que l'auteur de l'infraction notamment s'il a été de mauvaise foi. Il peut même être poursuivi pour violation de domicile si, en plus de cette communication, il s'est introduit frauduleusement dans l'enceinte de l'entreprise.

Le secret commercial se présente ainsi comme une garantie de la confidentialité des informations issue du secret de fabrique car l'on ne doit pas perdre de vue que l'ouverture d'une procédure collective contre une entreprise débitrice oblige cette dernière à faire intervenir dans ses affaires des tiers. Ceux-ci peuvent, au cours de la procédure, entrer en connaissance d'informations secrètes. La confidentialité qui anime certains aspects de cette procédure permet certes que ces informations restent confidentielles, mais le secret commercial permet de renforcer cette garantie à travers notamment les peines applicables en cas de violation. Mais il est important de préciser que les personnes essentiellement visées par cette infraction sont les salariés de l'entreprise débitrice afin d'éviter que la divulgation, suite à l'ouverture d'une procédure collective à son égard, de ses informations secrètes garantissant sa rentabilité dans un environnement d'affaire très concurrentiel lui soit fatale.

Si le droit pénal protège la confidentialité des informations secrètes de l'entreprise débitrice soumise à la procédure collective à travers notamment le secret professionnel et le secret commercial, des sanctions relevant du droit civil peuvent aussi être envisageables passant essentiellement par le droit de la responsabilité civile délictuelle.

B- La protection de la confidentialité de l'information secrète par le droit de la responsabilité civile délictuelle

Les informations secrètes d'une entreprise sont d'une valeur inestimable pour cette dernière, ce qui rend sa divulgation très complexe et parfois même interdite. Lorsqu'un débiteur, personne physique ou morale est soumis à une procédure collective, il peut être dans l'obligation de dévoiler certaines informations confidentielles afin de maximiser ses chances de redressement de sa situation financière. Cette divulgation se fait donc contre son gré mais pour le bon succès de

⁵⁴ Article 30 du code pénal camerounais, article 131-6 du code pénal français.

la procédure collective en cours. A cet effet, il est important, voire urgent, de garantir que ces informations resteront confidentielles même si elles ont été portées à la connaissance des tiers. Au-delà de la protection que le droit pénal offre à cette confidentialité de l'information à travers notamment l'application de l'infraction de violation du secret professionnel ou alors celui de violation du secret commercial, on peut envisager une protection en matière civile.

Ainsi, au regard de la nature non contractuelle de l'obligation de confidentialité dont sont tenus certains acteurs des procédures collectives, la seule protection que l'on peut évoquer ici en matière civile est la protection fondée sur la responsabilité civile délictuelle. Autrement dit, l'auteur de la violation du secret des informations confidentielles en matière de procédure collective peut voir sa responsabilité civile délictuelle engagée.

La responsabilité civile délictuelle est la meilleure garantie dont bénéficie l'information secrète de toute violation de son aspect confidentiel. Une garantie en droit civil fondée sur la sanction d'un comportement malhonnête. La jurisprudence française n'hésite surtout pas à punir de tels comportements⁵⁵. La responsabilité civile délictuelle se fonde sur le principe de la responsabilité du fait personnel édictée par, les articles 1382 et 1383 de du Code civil. Cette solution est également admise dans les États contractants de l'OHADA dont la plupart de ces pays ont signé le traité instituant l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI). Aux termes de l'article 1 alinéa 1-b de l'annexe VIII de ce traité encore appelé Accords de Bangui⁵⁶, « toute personne physique ou morale lésée ou susceptible d'être lésée par l'acte de concurrence déloyale dispose de recours légaux devant un tribunal d'un État membre et peut obtenir des injonctions, des dommages-intérêts et toute autre réparation prévue par le droit civil ».

L'action en responsabilité délictuelle se présente à l'entreprise débitrice victime de l'indiscrétion comme une planche de salut, voire un « *ultimum subsidium* » puisque celui-ci ne dispose plus d'aucune voie juridique pour faire sanctionner l'indiscret ou le bénéficiaire de l'indiscrétion. « *Bon samaritain toujours disponible* », selon l'expression de messieurs les

⁵⁵ Lyon, 12 décembre 1950. D. 1951. p 245. Cass. Com. 30 octobre 1978. Bull. Civ. IV, n° 208.

⁵⁶ Accord de Bangui instituant l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle révisé le 02 mars 1997 puis à nouveau le 25 février 1999. Cette nouvelle version révisée est entrée en vigueur en février 2002. Cette organisation regroupe parmi ses membres 14 Etats membres de l'OHADA qui ont de ce fait en matière de propriété industrielle une loi commune.

professeurs Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET⁵⁷, la responsabilité pour faute est un principe universel posé et reconnu par la jurisprudence en matière de concurrence déloyale. Elle a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif⁵⁸.

Cette action semble être une réponse particulièrement adaptée pour la lutte contre les comportements déloyaux⁵⁹. Ce recours est nécessaire surtout lorsqu'un salarié ou un associé se rend en dehors de l'exécution de son contrat, complice des agissements d'un tiers et fournit à ce dernier les informations confidentielles sur son entreprise.

Conclusion

Pour conclure, la sécurisation des informations confidentielles du débiteur soumis à une procédure collective ne peut se faire en dehors du principe de discrétion. Mais sa portée dépend essentiellement de la nature de l'obligation ou du devoir mis à la charge du dépositaire de l'information secrète. La relation juridique du débiteur de l'obligation avec la personne au profit de laquelle cette information est préservée joue un rôle important dans l'appréciation de l'efficacité et de la simplicité de la mise en œuvre de ces mécanismes.

S'il est vrai que pour faciliter la sécurisation de ses informations secrètes, l'entreprise débitrice a besoin d'un regain de discrétion, il n'en demeure pas moins que seule une réelle garantie de son implémentation pourrait satisfaire cette exigence. Le législateur OHADA, bien qu'ayant institué dans un certain contexte une obligation de confidentialité notamment à toute personne ayant connaissance de la procédure de conciliation, n'a pas prévu de moyen efficace devant garantir cette confidentialité. La situation est identique en ce qui concerne toutes les procédures collectives de l'Acte uniforme. On peut justifier cet état de chose notamment par la possibilité que le Traité OHADA donne à chaque état partie de légiférer sur une question ou un aspect de l'Acte uniforme si ce dernier est fortement attaché à la sécurité juridique.

Au demeurant, cela n'empêche pas que l'on puisse invoquer en attendant d'autres mécanismes ou garanties matérielles devant assurer une réelle implémentation du principe de

⁵⁷ LE TOURNEAU (PH.) et CADIET (L.), « Droit de la responsabilité ». *Daloz*, 1998, n° 566 et s.

⁵⁸ LE TOURNEAU (PH.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile ». *RTD Civ*, 1987. Juillet- septembre 1988.

⁵⁹ FASQUELLE (D.), « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ». *Gaz. Pal.* Novembre 2001. P 49. SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Développements de l'action en concurrence déloyale », in *Aspects actuels du Droit des Affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, *Daloz*, 2003, p. 993.

confidentialité au sein même des procédures collectives. C'est la raison pour la laquelle les concepts relevant du droit commun pénal et civil ont été convoqués ici afin de donner à une entreprise débitrice soumise à une procédure collective, de pouvoir s'en prévaloir pour mieux assoir et préserver son crédit malgré que ses informations confidentielles soient divulguées.

Tout comme la confidentialité facilite la sécurisation des informations secrètes divulguées, préservant ainsi le débiteur, elle constitue aussi un socle de continuation de son activité afin de lui permettre un accomplissement sans faille des engagements qu'il a pris envers ses créanciers.



La médiation pénale juvénile en République Démocratique du Congo*Juvenile penal mediation in the Democratic Republic of the Congo**Par :***KAMBALE VISO Élisée**

Doctorant en Droit Privé et Sciences Criminelles

FSJP- Université de Dschang (Cameroun).

Chercheur en Droit numérique et protection de l'enfant

Page | 475

Résumé :

Face à la délinquance juvénile, les pays ont la latitude de mettre en œuvre aussi bien les solutions judiciaires que celles extrajudiciaires. Se fondant sur la vulnérabilité de l'enfant, les instruments juridiques ainsi que la doctrine encouragent vivement la voie extrajudiciaire. La République Démocratique du Congo a exploité cette voie en institutionnalisant la médiation. Celle-ci vise à épargner les enfants de méfaits de la procédure judiciaire. Cependant, la pratique révèle que la médiation est fortement judiciairisée et que peu de moyens sont mis en jeu pour sa promotion, réalité qui bloque le fonctionnement du mécanisme. Pour une mise en œuvre réussie de la médiation, il est nécessaire que l'intervention du juge soit sensiblement réduite et que des ressources soient allouées aux comités de médiation.

Mots-clés : Médiation – Délinquance juvénile – Judiciarisation – RDC.

Abstract:

In facing juvenile delinquency, countries have the flexibility to implement both judicial and extrajudicial solutions. Based on the vulnerability of the child, legal instruments as well as doctrine strongly encourage the extrajudicial way. The Democratic Republic of the Congo has exploited this avenue by institutionalizing mediation. It aims at sparing children from the inconveniences of judicial proceedings. However, practice shows that mediation is highly judicialized and that few means are allotted for its promotion, a reality that blocks the functioning of the mechanism. For a successful implementation of mediation, it is necessary that the intervention of the judge be significantly reduced and that resources be allocated to mediation committees.

Keys-words: Mediation – Juvenile delinquency – Judicialization – DRC.



Introduction

La délinquance juvénile¹ est une réalité qu'on est obligé d'admettre. En effet, les crises familiales, les manques de repères culturels et de modèles d'identification, l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication², les migrations nombreuses, les échecs scolaires, les graves difficultés d'insertion sociale et professionnelle touchent de plein fouet avant tout les jeunes, ces êtres vulnérables et fragiles, et se traduisent assez souvent par un glissement de ceux-ci vers la délinquance³. Il est honnête d'admettre qu'aucun pays ne n'est à l'abri de ce phénomène. L'assertion paraît plus réelle lorsqu'on considère la criminalité informatique qui touche tous les pays, et dont certains des acteurs sont des enfants.

Plusieurs causes sont à la base de la délinquance juvénile en RDC. Au premier chef, on pense à la situation socioéconomique dégradante qui maintient des familles dans la pauvreté, et affecte par-là même, les enfants. Par voie de conséquence, ces derniers s'investissent dans des activités condamnables en vue de leur survie. Poussée à l'extrême, cette situation oblige certains enfants à élire domicile dans la rue⁴. S'il est vrai que le manque d'éducation des enfants peut aussi contribuer à la délinquance juvénile, il est par ailleurs regrettable que la gratuité d'éducation⁵ ne soit pas encore effective. De plus en plus, les enfants en conflit avec la loi entrent en contact avec la justice. Face à cette évidence, la RDC devrait apporter une solution en vue du redressement de la situation. C'est ainsi que dans un décret de 1950⁶, des mesures ont été prises pour faire face à la délinquance juvénile. L'évolution des temps a montré que ce texte est désormais obsolète et inadapté aux réalités nouvelles⁷. En fait, depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de

¹ Pour une compréhension globale du concept, V. CHAMBOREDON (J.-C.), « La délinquance juvénile, essai de construction d'objet », in: *Revue française de sociologie*, 1971, 12-3. pp. 335-377.

² Lire à ce sujet : FOPA (N.), « Le régime de responsabilité des auteurs des atteintes à l'intégrité sexuelle des enfants mineurs sur Internet », in *Revue de la Recherche Juridique et politique (RRJP)*, novembre-décembre 2022, p. 182-208.

³ LACHAT (M.), « La médiation pénale juvénile en Suisse » in *Justice juvénile : les fondamentaux*, Institut International des droits de l'enfant, Suisse, 2016, p. 223.

⁴ À Bukavu (RDC), ville d'environ 1 million d'habitants dans la Province du Sud-Kivu, on estime à environ 10. 000 le nombre d'enfants qui vivent et ou travaillent dans la rue, y compris les filles mineures qui y survivent par la prostitution avec un développement perceptible du phénomène lié aux grossesses précoces. Lire : Bureau International Catholique de l'Enfance, BICE, *Rapport alternatif*, 2016-2017, p. 4.

⁵ À ce sujet, l'article 43 (5) de la Constitution dispose : « L'enseignement primaire est obligatoire et gratuit dans les établissements publics ». On comprend que la situation est différente dans les établissements privés.

⁶ Ce décret a été remplacé par la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, ci-dessous « LPE ».

⁷ À titre d'exemple, on note ici que le texte en question définissait l'enfant comme toute personne âgée de moins de seize ans.

l'enfant⁸ ainsi qu'à la suite d'autres instruments juridiques pertinents, la position de l'enfant face à la justice a sensiblement changé.

L'arsenal juridique existant⁹ ne cesse d'invoquer la vulnérabilité de l'enfant comme fondement suffisant pour lui aménager un système judiciaire spécial. Ce faisant, il est unanimement admis que les enfants doivent être soumis à une justice différente de celle des adultes. D'ailleurs, la procédure judiciaire doit être envisagée en dernier recours. C'est autant dire « *qu'on doit s'attacher, dans toute la mesure possible, à traiter le cas des délinquants juvéniles en évitant le recours à une procédure judiciaire devant l'autorité compétente* »¹⁰. De la sorte, le recours à des moyens extra-judiciaires, qui permet d'éviter une procédure pénale et entraîne souvent le renvoi aux services communautaires, est communément appliqué de façon officielle ou officieuse dans de nombreux systèmes juridiques. Cette pratique permet d'éviter les conséquences négatives d'une procédure normale dans l'administration de la justice pour mineurs. Il s'ensuit que le choix premier de traiter les affaires impliquant les enfants doit être de nature extra-judiciaire.

Il est vrai qu'il existe plusieurs types de voies extra-judiciaires¹¹ ; cependant la présente réflexion se focalise sur la médiation pénale juvénile. De manière simple, cette dernière peut être comprise comme « *le processus au cours duquel la victime et l'enfant mis en cause sont amenés avec l'aide d'un tiers impartial, le médiateur, à trouver des solutions pour résoudre leur conflit et réparer le dommage de la victime résultant d'une contravention ou d'un délit* »¹². Comme on peut le remarquer, le médiateur instaure un processus de communication constructive entre la victime et l'enfant. Ce mode alternatif de résolution des conflits, inspirée par la justice réparatrice¹³, donne un rôle central à l'auteur comme à la victime. En clair, il réalise la déjudiciarisation des affaires impliquant les enfants. Les avantages¹⁴ qu'apporte la médiation ont poussé le législateur congolais

⁸ Ce texte est l'instrument international principal en matière de la protection des droits de l'enfant.

⁹ La promotion des droits de l'enfant a commencé du niveau international vers le niveau national. Le texte le plus contraignant sur le plan international est la Convention relative aux droits de l'enfant. Il soutient que l'enfant est un être vulnérable qui mérite la protection. L'essentiel de ses principes ont été repris dans les textes communautaires et nationaux.

¹⁰ Article 11, Règles de Beijing.

¹¹ Lire utilement : TRICOIT (J. -P.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, Gualino, Paris, 2020.

¹² Terre des hommes, « Guide pratique de la médiation pénale pour mineurs », Lausanne, 2018, p. 4.

¹³ À ce sujet, lire : CHRISTINA ANDERSON (L.) « Double Jeopardy : The Modern Dilemma for Juvenile Justice », in *University of Pennsylvania Law Review*, Jan., 2004, Vol. 152, No. 3, pp. 1181-1219.

¹⁴ Comparée à la procédure judiciaire, il est clair que la médiation est porteuse de bon nombre d'avantages. Elle permet, d'une part, de responsabiliser le mineur mis en cause en le mettant face au dommage matériel, physique ou moral qu'il a causé et en lui offrant une occasion de changer son comportement. D'autre part, la médiation permet à

à la consacrer, à côté de la procédure judiciaire¹⁵. On peut dès lors se demander si la mise en œuvre de la médiation est effective dans le système de la justice juvénile congolais. Cette problématique est de la plus haute importance dans la mesure où elle soulève d'autres questions : dans quelles limites la médiation collabore-t-elle avec la procédure judiciaire ? La médiation est-elle envisageable dans le cas des infractions commises dans le cyberspace ? Comment pallier les difficultés auxquelles se heurte la mise en œuvre de la médiation dans le système de la justice pour enfants ?

L'étude des textes, appuyée par la doctrine, permet de soutenir que la mise en œuvre de la médiation est relativement effective. À l'analyse, même si la loi a, de façon prometteuse, institutionnalisé la médiation (I), sa mise en œuvre demeure entravée par bon nombre de défis (II).

I- L'INSTITUTIONNALISATION PROMETTEUSE DE LA MÉDIATION DANS LA JUSTICE JUVÉNILE

Les États reconnaissent les imperfections et les effets néfastes du système judiciaire, particulièrement lorsqu'il s'agit des enfants. C'est pourquoi, le législateur congolais a institué la médiation qui a entre autres objectifs « *d'épargner l'enfant des inconvénients d'une procédure judiciaire, d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant du fait qualifié d'infraction à la loi pénale, et de contribuer ainsi à la réinsertion de l'enfant en conflit avec la loi* ». Pour concrétiser les objectifs de la médiation, il était impérieux que des comités de médiation fussent créés (A) et que les règles de leur fonctionnement fussent définies (B).

A- La création appréciable des comités de médiation

Pour affirmer la spécialité du volet judiciaire de la justice pour enfants, le législateur a mis sur pied des tribunaux pour enfants¹⁶. Ces derniers fonctionnent avec des règles différentes de

la victime d'être reconnue comme victime, première étape du processus de restauration, de tenter de comprendre les motivations qui ont poussé l'auteur à agir ainsi et de recevoir ses excuses et/ou une réparation et éventuellement de lui pardonner. Enfin, en faisant la promotion de la réinsertion et réduisant les risques de récidive, la médiation apporte une réponse à la communauté atteinte par le sentiment d'insécurité. D'un point de vue légal et social, la médiation pénale, comme mesure de déjudiciarisation, permet d'une part, de désengorger les tribunaux et de minimiser la bureaucratisation de la justice. Aussi apporte-t-elle une réponse efficace et adaptée à une délinquance primaire, une alternative à la résolution des infractions de moindre gravité par des mécanismes informels et réduit le sentiment d'impunité et d'insécurité dans la société. Lire Terre des hommes, « Guide pratique de la médiation pénal des mineurs », Lausanne, 2018, p. 4.

¹⁵ On se rend compte que ces deux voies ne sont pas exclusives, mais plutôt complémentaires, selon les règles établies par la loi.

¹⁶ V. les articles 84 et s. de la LPE.

celles des tribunaux ordinaires. De même, en voulant souligner l'existence du volet extrajudiciaire de la justice juvénile, la loi a créé des comités de médiation, qui, du reste, ont la charge de mettre en œuvre la médiation. Ils fonctionnent sous l'autorité du tribunal pour enfants, dans une perspective de collaboration. La précision du fondement (1) ainsi que de la finalité (2) assignée aux comités de médiation met en évidence la noblesse de leur création.

1- Le fondement des comités de médiation

La doctrine¹⁷ s'accorde à affirmer que tout le monde¹⁸ peut être vulnérable, selon les circonstances dans lesquelles on se retrouve. Cependant, les enfants sont davantage vulnérables, en raison de leur état de développement. Leur vulnérabilité s'accroît lorsqu'ils ont commis une infraction, et que la justice doit intervenir. Cela transparaît clairement dans le préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant : « *ayant à l'esprit que, [...] l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée [...]* »¹⁹. Les textes communautaires et nationaux ont aussi fait allusion à cette condition vulnérable de l'enfant et ont du coup, pris des mesures jugées appropriées.

De ce point de vue, les États doivent exploiter la voie extrajudiciaire en vue de se conformer aux exigences des Règles²⁰ de Beijing, aux des Règles²¹ de Bangkok, aux Stratégies et mesures concrètes types des Nations Unies relatives à l'élimination de la violence à l'encontre des enfants dans le contexte de la prévention du crime et de la justice pénale et surtout à l'article 40 alinéa 3 b) de la CDE qui demande aux États de « *prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire* »²². Dans l'objectif de faire du recours à la procédure judiciaire la dernière option pour traiter des affaires des enfants, le législateur congolais a consacré la médiation. Il la définit comme « *un mécanisme qui vise à trouver un compromis entre l'enfant en conflit avec la loi ou son représentant légal, et la victime ou son représentant légal ou ses ayants droits sous réserve de l'opinion de l'enfant intéressé*

¹⁷ BRAKE (E.) et FERGUSON (L.), *Philosophical foundations of children and family law*, Oxford University Press, 2018, p. 312.

¹⁸ L'exemple donné pour illustrer que les adultes peuvent aussi être vulnérable est celui des personnes de troisième âge. Lire: BRAKE (E.) et FERGUSON (L.), *Philosophical foundations of children and family law, op.cit.*, p. 313.

¹⁹ Préambule de la CDE, par. 10.

²⁰ Article 11 des Règles de Beijing

²¹ V. Règles 57 et 58.

²² Article 40 de la CDE.

dûment entendu »²³. La médiation est conduite par des comités de médiation²⁴. Un arrêté interministériel²⁵ définit son organisation, sa composition ainsi que son fonctionnement. Son analyse facilite aussi à cerner la finalité assignée aux comités de médiation.

2- La finalité des comités de médiation

L'intention du législateur est expressément indiquée quant à la finalité de la médiation. Cette dernière « contribue à la réinsertion sociale de l'enfant, et partant au rétablissement de la paix sociale »²⁶. Ainsi que l'écrit Michel LACHAT, « la médiation est un instrument qui complète extrêmement bien la philosophie de la justice des mineurs et s'intègre dans les objectifs éducatifs de cette justice spécialisée »²⁷. Dans ces conditions, il est fondé d'investiguer les moyens utilisés par le comité de médiation pour réaliser l'objectif de réinsérer l'enfant, et partant rétablir la paix sociale. Sur ce point, trois considérations peuvent être analysées. La médiation implique toutes les parties au conflit dans la recherche de la solution, elle apporte des solutions innovantes face à la délinquance des enfants et épargne l'enfant des stigmas.

Parlant de l'implication de toutes les parties dans la recherche de la solution, il est remarquable d'observer que l'enfant auteur du manquement qualifié d'infraction est mis en face de la victime afin que tous les deux arrivent à un compromis, sous la facilitation du CDM. L'implication des parents ou tuteurs permet « d'apaiser les réactions parentales de dramatisation excessive, d'éviter leur indifférence ou de corriger leur complaisance »²⁸.

Il est à noter que le compromis est établi par écrit²⁹. Il va sans dire qu'il ne doit pas être contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs³⁰. En réalité, grâce à la médiation, les parties parviennent à éviter le caractère contradictoire et répressif de la procédure pénale qui se mise sur la punition de l'auteur et bien souvent renforce le conflit³¹. De la sorte, on réalise que la médiation

²³ Article 132 de la LPE.

²⁴ Article 135 de la LPE.

²⁵ Il s'agit de l'arrêté interministériel 490/CAB/MIN/J&DH/2010 et 011/CAB/MIN.GEFAE du 29 décembre 2010 portant composition, organisation et fonctionnement du comité de médiation en matière de justice pour mineurs. Ce texte a été complété et modifié par : ARRÊTÉ INTERMINISTÉRIEL n° 243/CAB/ME/MIN/J&GS/2018 et 065/CAB/MIN.GEFA/2018. (J.O.RDC., 15 août 2019, n° 16, col. 15).

²⁶ Article 132 de la loi portant protection de l'enfant.

²⁷ LACHAT (M.), « La médiation pénale juvénile en Suisse » in *Justice juvénile : les fondamentaux*, op. cit., p. 233.

²⁸ CRÉGUT (F.), « L'approche restauratrice dans la justice juvénile », in *Justice juvénile : les fondamentaux*, op. cit., p. 205.

²⁹ L'article 141 alinéa 1 de la LPE et l'article 19 alinéa 1 de l'arrêté ministériel demandent à ce que les parties intéressées signent le compromis, acceptant ainsi de mettre un terme au différend qui les oppose.

³⁰ Article 19 alinéa 2 de l'arrêté interministériel.

³¹ Terre des hommes, « Guide pratique de la médiation pénale pour mineurs », art. préc., p. 5.

se concentre davantage sur la recherche d'une solution d'apaisement entre les parties, la réparation du lien personnel et social entre l'auteur et la victime mais aussi la réinstauration d'une paix sociale au sein de la communauté. Par conséquent, la médiation profite aux deux parties sur un rapport gagnant-gagnant et limite ainsi la frustration ou l'amertume née d'une procédure contentieuse à l'issue de laquelle une décision est prise en faveur d'une partie au détriment d'une autre³².

Il est en outre intéressant de noter que cette finalité est en résonance avec la culture africaine qui consiste à procéder, avant tout et en règle générale, au règlement des litiges dans la communauté par voie de conciliation. C'est l'arbre à palabres. Le droit positif s'est donc enrichi en s'appuyant sur la sociologie et l'anthropologie congolaises³³.

Relativement aux solutions innovantes, il sied de noter que l'article 134 établit une liste non exhaustive de mesures auxquelles la médiation peut aboutir. En fait, la créativité, l'ingéniosité et la proximité avec les réalités locales laissent la place à une infinité de possibilités par rapport à la nature du compromis tout en restant dans les limites de la loi et les principes fondamentaux des droits de l'enfant. Les mesures suivantes ont été citées : l'indemnisation de la victime³⁴, la réparation matérielle du dommage³⁵, la restitution des biens à la victime³⁶, la compensation³⁷, les

³² *Ibid.*

³³ BICE, *Recueil sur la justice pour enfants en République démocratique du Congo*, 2ème édition, Genève-Kinshasa, 2018, p. 211.

³⁴ L'enfant, ses parents, sa famille ou son tuteur acceptent, aux termes du compromis, de verser à la partie lésée une indemnité fixée par consentement mutuel. Le délai du versement de l'indemnité doit être également convenu entre les parties au litige. L'indemnité est déterminée par rapport à la nature du manquement infractionnel, son degré de gravité, l'ampleur du préjudice et les circonstances de la commission du manquement en cause.

³⁵ Par la réparation matérielle, un bien meuble ou immeuble ayant subi le manquement infractionnel est remis dans l'état où il était avant la commission du manquement. Dans le contexte cyberspatial, on comprend que si par exemple, l'enfant peut avoir détruit un matériel informatique, il lui reviendra de le réparer.

³⁶ Par la restitution, la victime est rétablie dans ses droits en se faisant remettre le bien ou l'objet frauduleusement soustrait, manipulé ou escroqué par l'enfant en conflit avec la loi. La victime reprend son objet ou son bien, même s'il a plus ou moins été utilisé par l'enfant. C'est par exemple la restitution d'un téléphone portable ou de tout autre bien volé.

³⁷ Elle conserve sans sens courant en ce qu'elle réalise l'extinction de deux dettes réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible. Cela suppose que la partie victime était, au préalable, redevable vis-à-vis de l'enfant ou de son représentant.

excuses expresses à la victime³⁸, la réconciliation³⁹, l'assistance à la victime⁴⁰ et les travaux d'intérêt général⁴¹. Un regard peu attentionné peut renier le caractère innovant aux solutions présentées *supra*, au motif que la plupart d'entre elles étaient déjà envisagées aussi bien en droit civil⁴² qu'en droit pénal⁴³. Seulement, en les replaçant dans le contexte de la médiation, on se rend compte de l'innovation qu'elles apportent. En clair, la mise en œuvre de ces solutions procède de la volonté commune des parties, avec le concours des responsables légaux de l'enfant. En outre, elles ont vocation à rétablir la paix et la confiance entre les parties initialement opposées.

En dernier lieu, il paraît utile de mettre en évidence le fait que l'enfant est épargné des stigmas. En réalité, le fait pour un enfant de comparaître devant le juge peut causer un trauma durable, il peut se faire une image très négative de lui-même, celle d'une personne en marge de la société et dont l'avenir est compromis. Par ailleurs, la médiation pénale ne donne pas lieu à une inscription dans le casier judiciaire du mineur, l'objectif étant de ne pas stigmatiser le jeune et d'éviter de compromettre ses possibilités de réinsertion⁴⁴. Tout compte fait, la mise sur pied des comités de médiation présente l'avantage de corriger certaines failles de la procédure judiciaire.

B- Le fonctionnement des comités de médiation

³⁸ En principe, les excuses sont un préalable pour l'ensemble des compromis possibles. Elles apaisent l'atmosphère et ouvrent la voie vers le dialogue et la paix sociale recherchés par la médiation. Par rapport à la forme, elles peuvent être faites de manière verbale ou écrite. Rien n'empêche qu'une excuse orale soit ensuite transcrite par exemple sous forme de lettre. L'accumulation de l'oral et de l'écrit témoigne du repentir actif de l'enfant auteur, de sa reconnaissance de la douleur de la victime et de sa volonté de réparer le dommage causé et d'aller vers un compromis. Même si les textes légaux n'en disent rien, les excuses peuvent être présentées en chanson ou par des représentations artistiques (dessins). Il est souhaitable que les parents, tuteurs ou représentants légaux de l'enfant s'associent collégalement à la présentation des excuses à la victime.

³⁹ Elle est, par essence, difficile à réaliser. Mais une fois la réconciliation sincère parvenue, elle rétablit un climat de confiance dans la communauté. Elle commence par le pardon ou l'excuse présentée par l'enfant auteur et acceptée par la victime pour aller vers la paix.

⁴⁰ Il s'agit de faits, gestes ou actes, souvent symboliques, posés par l'enfant auteur ou ses représentants à l'égard de la victime dans le but d'apaiser la victime. L'assistance peut consister en des aides matérielles par exemple s'occuper du jardin de la victime, tailler sa clôture, lui faire des courses au marché, etc. Elles montrent à la victime la repentance de l'auteur. Lorsque l'assistance à la victime a un lien avec le manquement commis, l'enfant appréhende mieux les conséquences de son acte.

⁴¹ Ici l'enfant exécute des travaux en faveur de la communauté. Ils doivent tout de même tenir compte de sa condition d'enfant. C'est ainsi qu'il ne doit pas travailler pendant plus de 4 heures, et cette mesure ne doit pas dépasser un mois.

⁴² On fait allusion ici aux multiples modes d'extinction des obligations. L'article 132 du code des obligations énonce les modes d'extinction des obligations. Il dispose : Les obligations s'éteignent par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire, et par la prescription.

⁴³ Allusion faite à la transaction en matière pénale.

⁴⁴ Terre des hommes, « Guide pratique de la médiation pénale pour mineurs », *op. cit.*, p. 5

L'arrêté interministériel précité⁴⁵ précise les règles de fonctionnement des comités de médiation. À cet effet, il rappelle que le comité de médiation est saisi par le président du Tribunal pour enfants, conformément aux articles 136 et 137 de la loi portant protection de l'enfant⁴⁶. Ceci étant, il s'avère important que la composition du comité soit révélée (1) et que les compétences lui reconnues soient clarifiées (2).

1- La composition équilibrée des comités de médiation

En fait, le Comité de médiation est composé de trois membres, notamment un représentant du Conseil National de l'Enfant (CNE) qui en est le président ; un assistant social qui en est le secrétaire rapporteur et un délégué des organismes non gouvernementaux du secteur de protection de l'enfant⁴⁷. Toutefois, en cas d'impossibilité de composer le comité comme prévu ci-haut, le président du tribunal propose d'autres personnes remplissant les conditions requises⁴⁸. On peut se rendre compte que la composition tripartite garantit la représentativité de l'État et de la société civile œuvrant dans le domaine de l'enfance. Le mérite de cette composition tient au fait qu'à côté de l'État, sont prises en compte, les organisations de la société civile œuvrant dans le domaine de l'enfance. Sous cette configuration, il est fondé d'espérer que l'intérêt supérieur de l'enfant sera tenu en compte car certains membres de la composition sont des spécialistes des questions liées à l'enfance.

Dans le but de renforcer cette confiance, c'est fort intéressant de révéler que la loi a prévu une formation en faveur des membres de ces comités. À ce sujet, deux remarques méritent d'être soulevées. Certes, nul texte n'organise et ne donne de lignes directrices sur la formation des membres du CDM⁴⁹. Toutefois, l'expérience du TPE, siège ordinaire de Kinshasa/Ndjili, peut servir en attendant l'institutionnalisation d'une politique de formation. En effet, un des juges en chambre d'appel était désigné comme directeur pédagogique par le chef de juridiction pour organiser la formation des membres du CDM et assurer le suivi sur le terrain⁵⁰. Aussi doit-on noter

⁴⁵ Cf. *supra* note 25, p. 6.

⁴⁶ Article 16 de l'AI.

⁴⁷ Article 5 de l'Arrêté interministériel n°490/CAB/MIN/J&DH/2010 et n°011CAB/MIN/GEFAE du 29 décembre 2010 portant composition, organisation et fonctionnement du Comité de médiation en matière de justice pour mineurs.

⁴⁸ Article 9 de l'Arrêté interministériel n°490/CAB/MIN/J&DH/2010 et n°011CAB/MIN/GEFAE du 29 décembre 2010 portant composition, organisation et fonctionnement du Comité de médiation en matière de justice pour mineurs.

⁴⁹ On pense ici au cadre, but et objectifs de session, contenu modulaire, règles de mise en oeuvre, évaluation et sanction de la formation.

⁵⁰ Il s'agit d'un stage de formation active de 38 heures comprenant comme thématiques : a) les principes fondamentaux relatifs aux droits de l'enfant ; b) la psychologie des tranches d'âge ; c) les besoins, les centres d'intérêts et les attentes

que la politique nationale pour la réforme de la justice prévoit appuyer le processus de mise en œuvre des comités de médiation. Dans son fonctionnement, les compétences des comités de médiation ne s'interpénètrent pas avec celles des tribunaux pour enfants.

2- La clarification des compétences

Dans le but de départager les compétences et éviter par-là les conflits entre le juge et le président du comité de médiation, les compétences ont été clarifiées aux articles 136 à 138 de la LPE. La compétence est aussi bien personnelle que matérielle. Relativement à la première, force est de préciser que les comités de médiation n'ont pas vocation à traiter les dossiers de tous les enfants. En effet, il doit s'agir des enfants auteurs de manquements qualifiés d'infraction, c'est-à-dire les enfants de 14 ans et plus, et qui ne soient pas récidivistes⁵¹. *A contrario*, les enfants pénalement irresponsables de moins de 14 ans ne peuvent pas passer devant le CDM.

Quant à la compétence matérielle, la lecture combinée des articles 136⁵², 137⁵³ et 138⁵⁴ de la LPE permet d'affirmer que les faits en cause doivent être bénins⁵⁵ et punissables de dix ans au maximum⁵⁶. Comme le note Michel LACHAT, «*de manière générale, la médiation pénale est*

des enfants, adolescents et jeunes ; d) l'organisation du TPE ; e) la structure et le fonctionnement du CDM ; f) la justice réparatrice et les techniques de médiation.

L'animation de ce stage était basée sur les méthodes du type session-carrefour, session-éclair, carrefour-session en s'appuyant sur une approche non-directive.

⁵¹ Lire utilement les articles 3 de l'arrêté interministériel du 29 décembre 2010, et 136 de la LPE. Parlant de la récidive, Serge GUINCHARD souligne qu'« *il s'agit d'une cause d'aggravation de la peine résultant pour un délinquant de la commission d'une seconde infraction dans les conditions précisées par la loi, après avoir été condamné définitivement pour une première infraction* ». L'idée est que le fait d'avoir commis une nouvelle infraction, malgré un précédent rappel à la loi, procède à la fois d'une accoutumance à mal faire et d'une certaine dangerosité. En réalité, cette deuxième condition serait dangereuse si le juge l'appliquait à la lettre. Le danger tient au fait qu'aucun enfant récidiviste ayant été antérieurement condamné ne pourrait faire l'objet de médiation, y compris lorsque les faits actuellement en cause sont bénins. V. PIN (X.), *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2019, p. 414.

⁵² Cet article dispose : « *Lorsque les faits en cause sont bénins et que l'enfant en conflit avec la loi n'est pas récidiviste, le président du tribunal pour enfants défère d'office la cause au comité de médiation dans les quarante-huit heures de sa saisine* ».

⁵³ Cet article dispose : « *En cas de manquement qualifié d'infraction à la loi pénale punissable de moins de dix ans de servitude pénale, le président du tribunal pour enfants peut transmettre l'affaire au comité de médiation ou engager la procédure judiciaire* ».

⁵⁴ Cet article prescrit : « *La médiation n'est pas permise pour des manquements qualifiés d'infraction à la loi pénale punissables de plus de dix ans de servitude pénale* ».

⁵⁵ Même si la loi a fourni les efforts de départager les compétences entre les CDM et les TPE, un écueil reste à signaler. La loi n'a pas défini ce qu'il faille entendre par les faits bénins. Dès lors, une marge de manœuvre est laissée au juge pour enfants qui peut faire jouer ce que l'on appelle 'l'appréciation souveraine du juge'. Cependant, cette appréciation souveraine peut éventuellement glisser vers l'arbitraire sans l'existence de garde-fous juridiques. L'une des conséquences peut être la rétention des dossiers par le président du TPE, réalité qui pourrait entraîner de la mésintelligence entre le tribunal pour enfants et le CDM.

⁵⁶ Il est curieux de révéler qu'en dépit du fait que le droit congolais ignore la division tripartite des infractions, en délits, contraventions et crimes, le maximum prévu correspond à celui prévu dans les systèmes reconnaissant la division tripartite. Ainsi, le crime est punissable de plus de 10 ans. Arts...

privilegiée lorsque les infractions commises sont mineures ou lorsque l'auteur et la victime de l'infraction sont en relation de proximité »⁵⁷. L'interdiction d'ouvrir la médiation pour les manquements assortis de servitude pénale de dix ans et plus est légitime. Elle se justifie par la nécessité de ne pas donner l'impression à l'opinion publique de banaliser des actes criminels, manifestement de grande envergure.

Sur base de développements précédents, il s'avère intéressant que la médiation soit pertinente dans le l'environnement numérique. En fait, en jetant un regard sur la législation spécifique aux Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), on se rend vite compte que les affaires en lien avec le numérique impliquant les enfants, peuvent valablement être traitées par voie extra-judiciaire car, plusieurs infractions sont punies de moins de 10 ans. C'est le cas de l'interception des données (3 ans et une amende de 1 à 10 millions de FC)⁵⁸, la transmission et mise en circulation des images obscènes (6 mois et une amende de 1 à 10 millions de FC)⁵⁹, l'interruption volontaire des communications électroniques (2 à 5 ans et une amende de 100 à 200 milles FC)⁶⁰, l'accès frauduleux au système (6 mois à 3 ans et une amende de 1 à 10 millions)⁶¹, l'introduction frauduleuse des données dans le système (1an à 5 ans et ou une amende de 5 à 10 millions)⁶², la pornographie infantile (5 à 10 ans et une amende 5 à 15 millions de FC)⁶³, la xénophobie et racisme par les moyens électroniques (5 à 10 ans et une amende de 1 à 10 millions de FC)⁶⁴. Force est de souligner que seulement deux infractions sont punies de plus de dix ans. Il s'agit de la violation de secret d'État (10 à 20 ans)⁶⁵ et de la trahison⁶⁶. Pour ce dernier cas, la peine

⁵⁷ LACHAT (M.), « La médiation pénale juvénile en Suisse » in *Justice juvénile : les fondamentaux*, Institut International des droits de l'enfant, Suisse, 2016, p. 224.

⁵⁸ Article 180 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁵⁹ Article 181 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶⁰ Article 184 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶¹ Article 186 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶² Article 187 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶³ Article 193 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶⁴ Article 194 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶⁵ Article 198 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

⁶⁶ Article 197 de la loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

de mort est la seule punition envisagée. Pourtant, pareille mesure est en discordance avec les instruments protégeant les droits de l'homme en général, et ceux des enfants en particulier. Il en ressort que la quasi-totalité des infractions qui peuvent être commises dans le cyberspace sont de la compétence des comités de médiation, au regard des peines prévues. Seulement, on est inquiet quant à la capacité des comités de médiation à traiter des questions cybernétiques. L'inquiétude se fonde sur l'absence des infrastructures des CDM ainsi que la faible formation de ses animateurs.

Au total, la loi a institutionnalisé la médiation par la création des comités⁶⁷ de la médiation. Leur composition est équilibrée et ils fonctionnent dans le champ de leurs compétences. De la sorte, ils œuvrent à pallier les failles du système judiciaire tout en contribuant à la réinsertion sociale des enfants. Ces objectifs paraissent être entravés par des obstacles qu'on estime surmontables.

II-LES ENTRAVES SURMONTABLES À LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION DANS LA JUSTICE JUVÉNILE

Les comités de médiation sont censés agir dans l'étendue des compétences que la loi leur reconnaît⁶⁸. De la sorte, on vise à éviter le conflit de compétences avec les tribunaux pour enfants. Cependant, en dépit de ce garde-fou légal, il est loisible de faire constater que les comités de médiation sont étouffés. En clair, c'est avec moins d'optimisme qu'on peut augurer le succès des missions assignées à ces comités dès l'instant qu'ils sont fortement judiciarisés (A) et qu'ils manquent d'appui de la part de l'État (B).

A- La judiciarisation inquiétante de la médiation

Dans l'optique de rechercher la solution en dehors des instances judiciaires, l'intervention du juge devrait être soit inexistante ou réduite. En réalité, on est en face de la déjudiciarisation, comprise comme « *une suppression ou réduction de l'intervention du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel, abandonnant aux particuliers le soin de trouver eux-mêmes la solution adéquate, au besoin avec l'aide d'un professionnel juriste (avocat, notaire, officier de l'état civil...)* »⁶⁹.

Cependant, un regard attentif sur la médiation en RDC permet de voir que cette dernière demeure sous l'emprise du juge, et qu'elle ne bénéficie pas d'appui de la part de l'État. En effet,

⁶⁷ Il reste que plusieurs comités ne sont pas encore implantés.

⁶⁸ Cf. notes 53, 54 et 55, *supra*, p. 10.

⁶⁹ GUINCHARD (S.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Dalloz, Paris, 2018, V° « Déjudiciarisation ».

la judiciarisation dénoncée est vérifiée par l'omniprésence du juge pour enfants dans la médiation (1) ainsi que la forte dépendance des comités de médiation des tribunaux pour enfants (2).

1- Les pouvoirs très élargis du juge dans la médiation

L'étude des dispositions régissant la médiation laisse transparaître un handicap considérable remettant en cause l'efficacité du mécanisme. Il s'agit de ce qu'il convient d'appeler l'omniprésence du juge. En effet, c'est paradoxal de relever que seul le président du tribunal pour enfants ait qualité pour saisir le CDM, le mécanisme sous analyse étant extra-judiciaire⁷⁰. La transmission des dossiers au président du comité de médiation, par le président du Tribunal Pour Enfant (TPE) relève de la seule autorité de ce dernier. En fait, l'article 17 de l'arrêté de 2018 prévoit que lorsqu'il décide de recourir à la médiation, le président du Tribunal pour enfants transmet par lettre, dans les 48 heures de son ouverture, le dossier de l'affaire au président du comité de médiation. Au regard de ces conditions, il est permis de penser que le président du TPE décide subjectivement de ne pas transmettre le dossier au comité de médiation. Sur ce point, c'est avec regret que l'on souligne que la loi⁷¹ a privé le comité de médiation du pouvoir de s'autosaisir. Par voie de conséquence, le CDM ne peut pas, de sa propre initiative, lorsqu'il constate un manquement infractionnel d'un enfant en conflit avec loi, décider d'ouvrir une procédure de médiation. Comme déjà dit, il faut obligatoirement qu'il soit saisi par le président du TPE. Il faut aussi noter que le comité de médiation n'a pas de pouvoir de prononcer de sanctions, il s'arrête à formuler des recommandations⁷².

Cette situation ne va pas sans conséquences néfastes, car, dans la pratique, certains présidents de TPE considèrent, à tort ou à raison, que les CDM qui ne sont pas des organes décisionnels mais de conciliation. De ce fait, ils les privent de l'essentiel de leurs prérogatives dans le cadre de la médiation. Pour leur part, les CDM allèguent que les tribunaux pour enfants les empêchent d'exercer leurs fonctions en les privant de dossiers remplissant les critères relatifs à l'ouverture d'une médiation⁷³. Pourtant, le cadre juridique est assez clair sur les cas pour lesquels

⁷⁰ Il reçoit cette habilitation des articles 137 et 138 de la LPE ainsi que de l'article 12 de l'arrêté interministériel du 29 décembre 2010, et de l'article 16 de l'arrêté interministériel de 2018.

⁷¹ Alinéa 2 de l'article 12 de l'AI.

⁷² Sur ce point, l'article 28 de l'arrêté de 2018 dispose : « Le comité de médiation ne dispose d'aucun pouvoir de sanction. Il a cependant un pouvoir de recommandation et il peut éventuellement obtenir des renseignements complémentaires sur les circonstances de la commission des faits dont il est saisi. Il s'entretient entre les parties pour faciliter, structurer et coordonner la recherche volontaire et responsable d'une solution durable, respectueuse des parties, librement consentie par elles ».

⁷³ BICD, *Recueil sur la justice pour enfants en République démocratique du Congo, op. cit.*, p. 116.

la médiation est permise⁷⁴. La marge d'appréciation souveraine du président du tribunal pour enfants ne peut enfreindre les règles établies pour la saisine du CDM.

L'incompréhension entre ces deux entités serait-elle due au fait que la médiation est encore peu connue, même par les praticiens du droit ? Michel LACHAT abonde dans ce sens en écrivant : « *faute d'ouvrages et d'articles, la médiation est encore méconnue d'un grand nombre de magistrats qui peinent à appréhender ses apports et se montrent réticents à son égard. En effet, de nombreux juges estiment être aptes à un travail d'entremise caractéristique de la médiation et souhaitent conserver la direction du procès à travers ses différentes étapes. Ils considèrent au surplus que le recours généralisé à la médiation appauvrirait l'intérêt de leur fonction, notamment dans les dossiers complexes. Les avocats et les parties elles-mêmes sont aussi en manque d'information et rechignent à se lancer dans une telle procédure* »⁷⁵. Cette thèse paraît se confirmer dans la pratique car, le caractère gratuit de la procédure n'attire pas les auxiliaires de la justice à accompagner les justiciables même là où la médiation était possible.

Au titre de droit comparé, on peut évoquer une situation presque similaire en droit camerounais. En effet, dans l'objectif de spécialiser la justice juvénile camerounaise, la loi⁷⁶ a institué des assesseurs. Ceux-ci sont choisis pour l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance ou pour leur compétence en la matière⁷⁷ et ont la mission d'aider le juge dans la compréhension globale des questions liées à l'enfance. Alors que la présence des assesseurs aiderait le pays à atteindre la spécialisation souhaitée, on remarque avec regret que dans la pratique, les magistrats professionnels ne les associent pas toujours. Du coup, la voix délibérative qui est attribuée aux assesseurs par l'Art. 710 CPP sur les peines et mesures à prononcer contre le mineur n'existe ainsi que de façon théorique, la réalité étant toute autre⁷⁸.

Tout compte fait, la judiciarisation de la médiation en RDC empêche au mécanisme d'atteindre les missions qui lui sont assignées. C'est inopportunément que la loi a reconnu au

⁷⁴ Articles 136 et s. de la LPE.

⁷⁵ LACHAT (M.), « La médiation pénale juvénile en Suisse » in *Justice juvénile : les fondamentaux*, op. cit., p. 233.

⁷⁶ L'article 739 du CPP Camerounais prévoit : « *L'appel des décisions du Tribunal de Première Instance est porté devant la Cour d'Appel statuant en matière de délinquance juvénile. Article 740 — (1) La Cour d'Appel statuant en matière de délinquance juvénile est composée : - d'un magistrat du siège, Président ; de deux assesseurs, membres ; - d'un représentant du Ministère Public; d'un greffier. (2) Les dispositions des articles 710 à 712 sont applicables devant la Cour d'Appel* ».

⁷⁷ Article 709 du code de procédure pénale Camerounais.

⁷⁸ MBANDJI MBÉNA (É.), *Les droits fondamentaux de l'enfant en droit camerounais*, Thèse de Doctorat de l'Université de Toulouse en cotutelle avec l'Université de Douala, 2013, p. 292.

président du tribunal pour enfants des pouvoirs très élargis, qui, en fin de compte, privent le président de comité de médiation de s'autosaisir. Un autre trait marquant la judiciarisation tient à la subordination des comités de médiation aux tribunaux pour enfants.

2- La subordination déviatrice du comité de médiation au tribunal pour enfants

Page | 490

Il faut aussi dénoncer le lien de subordination sous-jacent du CDM au tribunal pour enfants ou la position de faiblesse supposée ou réelle du CDM. Décidément, il est peu profitable que le CDM soit obligé d'attendre la transmission des dossiers dont le président du tribunal a le monopole. Cet état de choses crée un rapport de force illustré par les tensions entre les deux institutions⁷⁹. Les CDM allèguent que les tribunaux pour enfants font de la rétention de dossiers remplissant pourtant les critères de la médiation et les tribunaux pour enfants arguent qu'ils sont les dépositaires du *auctoritate iudicis*. Cette mésintelligence ne permet pas une application apaisée de la loi, notamment sa philosophie réparatrice⁸⁰.

À notre avis, la clarification des compétences tant du TPE que du CDM n'avait pas pour objectif de subordonner l'un des organes à l'autre. Toutes les deux institutions ont vocation à fonctionner de façon parallèle, chacune restant dans le champ de sa compétence⁸¹. La subordination actuelle crée donc une déviation, au vu de missions assignées à ces deux institutions. La résolution des difficultés juridiques n'est pas suffisante pour une mise en œuvre réussie. Il faut, en plus, surmonter les obstacles d'ordre matériel et financier.

B- Le faible appui aux comités de médiation

L'État a l'obligation d'octroyer des subventions aux comités de médiation en vue de leur fonctionnement. À cet effet, l'article 34 de l'arrêté interministériel prévoit : « *Le comité de médiation bénéficie, pour son fonctionnement, des subventions de l'État inscrites sur le budget du ministère national et des ministères provinciaux ayant l'enfant dans ses attributions. Il est alloué à chaque membre du comité de médiation, mensuellement, une indemnité forfaitaire dont le montant est fixé par le ministre ayant l'enfant dans ses attributions. Cette indemnité doit être décente et de nature à garantir l'indépendance des membres du comité de médiation et la dignité de leur charge* »⁸². La réalité révèle avec inquiétude que l'État ne s'acquitte pas de cette obligation.

⁷⁹ BICD, *Recueil sur la justice pour enfants en République démocratique du Congo*, op. cit., p. 132.

⁸⁰ BICD, *Recueil sur la justice pour enfants en République démocratique du Congo*, op. cit., p. 118.

⁸¹ Cf. note 69, p. 13.

⁸² Article 34 de l'arrêté interministériel n° 243/CAB/ME/MIN/J&GS/2018 et 065/CAB/MIN.GEFA/2018 modifiant et complétant l'arrêté interministériel 490/CAB/MIN/J&DH/2010 et 011/CAB/MIN. GEFAE du 29 décembre 2010

Alors que les membres de comités de médiation devraient bénéficier des indemnités forfaitaires, cela n'est pas fait dans la pratique. Cet état de choses empêche sur le bon fonctionnement du mécanisme. L'espoir semble renaître lorsqu'on tourne le regard sur l'article 35 du même arrêté. Il dispose : « *Le comité de médiation peut recevoir des appuis des partenaires officiels de l'État pour son meilleur fonctionnement* ». Il s'agit en réalité des organisations de la société civile dont le rôle est déterminant dans la mise en œuvre des droits des enfants. Leur importance a été reconnue par la loi⁸³ et souligne la nécessité de la collaboration entre le secteur public et le secteur privé.

On note aussi que le ministère du genre enfant et famille a l'obligation de définir le plan d'implantation des comités de médiation et assurer le suivi et l'évaluation de leur fonctionnement⁸⁴. Cependant, on relève avec insatisfaction, le fait qu'au regard de prévisions légales, plusieurs comités de médiation ne sont pas encore implantés. Cette réalité fait que la médiation soit méconnue sur la plus grande partie du territoire national. Il est donc impérieux que le processus de mise en place desdits comités se poursuive afin que la médiation soit une réalité en RDC.

On ne doit pas non plus ignorer le fait que les membres des comités de médiation doivent être formés, conjointement avec les juges pour enfants, en vue de rester dans le champ opératoire leur reconnu par la loi. De la sorte, on peut espérer en la cessation des tensions entre les tribunaux pour enfants et les comités de médiation.

Au demeurant, l'état actuel de la médiation en RDC fait nourrir des inquiétudes quant à la possibilité d'atteindre les objectifs envisagés. Le président du comité de médiation est dépourvu de tout pouvoir au profit du président du tribunal pour enfants. Alors que les deux sont supposés collaborer, la réalité démontre que le président du comité de médiation est soumis au président du

portant composition, organisation et fonctionnement du comité de médiation en matière de justice pour mineurs (J.O.RDC., 15 août 2019, n° 16, col. 15)

⁸³ L'article 82 de la LPE dispose : « *Les organismes et institutions agréés de la société civile du secteur de l'enfant assistent l'État dans sa mission de protection des enfants et de promotion de leurs droits. Ils sont créés et organisés conformément à la loi sur les associations sans but lucratif* ». Et l'article 74 point 8 de renchérit : « *Les organes de protection sociale de l'enfant sont notamment (...) les organismes et institutions agréés de la société civile du secteur de l'enfant* ». En outre, l'exposé des motifs de la loi organique n°13/011 du 21 mars 2013 portant institution, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale des Droits de l'Homme (CNDH) a « *souligné la détermination dont la société civile congolaise a fait montre dans ce domaine ces vingt dernières années* ». L'article 13 point 4 de cette loi prévoit cinq Sous-commissions permanentes dont la Sous-commission des droits de la femme et de l'enfant.

⁸⁴ Article 36 de l'arrêté interministériel précité.

tribunal pour enfants. Cet état de choses, couplé avec le manque de soutien à ce comité, fait que les tribunaux ne soient pas désengorgés et que la médiation ne soit pas effective.

Conclusion

Le traitement de la délinquance juvénile ouvre la voie à deux possibilités, l'une judiciaire, et l'autre extra-judiciaire. En fait, les instruments juridiques encouragent les États à éviter la procédure judiciaire, autant que cela est possible. C'est ainsi que le législateur congolais a institutionnalisé la médiation. Cette réponse répond avec satisfaction à la condition particulière de l'enfant. La médiation vise à épargner l'enfant des inconvénients d'une procédure judiciaire et à rechercher la réinsertion sociale de l'enfant. Ces objectifs sont réalisés par les comités de médiation dont la composition répond à un besoin de spécialisation et de représentativité. Le champ de compétence de la médiation a été clairement défini, avec l'intention d'éviter les conflits de compétences avec les tribunaux pour enfant. C'est avec appréciation qu'on a observé que ce champ opératoire tient en compte les infractions commises dans le cyberspace.

S'agissant de la mise en œuvre, la réalité révèle que l'intervention du juge est omniprésente si bien que le sens du mécanisme est remis en cause. On est en face de la judiciarisation de la médiation, vérifiée par les pouvoirs très élargis accordés au juge pour enfants vis-à-vis de comités de médiation ainsi que la subordination déviante des comités de médiation aux tribunaux pour enfants. On relève aussi le faible appui aux comités de médiation.

Pour une mise en œuvre réussie de la médiation pénale juvénile en RDC, il s'avère urgent que les pouvoirs du juge pour enfants soient redéfinis, en reconnaissant le pouvoir d'auto saisine au président du comité de médiation. Aussi note-t-on que dans le but de renforcer la collaboration entre les deux institutions, des formations conjointes sont utiles dans la mesure où elles rappelleront à chacun le champ de sa compétence. Il est en outre nécessaire que des ressources soient alloués aux comités de médiation. Cela permettra la poursuite de l'implantation des comités de médiation ainsi que le bon fonctionnement de ceux existants, tout en assurant le paiement des membres desdits comités. Les propositions *supra* indiquent le schéma vers la réorganisation de la médiation pénale juvénile, qui, du reste contribuera sensiblement au désengorgement des tribunaux pour enfants et ainsi rétablir l'équilibre de la justice juvénile dans ses piliers judiciaire et extra-judiciaire.

L'impact des facteurs socioculturels et la liquidation de la protection des droits du conjoint au Mali

The impact of socio-cultural factors and the liquidation of spousal rights protection in Mali

Par :

Alou Coulibaly

Page | 493

Docteur en droit privé,

Enseignant vacataire de l'USJPB (Université des sciences juridiques et politique de Bamako)

Et

Alpha Yaya Dembele

Docteur en droit écologique international et développement durable, enseignant vacataire de l'USSGB (Université des sciences sociales et de gestion de Bamako)

Résumé :

L'étude envisage de remédier aux lacunes des textes maliens de l'adoption dans une perspective de protection des droits du conjoint survivant. Cette texte législatif de l'adoption souffre d'un manque d'équilibre et de cohérence tant dans sa structuration que dans sa finalité. Par conséquent, elle ne présente pas une garantie suffisante de protection des droits du conjoint survivant.

Par ailleurs, le droit de l'adoption internationale (le code civil, les chartes et protocole additionnels ratifiés par le Mali) au Mali est embryonnaire et mérite d'être mieux construit. Dans cette perspective, il conviendrait d'intégrer, dans la législation interne, des règles de conflits de lois en matière d'adoption internationale plus respectueuses de l'intérêt supérieur des conjoints survivants.

En droit malien, la qualité d'héritier s'établit par tous les moyens. Elle peut notamment être établie par une décision judiciaire et par un acte de notoriété.

Le droit malien, du moins dans sa version applicable à ceux qui ne sont ni musulmans ni animistes reconnaît l'enfant naturel, lorsque sa filiation est établie, comme un héritier réservataire.

Le conjoint survivant non divorcé est héritier de son époux décédé. Même si la loi a prévu une protection du conjoint survivant lorsqu'un époux décède, le conjoint survivant peut se retrouver dans une situation difficile. Une donation entre époux ou un testament est une solution sur mesure pour augmenter ou adapter ses droits.

Mots clés : Mali, adoption, droits du conjoint survivant, intérêt des conjoints, adoption-protection, adoption interne, adoption internationale, etc.

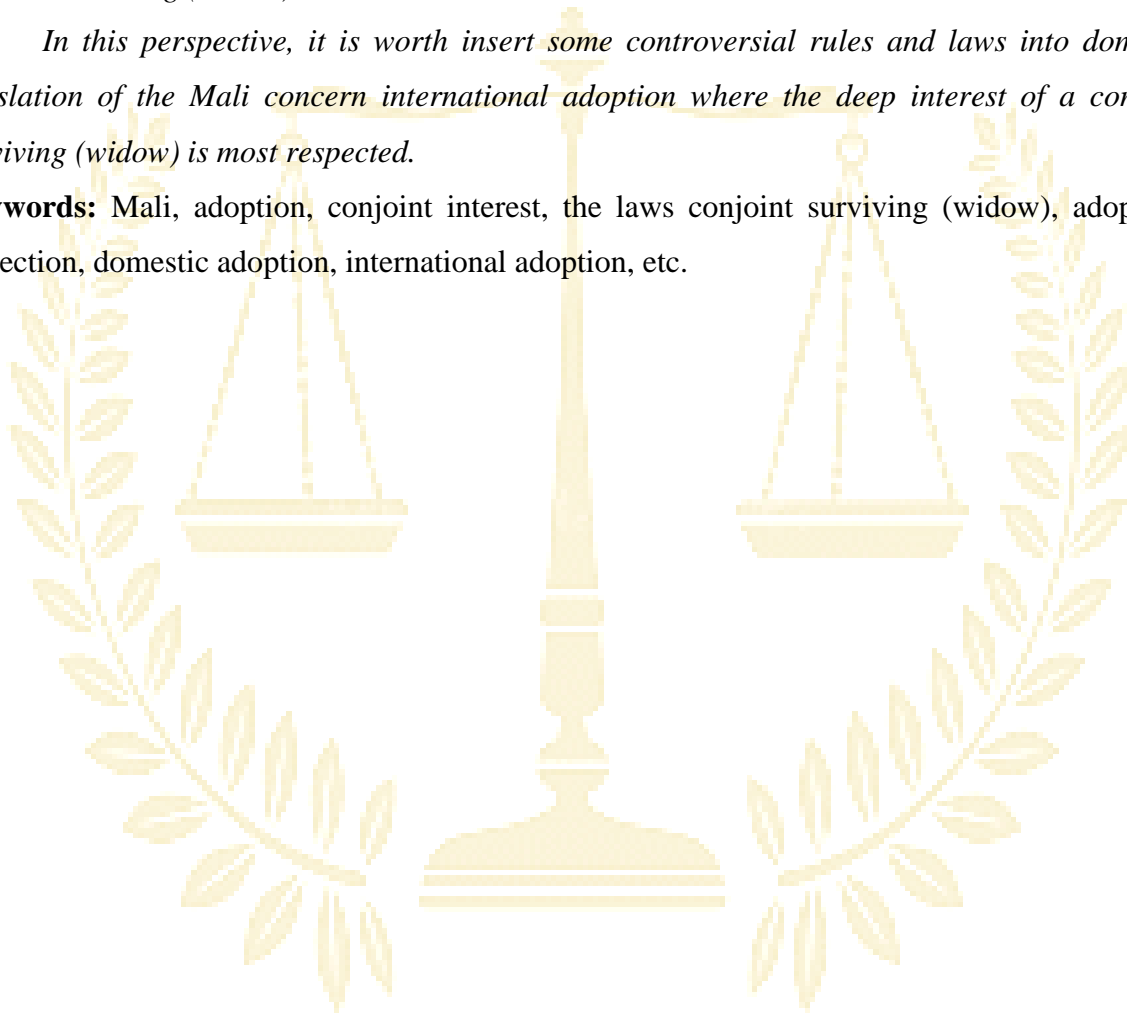
Abstract:

The Laws in Mali concern conjoint surviving (widow) adoption have considerable weakness to which this thesis tries to deal with. Such legislatif concern adoption suffers a lack of balance and coherence in its structure and purpose as well.

Consequently, it does not provide strong protection of the rights of both Malian the Laws conjoint surviving (widow)

In this perspective, it is worth insert some controversial rules and laws into domestic legislation of the Mali concern international adoption where the deep interest of a conjoint surviving (widow) is most respected.

Keywords: Mali, adoption, conjoint interest, the laws conjoint surviving (widow), adoption-protection, domestic adoption, international adoption, etc.



Introduction

Le conjoint survivant est l'époux qui a survécu après le décès de l'autre. Considéré comme veuf ou veuve, le conjoint survivant est tout comme les autres personnes physiques ou morales par ce qu'il a aussi des droits et devoirs. Les conjoints peuvent être qualifiés des parties semblables qui sont comme soudées ensemble c'est-à-dire une personne jointe à une autre par le mariage (conjoint marié) ou soit par l'établissement d'une vie commune partagée maritalement (conjoint de fait).

Les droits du conjoint constituent des droits successoraux ; ils sont donc soumis aux conditions générales d'existence, de capacité successorale et d'absence d'indignité ; il implique l'absence de divorce¹. Quant à la séparation de corps, elle ne prive de droit successoral le conjoint survivant, qu'en cas de séparation sur requête conjointe si les époux y avaient renoncé. En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre conserve les droits accordés par la loi au conjoint survivant sauf si la séparation de corps est prononcée à ses torts.

Les époux peuvent inclure dans leur convention lorsque la séparation de corps est demandée par consentement mutuel, une renonciation réciproque à leurs droits successoraux². Lorsque son droit est un usufruit, le conjoint est tenu des obligations pesant sur un usufruitier : établir un inventaire³, fournir une caution. Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ; cependant les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution⁴. L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu. L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes ainsi qu'il suit : On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne

¹ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p.62.

² Articles 380 du code des personnes et de la famille et 301 du code civil.

³ Article 600 du code civil et l'article 1140 du code des personnes et de la famille.

⁴ Article 601 du code civil et article 840 du code des personnes et de la famille.

veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit⁵. La condition successorale du conjoint successible est ambiguë⁶. La conjointe ne fait pas partie de la parenté biologique. Pour ce qu'est de l'affection, elle est souvent le plus proche du défunt : la famille n'est, nulle part, plus certaine qu'entre le mari et la femme qui la créent. En arrière-plan, se pose la condition de la veuve⁷, généralement une femme vieillie, car, statistiquement, le conjoint survivant est une veuve⁸. Il existait pour l'essentiel trois catégories de veuves ; les femmes devenues veuves entre 60 et 70 ans ayant une expérience de vie d'environ dix années après le décès de leur époux et bénéficiant de leur retraite ou d'une pension de réversion ; ses veuves sont des « passant » Dans la succession et leur attribuer des biens en pleine propriété a notamment pour effet d'entraîner une double taxation de ces biens à l'occasion du décès de chacun des conjoints ; les veuves très jeunes, ne bénéficiant pas de pension du décès de leur époux et ayant de jeunes enfants à charge ; ses femmes, souvent en grande difficulté, doivent se voir reconnaître un maximum de pouvoirs dans la gestion de la succession ; enfin, les veuves épousées en deuxième ou troisième noces, confrontées aux enfants d'un premier lit, parfois du même âge qu'elles ; dans un tel cas, l'attribution des biens en pleine propriété paraît le seul moyen de régler définitivement les liens matériels entre ces femmes et les enfants du premier lit et d'éviter que les enfants ne se trouvent nu-propriétaire à perpétuité⁹. Tout au long de leur histoire, les droits successoraux du conjoint ont évolué, afin de concilier les trois données fondamentales de la vocation, souvent contradictoires. Assurer sa subsistance en essayant de maintenir son cadre de vie ; concilier ses droits avec ceux des parents par le sang ; conserver les biens dans la famille, pour empêcher la transmission du patrimoine du prémourant à la famille, du survivant lorsqu'il décède à son tour.

⁵ Article 605 du code civil

⁶ Biblio. La condition successorale du conjoint survivant est, avec la responsabilité civile et délictuelle, un des sujet sur lesquels il a eu le plus d'écrits en droit civil, ex. V. R. Rodière, Evolution comparative des droits successoraux du conjoint survivant, Bull. sté. Légist. Comp., 1934. 304 ; J. PH. LEVY et A. Castaldo n° 1125-1140 ; M-C de Roton-catala, jur. Essai de contribution à une réforme des successions entre époux, th, Paris II, economica, 1990 ; P. Catala, jur. CL. CIV. 2003, art. 756 à 767, fasc. 10.

⁷ M. Faucheux-Bureau, « Le contentieux des successions en France », RRJ. 1987. 241, sp. 275 : sur 240000 mariages dissous annuellement par la mort, 174000 l'avait été par le décès du mari ; 66000 par celui de la femme. En 1982, il y avait 3207473 veuves chefs de ménage contre 647073 Veufs chefs de ménage.

⁸ D'après le recensement de 1993, sur 3853770 conjoints survivants, 3240311 étaient des femmes, soit 84,08% ; 613459 veufs. Au Mali, a des proportions réduites certes, ce sont les mêmes réalités.

⁹ P. Catala, audition au Senat, Rapport Abou, commission des lois, document Senat, n° 378, session 2000-2001, P.238

Le code des personnes et de la famille s'est largement inspiré du droit religieux musulman. Par conséquent le code a une connotation musulmane. Le Mali est un pays peuplé à plus de 90% de musulmans. Le droit positif reflète donc cette réalité. Cette situation pourrait s'expliquer aussi par le fait que les musulmans ont manifesté leur mécontentement à travers le pays. Le droit musulman a été donc "légalisé" par le législateur malien. Cette connotation musulmane s'explique lorsque l'article 319 CPF qui affirme que le mari est le chef de famille¹⁰. Du point de vue juridique, l'islam à l'instar du christianisme se distingue par quatre traits qui sont les suivants :

Page | 497

- a) le législateur suprême est Dieu lui-même ; en ce sens qu'il est l'Omnipotent et l'Omniscient ; ses lois sont parfaites dans l'espace et dans le temps ;
- b) les juges musulmans qui sont les cadis, « représentent Dieu sur terre », sont croyants, convaincus et imprégnés de l'amour divin, ils sont absolument désintéressés et n'exercent leur office que pour la grâce de Dieu. Ils sont guidés dans ce rôle par la lumière de la prescription du Saint coran dont voici trois versets pour illustrer l'enseignement coranique ;
- c) au prophète Mohamed (que la paix et salut soient sur lui) ; il dit ceci « Nous avons descendu le livre en toute vérité et bon droit, enfin que tu juge entre les gens selon ce que Dieu t'a fait savoir et ne soit pas porté à disputer en faveur des traitres¹¹ ;
- d) il lui dit encore : ils aiment bien écouter les mensonges et leur différend ou tourne leur le dos. Si tu leur tournes le dos, ils ne te nuiront jamais en rien et si tu arbitres, arbitre entre eux en toute justice, car Dieu aime les justes¹² ;
- e) s'adressant aux croyants, il dit ceci : oh vous qui avez cru (avez foi en Dieu), pratiquez constamment la justice et soyez témoin pour Dieu, même contre vous-mêmes ou contre vos deux géniteurs et proches parents¹³.

En droit de la famille en général en Afrique, c'est toujours la primauté du groupe social sur l'individu. Le mariage reste encore le socle qui donne à la famille toute sa grandeur. Toutefois, les

¹⁰ L'article 319 du code des personnes et de la famille dispose que le « mari est le chef de la famille... »

¹¹ Mahamadou AROUALO : op. cit. page II. Au prophète Mohamed (que la paix et salut soient sur lui) ; il dit ceci « Nous avons descendu le livre en toute vérité et bon droit, enfin que tu juge entre les gens selon ce que Dieu t'a fait savoir et ne soit pas porté à disputer en faveur des traitres

¹² Mahamadou AROUALO : op. cit. page II.

¹³ Mahamadou AROUALO : op. cit. page II.

relations familiales échappent difficilement aux mœurs. Celles-ci les accompagnent, et bien suivant, les orientent¹⁴.

Les droits de la famille que sont venus réformer le Code des personnes et de la famille, recueillaient beaucoup de critiques, même s'ils ne consacraient pas de discrimination sexuelle flagrante en vue de la succession, à l'image de certains des droits actuels. Exemple le droit musulman

Les violences conjugales, dites encore « domestiques », s'entendent d'un processus au cours duquel un conjoint adopte envers l'autre des comportements agressifs et violents¹⁵. Selon la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993, « les termes "violence à l'égard des femmes" désignent tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée »¹⁶. Les violences conjugales ne sont pas une particularité au Mali en particulier et l'Afrique en général.

La différence réside cependant dans la réponse juridique qui est donnée par les pouvoirs publics des États africains. Aujourd'hui, le sujet mobilise à l'échelle des conventions internationales ratifiées par le Mali, qui a effectivement institué ou renforcé les dispositifs de protection de la femme contre les violences intrafamiliales, et au sein du couple en particulier. Avant d'étudier l'application effective du droit positif et la liquidation de la protection des droits du conjoint en (II), nous exposerons les facteurs socioculturels sur l'impact du non respect des droits du conjoint (I).

I - L'IMPACT DES FACTEURS SOCIOCULTURELS SUR LE NON RESPECT DES DROITS DU CONJOINT

Les facteurs qui constituent des blocages à la promotion effective du genre sont entre autres d'ordre culturels, économiques, juridiques et politiques. De ce fait, plusieurs textes nationaux et

¹⁴ Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye : le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, revue sénégalaise de droit, janvier-juin 2011, n°36, page16.

¹⁵ M. HERZOG-EVANS, Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, AJ pén., 2014, p. 217. Les violences conjugales concernent aussi les hommes, mais le nombre de victimes masculines, ainsi que les niveaux de violences, ne sont pas au niveau de ceux qui atteignent les femmes (cf. V. Le GOAZIOU, Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation, in Revue Archives de politique criminelle, éd. A. Pédone, 2012/1, n° 34, p. 98-99).

¹⁶ Art. 1er de la déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993.

internationaux ne sont pas ainsi appliqués. La constitution malienne du 25 février 1992¹⁷ fait une place importante aux droits de la personne humaine. Malgré la proclamation du principe de l'égalité et l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, les femmes maliennes sont victimes du non respect de leurs droits. Ici, nous analyserons l'influence de la famille du conjoint décédé et la pratique de certaines cultures.

Ce qui est surtout remarquable, c'est que le législateur n'a établi aucune prééminence de l'une des formes sur l'autre et la Cour suprême du Mali l'a affirmé. Ainsi l'option qui est ouverte par le législateur n'exclut pas les étrangers qui, dès lors qu'ils observent une coutume applicable au Mali, peuvent y contracter mariage. Allant encore plus loin dans la voie qu'il a ouverte à la coutume, le législateur considère que le mariage coutumier ou religieux doit être constaté par l'Officier d'état civil. Et, le mariage religieux qui n'a pas été constaté par l'Officier de l'état civil demeure valable. Le ministre du culte¹⁸, informe l'Officier de l'état civil par un acte écrit. La non-constatation du mariage n'est sanctionnée que par l'inopposabilité à l'Etat. La même résistance s'est manifestée en ce qui concerne la polygamie. Avant d'étudier l'impact du non respect des droits du conjoint notamment de l'épouse (B) sera exposé les facteurs socioculturels favorables ou défavorables (A).

A- Les facteurs socioculturels favorables ou défavorables

Dans les successions traditionnelles ou coutumières la femme n'a totalement ou presque pas de mot à dire dans le partage de l'héritage de son mari. Ne peuvent succéder celui qui n'est pas encore conçu et l'enfant qui est né viable¹⁹. L'article 725, alinéa 1^{ère} du code civil, tel qu'il découle de la loi du 3 décembre 2001, dispose que « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, et naître viable »²⁰. Ce nouveau texte reprend les termes de l'ancien-même s'il énonce la liste de ceux qui peuvent succéder alors que le précédent recensait ceux qui ne pouvaient succéder ; mais le réactualise en supprimant la référence à la mort civile, disparue depuis 1854 en France, comme cause d'exclusion du bénéfice de toute succession. Avec toutes ces lois qui s'appliquent en même temps dans notre société, on assiste à des contradictions qui, souvent, engendrent des conflits familiaux.

¹⁷ La constitution du 25 février 1992 au Mali.

¹⁸ Le mariage est célébré publiquement par le ministre du culte sous réserve du respect des conditions de fond du mariage et des prohibitions édictées dans le présent titre.

¹⁹ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 49.

²⁰ L'article 725, alinéa 1^{ère} du code civil

L'analyse portera sur l'influence de la famille du conjoint décédé (1) et L'influence négative de certaines cultures (2).

1- L'influence de la famille du conjoint décédé

Dans la succession traditionnelle, la conjointe survivante n'hérite pas et la fille n'hérite que facultativement. Page | 500

Chez les Dogons, la fille n'hérite j'aimais du père. Cette pratique se justifie selon une bonne partie de l'ethnie car chez eux, les biens de l'homme sont tabous pour la femme. Dans d'autre cas, la femme n'a aucune personnalité juridique et ne pouvait donc pas hériter. Elle est considérée comme un être inférieur et constitue une partie intégrante de l'héritage, donc elle est abritée au frère ou fils de son mari (phénomène du lévirat). Même là, sa position demeure faible à celle de l'homme. Certains biens ayant un caractère familial ne lui sont jamais attribués. Par exemple chez les sonrhäï, elle n'a pas droit à la terre, celle-ci est réservée au garçon pour éviter son morcellement²¹.

Si le défunt n'a pas fait un testament, ses biens seront partagés en tenant compte du droit positif et des règles coutumières ou religieuses. Avec toutes ces lois qui s'appliquent en même temps au Mali, on assiste à des contradictions qui, souvent engendrent des conflits familiaux²².

L'enfant devrait à tout le moins commencer par bénéficier de l'amour, de l'affection et de la bienveillance de ses parents, (ainsi que de ses proches et des intervenants sociaux qui l'entourent). En tout état de cause, l'enfant doit être protégé par toute autre personne en présence et en absence de ses parents. Dans les familles recomposées, les enfants d'une précédente union risquent d'être lésés sur le plan successoral. C'est le cas, surtout, lorsque les époux choisissent la communauté universelle avec une clause d'attribution intégrale au survivant : au décès de Monsieur, tous les biens des époux (y compris ceux qui avaient été reçus par donation ou succession) reviennent à Madame. Les enfants de Monsieur n'héritent de rien. Et ils n'hériteront pas plus au décès de Madame, car ils n'ont aucun lien de parenté avec elle ! Pour éviter cette conséquence fâcheuse du remariage, les enfants d'un premier lit disposent légalement d'un outil de protection de leurs droits, appelé « action en retranchement ». Il leur permet, en limitant l'avantage matrimonial consenti à leurs beaux-parents à la part maximale qui peut être donnée ou léguée entre époux, de ne pas être écartés de l'héritage. Toutefois, s'ils le souhaitent, les enfants concernés

²¹ Rapport de 2014. Cafo (coordination des associations et ONG féminines du mali).P15.

²²Rapport de 2014. Cafo.

peuvent renoncer par avance, par acte notarié, à exercer cette action²³. Dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une considération primordiale. Tout enfant a un droit inhérent à la vie ; il convient d'assurer sa survie et son développement. Cela passe par une bonne alimentation, des règles strictes d'hygiène et de sommeil, des visites chez le médecin en cas de maladie, et chez un psychologue en cas de mal être. L'enfant doit être protégé contre toutes formes de violences, d'atteintes ou de brutalités, physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris de violences sexuelles.

2- L'influence négative de certaines cultures :

Le mariage a pour but essentiel de créer une union entre un homme et une femme qui s'engagent à vivre ensemble jusqu'au décès de l'un d'entre eux, pour partager leur commune destinée et pour perpétuer leur espèce²⁴. L'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux, coutumier ou selon les dispositions du présent livre²⁵.

Les dispositions du présent livre de code des personnes et de la famille ne s'appliquent à toute personne :

- dont la religion ou la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée ;
- qui, de son vivant, n'a pas manifesté par écrit ou par devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement ;
- qui, de son vivant n'a pas disposé par testament de tout ou partie de ses biens, sauf la mesure compatible avec la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant.

Nul ne peut déroger aux règles du mode de dévolution successorale retenu. Nous verrons dans cette partie, la culture bambara, malinké dogon et senoufo. Dans les coutumes Bambara, Malinké, Bobo... la conjointe survivante n'hérite pas et la fille n'hérite que facultativement.

Son fondement est parental et parenté lignagère est primordiale. Le conjoint survivant (veuve ou veuf) a toujours droit à une part de la succession. Il est à noter que la primauté de la masculinité sur féminité en matière successorale est l'un de ces principes. Cette inégalité entre

²³ Frédéric Debove, 2^e édition. Droit de la famille. Page 321.

²⁴ Dr Sékou faco Cissouma au Mali. Introduction générale à l'étude du droit suivie du droit de la famille. 1^e édition.

²⁵ Article 751 du code des personnes et de famille

homme et femme dans la société Africaines crée beaucoup de problèmes sur tous les plans (social économique et politique), elle empêche la femme de jouir de ses droits et à les exercer.

Les droits et liberté font partie de la déclaration universelle des droits de l'homme et de la charte Africaine.

Tout héritier venant à une succession, doit rapporter à ses héritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement. Il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. Dans la succession donnée, la femme est soit la mère du de cujus, soit sa conjointe survivante ou alors sa fille. Qui qu'elle soit, la femme est marginalisée dans les coutumes. Elle a des droits moins importants que ceux de l'homme ou au pire des cas elle est considérée comme un élément du patrimoine du de cujus.

Dans la coutume mianka et senoufo, La femme est considérée comme un être inférieur et constitue une partie intégrante de l'héritage, elle est donc abritée au frère ou fils de son mari (phénomène du lévirat). L'origine des biens est déterminante dans la succession c'est pour cela on assiste à des successions matrilineaire ou patrilinéaire. S'agissant de la position du conjoint survivant, le mari (**le veuf**) a droit à la succession de son épouse mais quant à celle-ci (**veuve**) elle n'a pratiquement aucun droit sur les biens de son mari ou père elle est considérée comme le patrimoine de ce dernier²⁶.

B- L'impact du non respect des droits du conjoint notamment de l'épouse

Par conjoint survivant on attend celui des époux qui survit au décès de l'autre. Qu'il s'agisse de la femme ou du mari, les droits sont les mêmes, sous réserve de ce qui sera dit de la créance alimentaire de la veuve. En fait, dans la grande majorité des cas, la question concerne la femme survivante. Historiquement la condition du conjoint survivant a beaucoup varié. Alors qu'en droit romain et dans les pays de droit écrit, le mari et la femme avaient un droit réciproque dans la succession, en l'absence d'autres héritiers, et que la femme avait généralement droit à la restitution de sa dot, dans les pays de tradition coutumière, la succession entre époux était inconnue ; la femme bénéficiait de gains de survie. Mais il ne faut pas oublier que la condition du

²⁶ Dr Cissouma. Suite à un entretien « Dans la coutume mianka et senoufo, La femme est considérée comme un être inférieur et constituait une partie intégrante de l'héritage, donc elle inabritée au frère ou fils de son mari (phénomène du lévirat). L'origine des biens déterminante dans la succession c'est pour cela on assiste à des successions matrilineaire ou patrilinéaire. S'agissant de la position du conjoint survivant, le mari (**le veuf**) a droit à la succession de son épouse mais quant à celle-ci (**veuve**) elle n'a pratiquement aucun droit sur les biens de son mari ou père elle est considérée comme le patrimoine de ce dernier

survivant et notamment de la femme était améliorée par ses droits dans la liquidation du régime matrimonial. Le décès ouvrait le partage de la communauté et la pratique de la communauté continuée entre les enfants et le conjoint survivant était fréquente²⁷.

L'étude portera sur l'impact sur le plan économique (1) et les conséquences sur les enfants (2).

1- L'impact sur le plan économique :

La loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce présentait une difficulté d'interprétation en ce qui concerne la révision des prestations fixées par convention entre époux dans le cadre d'un divorce sur demande conjointe. La révision de cette prestation peut être demandée même en l'absence de clause la prévoyant expressément dans la convention homologuée.

Ainsi, la prestation compensatoire fixée dans le cadre d'un divorce sur demande conjointe obéit au même régime de révision que celui applicable aux prestations issues des divorces contentieux.

Avec l'allongement de la durée de vie et la précarité des unions conjugales, de plus en plus de personnes « refont leur vie » après un divorce. Elles ont le choix entre deux statuts à savoir le mariage et le concubinage.

L'option pour le mariage est la plus sécurisante, mais le passé conjugal et parental des nouveaux époux est à prendre en compte. Souvent même des années après le divorce, des effets de la première sont encore à gérer. Par ailleurs tant au niveau du choix d'un régime matrimonial que de participation de la succession, il y a une réflexion particulière à mener pour faire meilleurs choix possibles²⁸.

La pension de réversion, à l'heure actuelle, ne bénéficie qu'au conjoint survivant (tant dans les régimes de retraite de base que dans les régimes complémentaires). Le partenaire pacsé survivant de même que le concubin survivant en sont encore exclus. Certains héritiers, tels que les descendants, disposent de droit à réserve. Il s'agit en fait d'une quotité de la succession dont on ne peut les priver. Les droits du conjoint survivant ne peuvent entraver l'application de ce principe. Ce qui est parfois cruel, par exemple, après avoir été marié 15 ans avec Madame Y, Monsieur s'est

²⁷ Voy. *Infra* n°994 et S. A partir du XV^e siècle les règles romaines s'introduisirent en pays de coutume : le conjoint survivant héritait à défaut d'autres parents. Le code civil maintient ce système en supprimant par ailleurs tous les autres avantages dont bénéficiait le conjoint survivant : Les gains de survie, le douaire, etc....

²⁸ *Dr sc.* L'option pour le mariage est la plus sécurisante, mais le passé conjugal et parental des nouveaux époux est à prendre en compte.

pacé avec Madame YQ, raconte à Madame B. Bien qu'elle ait vécu 9ans avec Monsieur X et qu'elle l'ait assisté pendant les deux dernières années de sa vie, Madame YQ a dû, au décès de son partenaire, transmettre tous les documents relatifs à la pension de réversion à Madame Y, la première épouse. Et elle sait pratiquement retrouvée sans ressource ! Si Monsieur X s'était marié avec elle, Madame YQ aurait pu bénéficier d'une pension de réversion, au prorata des années du mariage. On ne peut pas faire table de son passé familiale ! La rupture de la première union, par divorce, a des conséquences matérielles qui peuvent se prolonger dans le temps, tant à l'égard des enfants que de l'ex-conjoint.

2- Les conséquences sur les enfants

Il existe certaines conséquences en ce qui concerne la séparation entre conjoints de fait. Les conjoints de fait peuvent notamment s'entendre sur la garde des enfants ; des droits du parent qui n'a pas la garde des enfants, des droits d'accès et versement d'une pension alimentaire pour les enfants.

Par ailleurs, l'enfant doit être scolarisé entre 6 et 7 ans. Mais dans la quasi-totalité des cas, les parents souhaitent que leurs enfants puissent être scolarisés plus tôt. Or, entre deux(2) et trois(3) ans, l'inscription n'est pas de droit. L'enseignement primaire est obligatoire et gratuit à partir de six (6) ans. En principe, les parents n'ont pas le choix de l'école maternelle ou primaire. Si les parents ne sont pas satisfaits de l'établissement de leur secteur, ils peuvent demander une dérogation au maire. Tout refus doit être justifié. On peut ensuite le contester devant le tribunal administratif. L'enfant doit être protégé contre toutes formes de violences, d'atteintes ou de brutalités, physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris de violences sexuelles²⁹.

En effet, tout enfant a un droit inhérent à la vie. Il convient d'assurer sa survie et son bon développement. Cela passe par une bonne alimentation, des règles strictes d'hygiène et de sommeil, des visites chez le médecin en cas de maladie, et chez un psychologue en cas de mal être. En matière médicale, certaines vaccinations sont obligatoires : Le DTP (diphtérie, tétanos et poliomyélite). Les autres vaccins sont vivement conseillés mais relèvent du choix des parents. En cas d'intervention chirurgicale urgente ou de transfusion, lorsque la vie de l'enfant est en danger

²⁹Dr Sekou Faco CIssouma. Introduction à l'étude du droit 1^{ère} éd. P.98

et que les parents s'opposent pour des religieuses à une transfusion de sang par exemple, les médecins sont autorisés à passer outre à cette opposition, dans l'intérêt de l'enfant

II - L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT POSITIF ET LA LIQUIDATION DE LA PROTECTION DES DROITS DU CONJOINT

Page | 505

L'une des innovations majeures de la réforme du 5 mars 2007 est celle de la fin des mesures à durée indéterminée, qui laisse place au principe de leur révision périodique, dans des conditions précises³⁰.

Le principe posé par la réforme en matière de protection de la personne est celui de l'autonomie du majeur (art. 459, alinéa 1er)³¹. Ce principe figure en tête des dispositions générales applicables aux mesures de protection juridique. Il se décline à travers l'importance donnée à l'information de la personne protégée, à son consentement, au contrôle des actes personnels par le juge et aux conflits d'intérêts. Aux termes du dernier alinéa de l'article 459 du code civil, la personne en charge d'une mesure de protection ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille, « prendre une décision qui aurait pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée »³².

Nous évoquerons après les législatifs et les principes de la protection des droits du conjoint (A) et la liquidation des droits du conjoint survivant (B).

A - Les principes législatifs de la protection des droits du conjoint :

La constitution malienne pose de manière claire le principe de l'égalité et de la non-discrimination dans ses articles 1er et 21 et assure ainsi à l'homme et à la femme les mêmes droits et libertés individuelles³³. Il existe par ailleurs une protection juridictionnelle des droits des femmes par le truchement des tribunaux nationaux, les administrations d'Etats et d'autres institutions publiques. En effet, le code de procédure civile, commerciale et sociale, le code de procédure pénale et les procédures devant les juridictions administratives ne font aucune distinction entre les hommes et les femmes. L'Etat malien a également entamé des actions en faveur des femmes, notamment des mesures législatives, règlementaires et administratives.

³⁰ Art. 415 et 425 du code civil).

³¹ Art. 459, alinéa 1er). Il s'agit d'une protection de la personne qui produit des effets indépendamment du régime de représentation ; il n'y a pas de tutelle à la personne comme il y a une tutelle aux biens, et l'autonomie du majeur prime, sauf décision spéciale du juge des tutelles.

³² Aux termes du dernier alinéa de l'article 459 du code civil.

³³ La constitution du 25 février 1992 dispose en son article 2.

Nous examinerons la nécessité de modernisation de certains textes de protection des droits du conjoint (1) et l'application particulière des textes en matière de protection des droits de la femme (2).

1- La nécessité de modernisation de certains textes de la protection des droits du conjoint

Page | 506

L'adoption du Code des personnes et de la Famille a renforcé le cadre juridique de protection des droits de la femme, en comblant beaucoup de vides juridiques³⁴. La femme mariée conserve son nom³⁵. En outre, elle acquiert par le mariage et le temps qu'elle reste veuve le droit d'user du nom de son mari ; cette acquisition est anéantie par le divorce³⁶. Néanmoins, la femme divorcée peut conserver l'usage du nom de son mari, avec l'accord de celui-ci, si elle justifie d'un intérêt légitime particulier pour elle ou pour les enfants³⁷. La femme séparée de corps, conserve le droit d'user du nom de son mari³⁸. La veuve non remariée peut conserver l'usage du nom de son mari. Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre. A leur défaut, la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession³⁹. Avec toutes ces lois qui s'appliquent en même temps dans notre société, on assiste à des contradictions qui, souvent engendrent des conflits familiaux. Les successions sont dévolues selon la loi, lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités.

Elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire⁴⁰. Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi⁴¹. Le droit traditionnel est lié à des mythes authentiquement africains. Mais, il est également pétri de la religion l'Islam s'est

³⁴ L'adoption du Code des personnes et de la Famille. 30 décembre 2011 sous le président ATT.

³⁵ Article 35 du code des personnes et de famille au Mali.

³⁶ Article 35 aléa 1 du code des personnes et de famille au Mali.

³⁷ Article 35 aléa 2 du code des personnes et de famille au Mali.

³⁸ Article 35 aléa 3 du code des personnes et de famille au Mali.

³⁹ Article 724 du code civil français

A leur défaut, la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession ».

⁴⁰ Article 721 du code civil français

⁴¹ Article 722 du code civil français

implanté en Afrique au premier millénaire. Mais son apparition n'a pas bouleversé les institutions juridiques et les structures sociales et politiques traditionnelles⁴².

Avant, l'avènement de l'islam au Mali, la femme n'avait aucune personnalité juridique et ne pouvait donc pas hériter. Elle était considérée comme un être inférieur et constituait une partie intégrante de l'héritage, donc elle était abritée au frère ou fils de son mari (phénomène du lévirat). L'origine des biens est déterminante dans la succession. C'est pour cela qu'on assiste à des successions matrilineaires ou patrilineaires. S'agissant de la position du conjoint survivant, le mari (**le veuf**) a droit à la succession de son épouse mais quant à celle-ci (**veuve**) elle n'a pratiquement aucun droit sur les biens de son mari ou père. Elle est considérée comme le patrimoine de ce dernier⁴³.

Devait-il y avoir le droit pour l'homme de bénéficier la pension de sa femme ?
Les intérêts ou fruits de la chose léguée courent au profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice :

- lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament ;
- lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments⁴⁴.

Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale⁴⁵. Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament. Chaque legs peut être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause. Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession⁴⁶.

2- L'application particulière des textes en matière de protection des droits de la femme

Dans le cadre de la protection des droits de la femme, il y a un rapport aux articles de la constitution ayant un impact sur le statut de la femme. Il est à noter que, le code de la nationalité qui accorde des droits égaux à la femme et à l'homme pour l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Le mariage avec un étranger, le changement de nationalité du mari

⁴² PR Mariko. Suite un entretien « Le droit traditionnel est lié à des mythes authentiquement africains. Mais, il est également pétri de la religion l'Islam s'est implanté en Afrique au premier millénaire. Mais son apparition n'a pas bouleversé les institutions juridiques et les structures sociales et politiques traditionnelles ».

⁴³ PR Mariko. Suite à un entretien

⁴⁴ Article 1053 du code des personnes et de la famille

⁴⁵ Article 1054 du code des personnes et de la famille.

⁴⁶ Article 1055 du code des personnes et de la famille.

pendant le mariage ne change pas automatiquement la nationalité de la femme, ne la rend pas apatride et ne l'oblige pas à prendre la nationalité de son mari⁴⁷.

Le Code des personnes et de la famille malien, prend en compte les droits des femmes en ces dispositions relatives au mariage laïc, à l'âge du mariage, au droit d'option en matière de succession, au divorce, à la filiation naturelle, à l'adoption, à la minorité, à la tutelle et à l'émancipation. L'âge minimum pour contracter mariage est fixé à dix huit ans pour l'homme et seize ans pour la femme.

Le Chef de la circonscription administrative peut, néanmoins, par décision susceptible de recours, devant le juge civil accorder une dispense d'âge pour des motifs graves.

Cette autorisation ne peut être délivrée que pour les futurs conjoints âgés d'au moins quinze ans. Une copie de la décision de dispense est annexée à l'acte de célébration du mariage⁴⁸.

Tout officier de l'état civil ou ministre du culte qui célébrera le mariage d'une personne n'ayant pas atteint l'âge requis, encourra une peine d'emprisonnement de six mois à un an et une amende de 120.000 francs⁴⁹, conformément aux articles 556 à 573 du code des personnes et de famille, d'où la puissance du père a été remplacée par l'autorité parentale⁵⁰.

Cette disposition du droit positif est-elle acceptée par la coutume malienne ?

Difficile, mais il y a lieu d'informer et sensibiliser les parties sur les textes. En effet si l'adage dit que : "Nul n'est censé ignorer la loi" cela suppose ou présuppose que l'ensemble des textes (lois, décrets, arrêtés, règlements, jurisprudence etc.) sont accessibles aux citoyens. L'accessibilité à l'information juridique et judiciaire est une donnée fondamentale dans un Etat de Droit, car elle renforce le fonctionnement de la démocratie en ce que les règles du jeu sont connues de tous ; elle impulse aussi le développement en ce sens qu'elle assure la sécurité des transactions. La publication régulière des textes et leur disponibilité constante contribuent à la diffusion du Droit et à sa connaissance par les citoyens. Là réside la meilleure garantie de la protection et de la promotion des droits et libertés. La problématique de la diffusion des textes soulève des questions comme leur entrée en vigueur, leur force exécutoire, leur opposabilité. Dès lors, il importe que les

⁴⁷ Rapport du Mali, la mise en œuvre de la Déclaration et du Programme d'action de Beijing (1995) et des textes issus de la vingt-troisième session extraordinaire de l'Assemblée générale (2000) dans le contexte du vingtième anniversaire de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes. Et de l'adoption de la Déclaration et du Programme d'action de Beijing en 2015

⁴⁸ Article 281 du code des personnes et de la famille.

⁴⁹ Article 282 du code des personnes et de la famille.

⁵⁰ Les articles 556 à 573 du code des personnes et de famille.

acteurs et les usagers de la justice sachent les enjeux de la publication et de la diffusion des textes. Mais, le juge doit aussi sensibiliser les parties sur le respect mutuel dans leur foyer, surtout la femme. La femme doit obéir à son mari, l'obéissance ne signifie aucunement l'esclavage mais plutôt le respect réciproque.

B - La liquidation des droits du conjoint survivant

Elle soulève des difficultés particulières liées à la nature différente des droits que le conjoint peut être amené à recueillir dans la succession. On a vu, en effet, que le conjoint pouvait recueillir soit des droits en pleine propriété soit des droits en usufruit dans le cadre de sa vocation successorale de droit commun.

D'abord, en distinguant la masse de calcul et la masse d'exercice, distinction qui ne s'applique plus à son usufruit universel, l'intéressé a désormais le droit au quart de la propriété que le conjoint peut préférer à son usufruit universel. En outre, le conjoint devait imputer sur son usufruit les libéralités imputables reçues du défunt, sauf volonté contraire du disposant⁵¹. Lorsque les libéralités portaient sur un capital, l'imputation devait se faire sur la valeur de l'usufruit, qu'il fallait évaluer⁵². Ces règles ne s'appliquent plus au nouvel usufruit universel. Un autre élément de régime ancien est toujours en vigueur : l'obligation de fournir caution (art. 601), sa contribution aux dettes successorales dans les conditions prévues par l'article 605 et 612 C. cv. et la conservation en rente viagère dans les modalités ont été modifiées en 2001. L'usufruit universel le nouveau donc une structure assez différente de l'ancien usufruit du quart, de son assiette, son taux et son régime. En concours avec les descendants, lorsqu'ils sont des enfants communs, le conjoint peut préférer à son quart en pleine propriété un usufruit universel. L'usufruit se calcule et s'exerce sur « les biens existants » (Article 757 C. cv.), c'est-à-dire ceux que le défunt laisse à sa mort. Ce régime est plus simple que la quotité et assiette de l'usufruit étaient soumises à des règles complexes. Il y a plus de calcul entre la masse de calcul et d'exercice qui s'appliquent au contraire à la vocation en propriété. Ainsi, l'usufruit ne s'exerce pas sur les biens donnés (ce ne sont pas des biens existants), il s'étend sur la réserve des descendants (qui, au contraire, sont des biens existants).

⁵¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 Mai 1960, Bull. civ. 1. N° 250 ; D., 1963. 38, N. J. Vidal.

⁵² Cass. Civ. 1^{ère}, 6 Février 2001, Bull. civ. 1, n° 28 ; D., 2001. 3566, n. C. Aubert de Vincelles, JCPG, n°4, obs. R. le Guidec ; RTD civ. 2001.637, obs. J. Patarin : les libéralités consenties au conjoint survivant s'impute sur l'usufruit légal et non sur la valeur des biens en pleine propriété peut-il assiette de l'usufruit.

Faut-il comprendre dans cet usufruit les biens légués ? La question est controversée. Il semble que, comme pour la vocation en propriété, les biens légués par un legs hors part successorale ne peuvent pas être des biens existants sauf si le testateur avait entendu ne léguer que la nue-propriété. Le défunt n'ayant pas de réserve, ses droits s'effacent devant ceux des légataires. En concours avec des descendants issus des deux époux, le conjoint successible a une option entre un usufruit universel et un quart de la pleine propriété (art. 757 du code civil), afin de supprimer les difficultés et le contentieux que continuent à soulever les donations entre époux au dernier vivant. Tant qu'ils n'ont pas été exercés, les droits successoraux du conjoint successible (art. 756 al. 1 C. cv.) ; se prouvent par tous les moyens (art. 756 al. 2 C. cv.). Les héritiers peuvent inviter le conjoint à les exercer. Si, après cette demande, dans les mois, il demeure aux enfants, ses droits sont en usufruit. Elle est intransmissible ; s'il ne l'a pas fait avant son décès, ses droits sont également en usufruit⁵³. Tout usufruit du conjoint d'origine légale, testamentaire ou contractuelle (une donation), peut être converti (Art. 759 C. cv.). Cette conversion se présente de manière différente selon qu'elle se fait en capital ou en rente viagère. Elle présente aussi un caractère successoral. Le besoin qui la justifie doit être antérieur au décès. Elle doit, comme la créance alimentaire des ascendants⁵⁴, être demandée dans l'année du décès, ou suivant le moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient, ou jusqu'au partage. Elle ne s'éteint pas avec le partage⁵⁵ et elle ne peut plus être augmentée ou diminuée même si, après le décès, les besoins du conjoint ou ses ressources diminuent⁵⁶. Mais elle peut être indexée. Elle est indépendante des fautes du conjoint⁵⁷. Enfin et surtout, les héritiers n'en sont tenus qu'intra vires successions. Le texte dispose que « la pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité »⁵⁸. Le conjoint ne peut exercer ses droits que sur l'actif net de la succession (réserve comprise) et jamais

⁵³ Philippe Malaurie. Laurent Aynés : droit civil, 2006, droit des Successions AB Intestat. P.65.

⁵⁴ *Infra*, n° 108.

⁵⁵ Cass. CIV. 1^{ère}, 1 Mars 1988, Bull. civ. 1, n° 62 ; D., 1988.477 ; RTD civ., 1989. Obs. J. Patarin ; défrénois 1988, art. 34255, n° 42, p. 723, obs. J. Massip ; JCPN, 1988.II.289, n.C. Philippe ; JCPG, 1988.IV.171 : « vu l'article 207-1 ; aux termes de ce texte, la succession de l'époux prédécédé doit des aliments à l'époux survivant qui est dans le besoin ; ce droit ne s'éteint pas avec le partage de la succession ».

⁵⁶ V. les hésitations de Flour et Souleau, n°111 et Grimaldi, n°231.

⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 Janv. 1995, Bull. Civ. 1, n°30 ; D., 1995, som. 329, obs. M. Grimaldi ; JCPG, 1995.II. 22407, n. A. Bénabent ; JCP, 1995.I.3876, n°3, obs. R. Le Guidec ; RTD civ., 1995.404, obs. J. Patarin ; en l'espèce, une femme avait abandonné son mari gravement atteint d'un cancer, et qui s'était suicidé : « les fautes imputées à madame X ne pouvaient priver celle-ci de son droit à aliments ».

⁵⁸ Cf. aussi une formule semblable pour les droits des créanciers de l'indivision sur l'indivision (art. 815-17, al. 1) ; *infra*, n° 818.

saisir les biens personnels de l'héritier. Si la succession est insolvable, l'époux n'a donc droit à rien, sauf contre ses autres débiteurs alimentaires.

L'usufruit, aussi bien que les droits en pleine propriété lorsqu'ils ne portent que sur une partie de la succession, doivent notamment faire l'objet d'une liquidation dont la procédure obéit à un certain nombre de règles techniques. Tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nu-propiétaire ou du conjoint successible lui-même. La faculté de conversion n'est pas susceptible de renonciation. Les cohéritiers ne peuvent en être privés par la volonté du prédécédé (Article 802 CPF)⁵⁹. La conversion de l'usufruit est comprise dans les opérations de partage. Elle ne produit pas d'effet rétroactif, sauf stipulation contraire des parties (article 762 du code civil). Sera fortement marquée la liquidation des droits en propriété (1) et la liquidation des droits en usufruit (2).

1- La liquidation des droits en propriété

Le problème de la liquidation des droits en pleine propriété du conjoint survivant se pose lorsque celui-ci est en concours avec les parents du défunt et qu'il ne reçoit, par conséquent, qu'une quote-part en propriété. Le conjoint recueille ce droit en propriété dans 2 cas :

- En concours avec des ascendants privilégiés, des enfants pas issus des deux époux ou des enfants issus des deux époux ;
- Et qu'il décide d'opter pour des droits en pleine propriété⁶⁰.

Le conjoint recueille une quote-part de droit, la liquidation des droits en pleine propriété du conjoint est réglée par l'article 758 al. 5 du code civil⁶¹. Le calcul des droits en pleine propriété du conjoint prévu aux 757 et 757-1⁶², sera opéré sur une masse faite sur tous les biens existant au décès de son époux auxquels seront réunis fictivement ceux dont au profit de successible sans dispense de rapport. Le conjoint ne pourra exercer son droit il aurait disposé soit par acte entre vifs soit par acte testamentaire et sans préjudicier au droit de réserve et de retour.

C'est sur la masse de calcul que l'on détermine, en lui appliquant la quotité légale, l'assiette théorique des droits en pleine propriété (art. 758- 5 Ccv. al. 1^{er} C.cv.).

⁵⁹ Art. 760 et 761 C. cv.).

⁶⁰ Art. 927 CPF. Et article 758 du code civil).

⁶¹ Article 758 alinéa 5 du code civil

⁶² Art. 757 et 757-1 C. cv.

La date à laquelle doivent être évaluées la masse de calcul et la masse d'exercice fait l'objet de divisions au sein de la doctrine⁶³. Certains pensent qu'elles doivent être estimées au jour du partage, d'autres au jour du décès⁶⁴. La masse d'exercice est plus restreinte que la masse de calcul : « le conjoint ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour » (art. 759-5, al. 2, C. cv.).

En effet, le conjoint survivant ne peut exercer ses droits en pleine propriété ni sur les biens dont le de cujus a disposé à titre gratuit (libéralité rapportables), ni au préjudice des droits à réserve ou du droit de retour légal⁶⁵.

Lorsque la masse d'exercice est supérieure ou égale à l'assiette théorique, l'assiette effective est égale à l'assiette théorique.

Lorsque la masse d'exercice est inférieure à l'assiette théorique, l'assiette effective est égale à la masse d'exercice (donc inférieure à l'assiette théorique)⁶⁶.

Cette distinction permet, grâce à la masse de calcul, de donner une assiette relativement importante pour le calcul des droits théoriques. Et la masse d'exercice, elle, montre la limite qui est donnée aux droits du conjoint à qui on ne veut pas permettre que ses droits en propriété puissent s'exercer à l'encontre des droits acquis c'est-à-dire des libéralités entre vifs ou testamentaire faite par le défunt ni à l'encontre des droits familiaux protégés par la réserve héréditaire et des droits de retour reconnus à certaines catégories d'héritiers.

D'après la lettre du texte la masse de calcul va se composer de deux (2) catégories de biens. Concernant la première catégorie de biens (biens existants au décès de l'époux), elle vise les biens présents dans le patrimoine du défunt à son décès dont seront exclus : les biens légués (legs présumé non rapportable) ;

Les biens objet d'un droit de retour légal ou conventionnel ; les biens donnés à des non successibles et les biens objet de donations non rapportables.

⁶³ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 86.

⁶⁴ Pour une solution originale à ce problème, cf. Levillain (N), « A propos de deux difficultés relatives à l'usufruit légal du conjoint survivant », Defrénois, 1999, art. 37068. Les solutions préconisées pour l'usufruit du conjoint survivant avant la loi du 3 décembre 2001 peuvent être transposées aux droits en pleine propriété découlant du nouveau texte.

⁶⁵ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 86.

⁶⁶ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 87.

Concernant les biens qui font l'objet d'une réunion fictive à la masse de calcul, réunit : les donations faites sans dispense de rapport ; les libéralités faites au conjoint; les legs quand ils sont expressément soumis au rapportable et les legs fait au conjoint (art. 758-6 C. cv.). Une fois la masse de calcul établie cela va permettre de calculer les droits théoriques du conjoint en retenant pour la valeur du bien, sa valeur au jour du partage. Le montant des droits théoriques du conjoint étant qualifié, il faut alors dans un deuxième temps établir la masse d'exercice de ces droits.

Concrètement la masse d'exercice au terme de l'article 786 du code des personnes et de la famille⁶⁷, va comprendre les biens existants, les libéralités faites au conjoint (qui figurent à la fois dans la masse de calcul et d'exercice). En revanche, exclus de la masse d'exercice, les biens qui constituent la réserve héréditaire par ce que le principe même de la réserve, c'est que les biens doivent passer aux héritiers réservataires libres de toutes charges.

La deuxième catégorie de biens exclue de la masse d'exercice toutes les libéralités rapportables qui sont aussi exclues étant précisé, ici, que lorsque l'on vise les libéralités rapportables, on retranchera uniquement la fraction de la libéralité rapportable qui s'impute sur le disponible et non sur la réserve car sinon mathématiquement on retrancherait deux (2) fois la réserve.

Les droits du conjoint en propriété ne pourront s'exercer que sur le disponible et donc uniquement s'il reste du disponible.

2- La liquidation des droits en usufruit

Le conjoint survivant hérite seul de l'intégralité de la succession lorsqu'il n'est en concours ni avec les descendants, ni avec le père et la mère du défunt. Au terme des articles 797 CPF et 757 C. cv., le conjoint peut opter pour l'usufruit de la totalité des biens existants. Dans cette hypothèse, à l'inverse de ce qui est prévu pour la liquidation des droits en propriété, le texte ne fait aucune différence entre la masse d'exercice et la masse de calcul et ne procède à aucune exclusion qu'il s'agisse de la réserve, des libéralités ou des biens objet d'un droit de retour.

S'agissant des biens donnés dans le cadre de la libéralité : ils sont exclus de l'exercice de l'usufruit qui ne porte que sur les biens existants c'est-à-dire les biens que le défunt laisse à sa mort

⁶⁷ Article 786 du code des personnes et de famille

à l'exclusion des biens donnés même si ces biens doivent faire l'objet d'un rapport à la succession. L'usufruit ne porte que sur des biens libres et ne porte pas sur les biens donnés.

Concernant les biens faisant l'objet d'un droit de retour, l'article 797 CPF et 757 C. civil, détermine les droits du conjoint en présence de descendants, hypothèse où il peut être amené à recueillir des droits en usufruit. Dans ce cas là, il n'y a pas d'hypothèse de retour légal. Et la seule hypothèse envisageable concerne des droits de retour conventionnels et, dans ce cas, le conjoint ne pourra pas exercer ses droits en usufruit sur ces biens. Car, les donations assorties d'un droit conventionnel sont rétroactivement anéantis lorsque ce droit de retour est amené à jouer et les biens qui en sont l'objet sont donc exclus des biens existants⁶⁸. Tout usufruit du conjoint, d'origine légale, testamentaire ou contractuelle (une donation), peut être converti (art. 759, C. cv.). Cette conversion se présente de manière différente selon qu'elle se fait en capital ou en rente viagère. La conversion en rente viager peut, elle aussi, résulter d'un accord entre le conjoint et les autres héritiers. En outre, elle peut être imposée par une des parties au règlement successoral et être alors organisée par le juge. Avant la loi de 2001 (code civil) et de 2011 (code des personnes et de la famille), ce droit à la conversion était réservé aux héritiers, peut être à cause de la vieille idée que le nu-proprétaire avait seul la véritable maîtrise de la chose. Le conjoint n'en avait pas la faculté, malgré l'utilité qu'il pouvait avoir à percevoir une rente viagère, plutôt qu'un usufruit. Désormais, ce droit est bilatéral, et même d'ordre public : le défunt ne pourrait l'écarter, ni le conjoint survivant y renoncer⁶⁹. Elle est exclue pour le logement si le conjoint n'y consent pas (art. 760, al. 3 C. cv.).

Elle ne peut n'être que partielle. Dans ce cas, des suretés doivent seulement garantir le maintien de l'équivalence entre la rente viagère et la part d'usufruit pour laquelle il y a eu conversion⁷⁰. Constituant une opération de partage, puisqu'elle fait cesser l'indivision et remplit le conjoint de ses droits successoraux, la conversion exige la même capacité que celle qui est requise pour procéder à un partage. Comme le partage proprement dit, elle peut, en cas de lésion de plus du quart, faire l'objet d'une action en complément de part (avant la loi de 2006, une rescision)⁷¹. Elle peut être demandée jusqu'au partage. Elle ne peut plus être invoquée lorsqu'il y

⁶⁸ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 87.

⁶⁹ Philippe Malaurie. Laurent Aynès. Les successions et libéralités ; 2^e édition, p.66.

⁷⁰ Cass. Cv. 1^{er}, 9 janv. 1979, Bull. cv. I, n° 15; Defrénois 1979, art. 32038, n° 44, p. 957, obs. G. Champenois infine : Philippe Malaurie. Laurent Aynès. Les successions et libéralités ; 2^e édition, p.66.

⁷¹ Cass. Cv. 1^{er}, 18 Oct. 1955, D., 1956.4; RTD cv., 1956. 163, obs., R. Savatier Cass. Cv. 1^{er}, 24 mars 1965, Bull. cv. I, n° 218 ; RTD cv., 1966. 115, obs. R. Savatier

a eu licitation, puisque l'usufruit est éteint et converti en la propriété d'une somme en capital⁷². Elle peut être faite à titre provisoire, pour la durée des opérations de liquidation et de partage⁷³.

Aucune règle ne détermine la manière de calculer la valeur de l'usufruit pour le convertir en rente viagère. Les parties peuvent s'inspirer des règles fiscales fixant l'assiette des droits de mutations dûs en cas d'aliénation à titre gratuit (CGI, art. 669, réd. L. 30 décembre 2003), obligatoire seulement en matière fiscale. En droit civil, le principe est la légalité des parties, dont le contentieux est réglé par le juge, qui tient compte de données subjectives, notamment la santé de l'usufruitier et ses risques professionnels.

L'usufruit dont bénéficie le conjoint survivant peut être converti en capital ou en rente viager⁷⁴. La conversion de l'usufruit en capital nécessite simplement un accord entre le conjoint et les héritiers (art. 761, C. cv.). Il n'est pas possible de renoncer à cette possibilité de conversion et le prédécédé ne peut pas non plus lui-même priver les cohéritiers de cette faculté (art. 759-1, C. cv.).

En revanche, la conversion de l'usufruit en rente viagère est plus complexe tant dans son domaine, que dans ses modalités ou ses effets. Elle peut concerner « tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé qu'il résulte de loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir » (art. 759 C. cv.). Il n'y a plus de distinction entre l'usufruit légal et l'usufruit constitué par libéralité. La conversion peut être demandée par chaque héritier nu-propriétaire mais également par le conjoint, ce qui constitue une nouveauté découlant de la loi du 3 décembre 2001 (art. 759, al. 1^{er}, C. cv.).

La conversion portant sur certains biens peut s'opérer au moyen d'une convention⁷⁵. En revanche, elle porte sur l'ensemble des biens lorsqu'elle est opérée par voie judiciaire. Cependant, il n'est pas possible au juge d' « ordonner contre la volonté du conjoint la conversion de l'usufruit portant sur le logement qu'il occupe à titre de résidence principale, ainsi que sur le mobilier le garnissant » (art. 760, al. 3 ; C. cv. et 802 du CPF). La conversion peut s'opérer amiablement⁷⁶. A défaut d'accord entre les parties, une intervention judiciaire est inévitable (art. 760, al. 1^{er}, C. cv.). Le juge se prononce sur le principe de la conversion, sur ses conditions puis sur les garanties du

⁷²Cass. Cv. 1^{er}, 4 mai. 1994, Bull. Cv. I, n° 162; JCP, 1994. IV. 1658; RTD cv., 1994. 655, obs. J. Patarin.

⁷³ Cass. Cv. 1^{er}, 23 Nov. 1982, Bull. Cv. I, n° 338, D., 1983, IR, 48; Defrénois 1983, art. 33104, n° 73, p. 929, obs. G. Champenois; RTD cv., 1984. 129, obs. Crit. J. Patarin : l'article 167 (auj. 759)

⁷⁴ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 87.

⁷⁵ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 88.

⁷⁶ Corinne Renault-Brahinsky : droit des successions, 5^{ème} édition ; p. 88.

crédientier. L'article 762 du code civil dispose que : « La conversion de l'usufruit est comprise dans les opérations de partage. Elle ne produit pas d'effet rétroactif, sauf stipulation contraire des parties ». Elle peut en conséquent être demandée jusqu'au partage définitif. La conversion n'est pas rétroactive, sauf stipulation contraire des parties (art. 762, C. cv.). Elle est susceptible de nullité par vice du consentement (art. 887 C. cv. et 865 CPF).

Les effets de la conversion peuvent se résumer en deux points :

- Puisqu'elle transforme un droit réel en un droit personnel, la rente doit être équivalente à l'usufruit ;
- Elle est une opération de partage⁷⁷.

La rente viagère doit être équivalente à l'usufruit auquel elle se substitue. L'équivalence doit s'apprécier en revenus⁷⁸, car l'usufruit présente un caractère alimentaire, puisqu'il permet de donner au conjoint les ressources nécessaires à sa subsistance. Afin d'empêcher que la valeur de la rente ne soit altérée par l'érosion monétaire, la loi entend que soit maintenue l'équivalence initiale entre l'usufruit et la rente, par exemple au moyen d'une indexation sur le coût de la vie, et, les loyers produits par les biens grevés d'usufruit. En outre, le conjoint a droit à des sûretés suffisantes (par exemple, un cautionnement bancaire) pour être protégé contre le risque d'insolvabilité de l'héritier.

L'opération de partage, la conversion produit un effet déclaratif : fiscalement, elle n'est pas soumise au régime des mutations. Mais elle n'a pas d'effet rétroactif⁷⁹, ce qui évite les comptes de restitution pour les revenus produits entre l'ouverture de la succession et la conversion de l'usufruit en rente viagère.

Conclusion

L'analyse de la notion des règles juridiques de la protection des droits du conjoint, nous a permis de démontrer que l'incertitude qui l'entoure peut et doit être traduite en un avantage pour une protection efficace des droits de la femme et de l'enfant. En effet, de nos jours, la notion d'intérêt de l'enfant a atteint une autorité telle qu'elle est devenue un concept essentiel du droit de la famille

⁷⁷ Philippe Malaurie. Laurent Aynès. Les successions et libéralités ; 2^e édition, p.67.

⁷⁸ Cass. Cv., 22 Avril, 1931, DH, 1931. 347 ; S, 1931. I. 372 ; Rev. Crit. 1931. 453, obs. H. Vialleton : en cas de conversion de l'usufruit « l'époux survivant est censé n'avoir jamais recueilli un droit d'usufruit sur les biens de son conjoint décédé, mais seulement avoir bénéficié dès l'ouverture de la succession de celui-ci d'une rente viagère équivalente au revenu réel de l'usufruit que la loi lui-même attribuait ».

⁷⁹ Cass. Cv., 24 Nov., 1987, Bull. cv. I, n° 310; JCPG, 1988. II. 21061 ; JCPN, 1988. II. 154,

et notamment du droit de l'adoption, ce, dans sa double fonction de critère de contrôle de légalité et d'opportunité. Critère de contrôle de légalité ; car c'est à l'un de ces intérêts que le législateur confie au juge le soin de contrôler la légalité de l'adoption projetée. Critère de contrôle de l'opportunité puisque c'est en considération de l'intérêt de l'enfant que le juge décide ou non de prononcer une adoption, et plus généralement, qu'il tranche ou arbitre toutes les questions relatives à la protection de l'enfant.

En dernière analyse, la réforme juridictionnelle de la protection de l'enfant en difficulté doit viser la spécialisation de la justice rendue pour le compte des enfants et professionnalisation des juges, qu'on soit en matière civile ou en matière pénale⁸⁰. Tout compte fait, les nouvelles juridictions civiles dans leur forme réorganisée, veilleront à sauvegarder promptement les intérêts de l'enfant⁸¹, dans les conflits familiaux, notamment. Les nouvelles juridictions pénales devront quant-à elles, promouvoir une justice plus protectrice que punitive, jouissant des infrastructures proposées dans la réforme institutionnelle.

Par ailleurs, la loi prévoit, au bénéfice de la conjointe survivante, un « droit temporaire au logement » et un « droit viager au logement » sur l'habitation principale qu'il occupe au jour du décès de son époux.

Il donne droit à la jouissance gratuite du logement et de son mobilier pendant une durée d'un an à compter du décès.

Pendant cette période, le conjoint survivant peut continuer à y habiter sans verser d'indemnité à la succession. Dans le cas où le logement est loué ou s'il appartient seulement pour une partie indivise au défunt, le conjoint survivant continue d'en être locataire ou occupant et les loyers ou indemnités d'occupation qu'il verse pendant cette période d'un an doivent lui être remboursés au fur et à mesure par la succession.

S'agissant de la liquidation, elle présente un intérêt plus important que le partage car davantage de questions surgissent à cette étape de la succession. Cependant, la liquidation est la phase de règlement du passif, nécessitant tant l'évaluation dudit passif que la détermination du ou des débiteurs.

La loi successorale s'applique à la transmission, la liquidation et le partage des successions.

⁸⁰ Étienne MBANDJI MBÉNA, LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT EN DROIT CAMEROUNAIS, p. 466.

⁸¹ BEAUVALLET (O.) et SUN YUNG (L.), Justice des mineurs, op. cit, n° 13.

Par conséquent, les dettes transmises par voie successorale peuvent comprendre aussi bien des obligations de droit civil (les dettes résultant d'un contrat, dette découlant de la réparation d'un préjudice, etc), que d'autres obligations du de cujus comme des obligations de droit public telles que les impôts fonciers qui doivent être réglés dans la limite de la valeur du patrimoine successoral.



Le jugement des infractions de terrorisme : un jugement défiant le droit commun

The judgment of terrorism offences : a judgment defying common law

Par : Page | 519

KAPJIP TCHATCHOUA Françoise

Docteur en droit privé

Enseignante-chercheure à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Résumé :

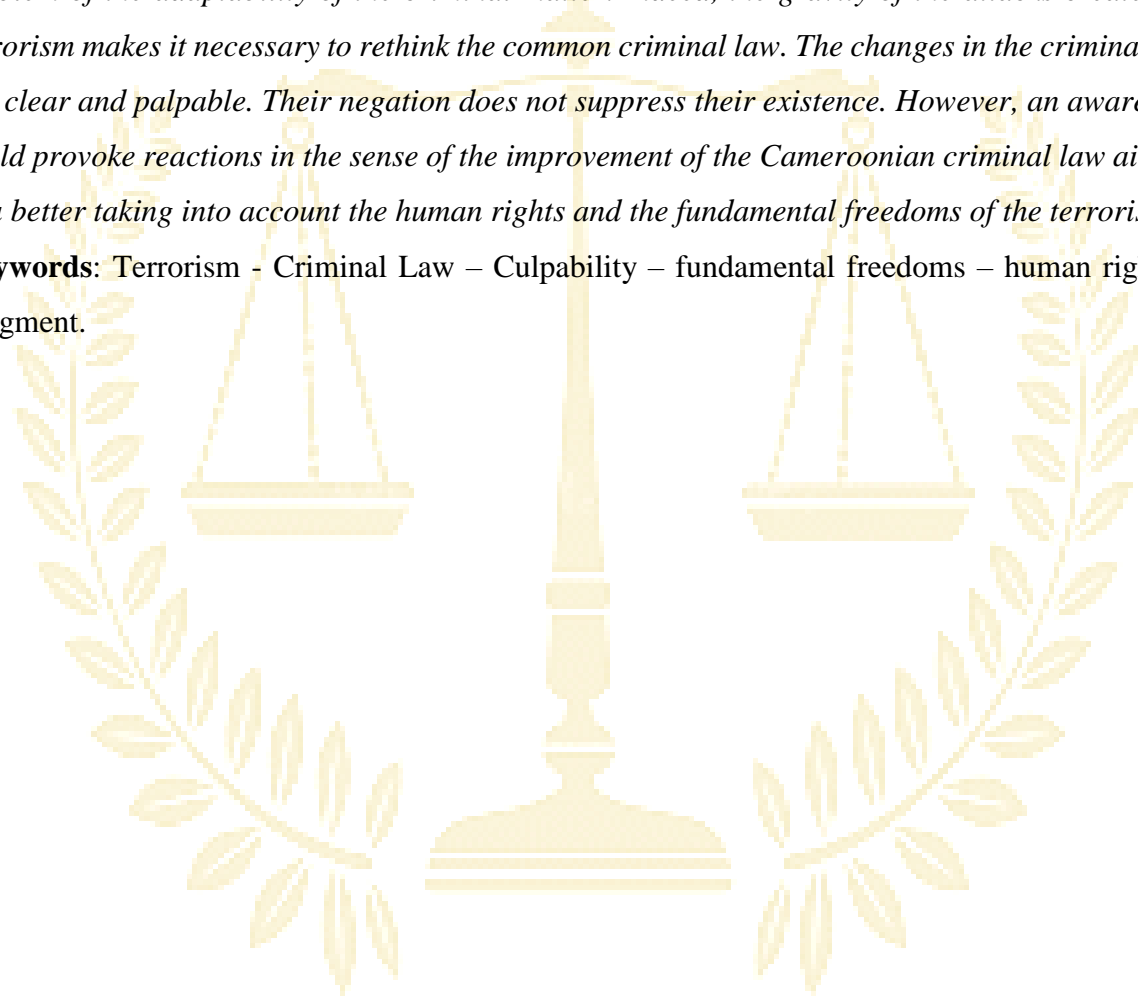
L'un des comportements les plus criminogènes que le monde ait connus et qui demeure d'actualité, est sans aucun doute le terrorisme. Ce dernier a pour corollaire des pertes en vie humaines, des dégâts matériels, mais surtout un climat de terreur au sein de la population touchée. La volonté de se saisir dudit phénomène et de l'encadrer, s'est malheureusement heurtée à son caractère particulier, soulevant par la même occasion le problème de l'adaptabilité de la matière pénale. En effet, la gravité des atteintes créées par le terrorisme oblige à repenser le droit pénal commun. Les mutations subies par le droit pénal sont claires et palpables. Leur négation ne supprime pas pour autant leur existence. Cependant, une prise de conscience pourrait susciter des réactions dans le sens de l'amélioration du droit pénal camerounais ayant pour but une meilleure prise en compte des droits de l'homme et des libertés fondamentales des terroristes.

Mots clés : Terrorisme – Droit pénal – Culpabilité – Liberté fondamentales – Droits de l'homme – Jugement.

Abstract :

One of the most criminogenic behaviors that the world has seen and still has, is without any doubt terrorism. The latter has as corollary loss of life, material damage, but especially a climate of terror among the affected population. The desire to seize this phenomenon and the framework, has unfortunately struck with its particular character, raising at the same time the problem of the adaptability of the criminal matter. Indeed, the gravity of the attacks created by terrorism makes it necessary to rethink the common criminal law. The changes in the criminal law are clear and palpable. Their negation does not suppress their existence. However, an awareness could provoke reactions in the sense of the improvement of the Cameroonian criminal law aiming at a better taking into account the human rights and the fundamental freedoms of the terrorists.

Keywords: Terrorism - Criminal Law – Culpability – fundamental freedoms – human rights – Judgment.



Introduction

L'histoire d'ailleurs a fini par devenir l'histoire d'ici. On peut le dire au Cameroun aujourd'hui. Le terrorisme qui était autrefois une affaire des pays américains et européens, s'invite de plus en plus au Cameroun. Car, comment comprendre que jusqu'en 2013, le Cameroun ne disposait pas encore d'une loi spécifique contre le terrorisme¹ ? C'est que, le Cameroun jouissait d'une paix inégalable. Mais, depuis quelques années il est rudement mis à l'épreuve. La tranquillité, la stabilité, la sécurité et la salubrité de l'Etat camerounais sont désormais menacées par des attaques répétées et atypiques à caractère terroriste. On peut définir le terrorisme comme étant un acte dommageable dirigé contre les personnes ou contre les biens en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur². Le législateur camerounais ne fait pas du terrorisme une infraction autonome³, mais énonce de manière originale un ensemble d'actes qui rentrent dans cette notion. L'économie de ce texte permet de comprendre que le terrorisme est un ensemble d'infractions qualifiées⁴ ainsi lorsqu'elles sont en relation avec une entreprise individuelle ou collective dans

¹ KAPJIP TCHATCHOUA (F.), *Le terrorisme et le droit pénal : étude critique des mutations du droit pénal en matière de terrorisme*, Thèse de doctorat, Université de Ngaoundéré, 2020, p. 4

² Op. cit. p. vii

³ Loi n° 962/PPJL/AN, adoptée le 04 décembre 2014 et promulguée par le président de la République le 05 janvier 2015

⁴ Loi ci-dessus : Article 2 : Actes de terrorisme (1) Est puni de la peine de mort, celui qui, à titre personnel, en complicité ou en coaction, commet tout acte ou menace susceptible de causer la mort, de mettre en danger l'intégrité physique, d'occasionner des dommages corporels ou matériels, des dommages de ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel dans l'intention :

1. a) d'intimider la population, de provoquer une situation de terreur ou de contraindre la victime, le gouvernement et/ou une organisation nationale ou internationale, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ;

2. b) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;

3. c) de créer une insurrection générale dans le pays.

(2) Est puni de la peine de mort, celui qui, pour atteindre les mêmes objectifs que ceux précisés à l'alinéa 1 ci-dessus:

1. a) fournit et/ou utilise des armes et matériels de guerre ;

2. b) fournit et/ou utilise des micro-organismes ou tous autres agents biologiques, notamment des virus, des bactéries, des champignons ou des toxines ;

3. c) fournit et/ou utilise des agents chimiques, psychologiques, radioactifs ou hypnotisants ;

l'intention d'intimider la population, de perturber le fonctionnement normal des services public et de créer une insurrection générale dans le pays.

C'est dire que le terrorisme porte atteinte non seulement aux valeurs protégées par les Etats, mais aussi à celles protégées par la société. Cette définition situe la matière au cœur d'un dispositif important mettant en relief un besoin de prévention et de répression à la mesure de l'ampleur du phénomène⁵. Cette situation rébarbative et hautement répréhensible ne pouvait alors laisser l'Etat camerounais indifférent suivant « *le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes*⁶ ». C'est ainsi que le 23 décembre 2014, la loi sur la répression du terrorisme fut adoptée. Pour certains, cette loi met le Cameroun à la croisée des chemins de l'état de droit et l'état de police, le plongeant ainsi vers une bifurcation absolue pour l'état de police⁷. Le dispositif procédural antiterroriste constitue au Cameroun comme dans tous les pays qui se sont dotés d'une législation dans ce domaine, le pilier de la lutte contre le terrorisme⁸. Ayant pour objectif de lutter efficacement contre le terrorisme, cette législation multiplie ainsi des dispositions porteuses d'atteintes exceptionnelles aux droits fondamentaux.

Lorsqu'une infraction est commise, il est impérieux de découvrir la vérité et de châtier le coupable. Il s'agit d'un acte solennel. On est appelé à disposer de la vie, de la liberté, de l'honneur

4. d) procède à une prise d'otage.

(3) La peine est l'emprisonnement à vie lorsque les conséquences prévisibles des actes visés aux alinéas 1 et 2 ci-dessus sont la maladie d'animaux ou la destruction de plantes.

(4) Les infractions visées aux alinéas 1, 2 et 3 ci-dessus sont caractérisées même en cas de guerre officiellement déclarée.

Article 3 : Financement des actes de terrorisme

Article 4 : Blanchiment des produits des actes de terrorisme

Article 5 : Recrutement et formation

⁵ Ibidem

⁶ Affaire Zana c. Turquie, Arrêt du 25 novembre 1997 in Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 6^{ème} éd., 2011, pp. 68 et 90 à 91.

⁷ Lire : BILOUNGA (Th. S.), « L'Etat camerounais à la croisée des chemins de l'état de droit et l'état de police (A propos de la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme) » *CJP* 2015, FSJP- Université de Ngaoundéré pp 9 – 32.

⁸ Ainsi, le Royaume-Uni qui a très tôt été confronté au terrorisme séparatiste de l'IRA, a multiplié les dispositifs d'exception (v. par ex., BLOCH (E.), « La législation d'exception en Irlande », pp. 629-637) mais ne s'est doté d'incriminations terroristes qu'avec le *Terrorism Act 2000*, qui instaurait une législation antiterroriste permanente (GROTER (R.), « Country Report on the United Kingdom », WALTER (C.), VÖNEKY (S.), RÖBEN (V.), SCHORKOPT (F.) (dir.), *Terrorism as a challenge for National and International Law : Security or Liberty ?*, Berlin, Springer, 2004, pp. 591-631).

et même de la fortune d'un individu. Tout cela passe la constatation de l'infraction, l'instruction et le jugement. Serge Braudo définit le jugement comme toute décision rendu par une juridiction du premier degré⁹.

L'évocation de la répression couvre toujours des risques d'atteinte aux libertés et droits individuels. Il revient donc à tout Etat de droit d'organiser la procédure pénale autour de la protection desdits droits. C'est dans ce sens que le Cameroun a consacré les principes fondamentaux gouvernant le procès pénal¹⁰, dont la consolidation peut être mise à rude épreuve dans les législations de crise comme celle du terrorisme¹¹.

Dans le but de s'arrimer au phénomène criminel et afin de mieux le combattre, l'on observe dans la loi camerounaise de 2014 des mutations procédurales. Ces dernières se traduisent par des particularités non seulement avant le jugement mais aussi pendant le jugement d'une infraction de terrorisme. La phase de jugement étant la base de notre réflexion, on s'interroge sur la question de savoir : en quoi est-ce que le jugement des infractions de terrorisme défie-t-il le droit commun ?

L'importance d'un tel thème réside dans les particularités du jugement en matière de terrorisme qui sont relatives à la compétence du tribunal et au déroulement du procès. En effet, le déroulement du procès pénal est entouré de plusieurs garanties. C'est dans ce sens que l'article 4 § 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques précise les droits substantiels intangibles et par conséquent non susceptibles de dérogation même dans le cadre de la lutte antiterroriste. Ainsi, le comité des droits de l'homme a souligné dans son observation n° 29¹² que les dispositions dudit pacte relatives aux garanties de procédure ne peuvent jamais faire l'objet de mesures qui porteraient atteintes à la protection des droits non susceptibles de dérogation.

Cependant, l'examen de la loi de 2014 démontre plusieurs défiances au cours du procès visant à déroger aux garanties du procès. Ces garanties qui sont entre autres la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable, l'égalité des armes, observées en droit commun, sont mis en mal en matière de terrorisme, d'où le mot défiance. Ce dernier peut être perçu comme étant

⁹ BRAUDO (S.), www.dictionnaire-juridique.com/jugement.

¹⁰ Le Code de procédure pénal nouveau, adopté en 2005 semble résolument inscrit dans cette philosophie.

¹¹ 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. 9.

¹² Fiche d'information n° 32, droits de l'homme, terrorisme et lutte antiterroriste, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, 2009, p. 28 : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32FR.pdf>.

le sentiment de celui qui se défie de quelqu'un ou de quelque chose, défier qui s'entend comme une provocation à une lutte, un duel. C'est dans ce sens que nous verrons dans une première partie les défiances liées à la désignation du tribunal militaire en matière de terrorisme (I). Dans une deuxième partie, nous parlerons des défiances matérielles de la loi de 2014 (II).

I- LES DEFIANCES LIEES A LA DESIGNATION DU TRIBUNAL MILITAIRE EN MATIERE DE TERRORISME

Le cadre général d'un procès pénal est constitué par des juridictions dont l'organisation et la compétence sont fortement marquées par la taille des enjeux et des moyens mis à la disposition des acteurs. Le jugement des actes qualifiés de terrorisme¹³ met un écart entre la loi de 2014 et les

¹³ Loi ci-dessus : Article 2 : Actes de terrorisme (1) Est puni de la peine de mort, celui qui, à titre personnel, en complicité ou en coaction, commet tout acte ou menace susceptible de causer la mort, de mettre en danger l'intégrité physique, d'occasionner des dommages corporels ou matériels, des dommages de ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel dans l'intention :

1. a) d'intimider la population, de provoquer une situation de terreur ou de contraindre la victime, le gouvernement et/ou une organisation nationale ou internationale, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ;

2. b) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;

3. c) de créer une insurrection générale dans le pays.

(2) Est puni de la peine de mort, celui qui, pour atteindre les mêmes objectifs que ceux précisés à l'alinéa 1 ci-dessus:

1. a) fournit et/ou utilise des armes et matériels de guerre ;

2. b) fournit et/ou utilise des micro-organismes ou tous autres agents biologiques, notamment des virus, des bactéries, des champignons ou des toxines ;

3. c) fournit et/ou utilise des agents chimiques, psychologiques, radioactifs ou hypnotisants ;

4. d) procède à une prise d'otage.

(3) La peine est l'emprisonnement à vie lorsque les conséquences prévisibles des actes visés aux alinéas 1 et 2 ci-dessus sont la maladie d'animaux ou la destruction de plantes.

(4) Les infractions visées aux alinéas 1, 2 et 3 ci-dessus sont caractérisées même en cas de guerre officiellement déclarée.

Article 3 : Financement des actes de terrorisme

Article 4 : Blanchiment des produits des actes de terrorisme

Article 5 : Recrutement et formation

règles de droit commun. Ces défiances trouvent leur existence dans les compétences attribuées au tribunal militaire (A) et à l'exception faite du mineur terroriste (B).

A- Les compétences du tribunal militaire

Page | 525

Au Cameroun, il existe les juridictions de droit commun et les juridictions d'exception. Les juridictions d'instance de droit commun sont le Tribunal de première instance et le Tribunal de grande instance. En matière de terrorisme, ces tribunaux sont mis à l'écart au profit du Tribunal militaire qui est une juridiction d'exception. Ses compétences sont d'ordre territorial (1) et matériel (2).

1- La compétence territoriale du tribunal militaire

Cette compétence a connu une grande évolution au fil du temps. On est passé de l'unicité à la diversité et aujourd'hui on parle de décentralisation. Le tribunal militaire, comme tout autre juridiction, est un organe du service public de la justice. A ce titre, il doit obéir au principe de fonctionnement de la justice, en ce qu'il doit être proche des justiciables. L'histoire de la « décentralisation » de la justice militaire au Cameroun témoigne bien de la prise en compte progressive de ce principe. En effet, au début, il existait un seul tribunal militaire qui siégeait à Yaoundé et dont le ressort s'étendait sur l'ensemble du territoire national¹⁴. Sur autorisation du Président de la République, ce tribunal pouvait tenir des audiences foraines dans les autres localités du pays ou pouvait être créé par des décrets de la même autorité. On s'aperçoit qu'à cette époque, la justice militaire était loin des justiciables qui se trouvaient dans les zones périphériques. Cela pouvait poser deux problèmes. Le premier est relatif au droit d'accès à la justice militaire. Bien entendu, pour un justiciable qui se trouve loin de Yaoundé, il ne pouvait pas bénéficier des mêmes facilités que ceux qui y résident. On sait bien que les déplacements peuvent être coûteux aussi bien en temps que financièrement. La famille de la personne poursuivie ne peut pas lui rendre visite en temps voulu. S'il choisit de se faire défendre par un avocat de sa localité, cela entraîne des coûts supplémentaires.

¹⁴ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 72/5 du 26 août 1972.

Le second problème est celui de l'éventuel engorgement du tribunal militaire qui pourrait affecter le droit d'être jugé dans un délai raisonnable¹⁵. Pourtant, la référence à l'exigence du respect du délai raisonnable qui irrigue l'ensemble du droit processuel ne saurait être ignoré par la justice militaire¹⁶.

Compte tenu des exigences, on a procédé à la création des tribunaux militaires dans certaines anciennes provinces : Bafoussam et Buea¹⁷, Douala¹⁸ et Garoua¹⁹. Ce processus de « décentralisation » a connu une avancée significative avec la loi du 29 décembre 2008 qui, en son article 3, a doté les dix régions, chacune, d'un tribunal militaire. Elle va plus loin en prévoyant non seulement la possibilité de créer d'autres tribunaux dans la même région, mais aussi et surtout la possibilité de faire des audiences c'est-à-dire que le Tribunal Militaire peut tenir des audiences dans les départements, voire les arrondissements. D'ailleurs, la décision de tenir des audiences foraines a été simplifiée, car elle revient désormais au tribunal lui-même.

L'article 3 du « nouveau » code de justice militaire reprend à son compte ces avancées. Cela signifie que le législateur s'est inscrit dans la logique de l'itinérance, qui favorise l'accès des justiciables à la justice militaire en leur évitant les obstacles liés à la distance²⁰. Il s'agit là d'une grande avancée en matière de justice militaire²¹. Tout en dotant chaque région d'un Tribunal Militaire, le législateur a néanmoins maintenu la compétence nationale du Tribunal militaire de Yaoundé.

L'article 4 (1) du code de justice militaire introduit une dérogation en ce qui concerne la compétence régionale du Tribunal Militaire de Yaoundé. En effet, dans certaines circonstances

¹⁵ Sur l'exigence du délai raisonnable voir l'article 6 alinéa 1 de la convention européenne des droits de l'homme ; l'article 7 D de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; la convention des Nations Unies du 17 février 1963 sur les règles matérielles relatives à la répression de la vente des marchandises ; Cholet (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, Préface G. GIUDECELLI-DELAGE ; HÉMERY (B.), « Le délai raisonnable de jugement : naissance d'une notion », *Justice et Cassation, Rev. des avocats aux conseils*, 2007, p. 76 ; AMARANI-MEKKI (S.), « Le principe de célérité », *RF adm. publ.*, 2008/125, p 43 ; BELBARA (B.), « Les techniques d'accélération de la procédure pénale en droit camerounais », *CJP-Université de Ngaoundéré*, 2014, pp. 303 et s.

¹⁶ STRAEGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales. De la célérité des procédures*, Thèse, Droit, Lyon III, 2002, n° 145, p. 111.

¹⁷ Décret n° 72-588 du 25 octobre 1972.

¹⁸ Décret n° 76-346 du 14 août 1976.

¹⁹ Décret n° 83/469 du 3 octobre 1983.

²⁰ CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, p. 46, n° 42.

²¹ Dans le même sens, voir KALIEU ELONGO (Y.), *Organisation judiciaire au Cameroun*, en ligne, p. 16, consulté le 8 mars 2020.

dites exceptionnelles, le Tribunal Militaire de Yaoundé reçoit une compétence sur l'ensemble du territoire. Ces circonstances sont l'état d'urgence et l'état d'exception. En effet, conformément à l'article 9 de la Constitution, « *Le Président de la République peut, lorsque les circonstances l'exigent, proclamer par décret, l'état d'urgence qui lui confère des pouvoirs spéciaux dans les conditions fixées par la loi* ». Selon l'alinéa 2 du même article, le « *Président de la République peut, en cas de péril grave menaçant l'intégrité du territoire, la vie, l'indépendance ou les institutions de la République, proclamer, par décret, l'état d'exception et prendre toutes mesures qu'il juge nécessaires. Il en informe la Nation par voie de message* ».

Ainsi, lorsque l'état d'urgence ou l'état d'exception est déclaré dans une région, le Tribunal Militaire de Yaoundé se substitue au Tribunal Militaire de la région dans laquelle ces circonstances exceptionnelles ont été décrétées.

Cette substitution peut également intervenir lorsque le jugement des personnes poursuivies dans la région où les infractions militaires ont été commises, peut constituer une menace grave à l'ordre public, à la sécurité de l'Etat. Il en est de même dans l'hypothèse de terrorisme. Ici, on craint le fait que les terroristes s'en prennent au Tribunal Militaire de la région sous menace d'acte de terrorisme pour le jugement de leurs membres.

Dans tous les cas, le but visé par hypothèse de « renvoi » est la sauvegarde de l'ordre public qui serait troublé par le jugement d'une cause devant le Tribunal Militaire de la région concernée. Les hypothèses les plus fréquentes concernent les émeutes, les guerres et les grèves.

Cependant, le texte ne précise pas l'autorité habilitée à solliciter cette sorte de « renvoi pour cause de sûreté publique ». En tout cas, on peut se référer aux dispositions du Code de procédure pénale qui connaît cette compétence à la Cour suprême, qui peut, pour les nécessités de l'ordre public, dessaisir une juridiction d'une affaire et renvoyer la cause devant une autre du même rang²², ou au ministère public qui, seul, peut évoquer les nécessités de l'ordre public²³. Il faut préciser que, dans ces hypothèses, seul le Tribunal Militaire de Yaoundé est compétent. Ce qui signifie que la Cour ne peut envoyer la cause que devant lui ou le ministère public ne peut adresser sa requête qu'à ce tribunal.

²² Article 604 alinéa 1 du Code de Procédure Pénale.

²³ Alinéa 2 de l'article 604 du Code de Procédure Pénale.

En outre, le Code de justice militaire ne prévoit pas l'hypothèse dans laquelle ces circonstances exceptionnelles surviendraient à Yaoundé. Est-ce à dire qu'elles n'y surviendront jamais, ou quand bien même ce serait le cas, le Tribunal Militaire de Yaoundé dispose de tous les moyens pour les juguler ? Il est souhaitable qu'en maintenant la compétence nationale du Tribunal Militaire de Yaoundé, on puisse envisager une sorte de « *renvoie général* », conformément à l'article 604 du Code de procédure pénale.

Au demeurant, l'on note que plusieurs cas d'infraction de terrorisme ayant eu lieu à Maroua et dans le Nord-Ouest et Sud-Ouest ont été portés devant le Tribunal Militaire de Yaoundé. Il est tout de même nécessaire d'en souligner la compétence matérielle.

2- La compétence matérielle du tribunal militaire

L'attribution de la compétence au tribunal militaire en matière de terrorisme oblige la collégialité. En effet, l'article 5 du code de justice militaire nous renseigne sur la composition du Tribunal Militaire. Il comprend :

- Au siège : un Président, un ou plusieurs Vice-présidents, deux assesseurs titulaires et des assesseurs suppléants, un greffier en chef, un ou plusieurs greffiers ;
- A l'instruction : un ou plusieurs juges d'instruction, un ou plusieurs greffiers d'instruction ;
- Au parquet : un commissaire du gouvernement, un ou plusieurs substituts du commissaire du gouvernement, un ou plusieurs greffiers.

Malgré que dans sa composition le Tribunal militaire dispose de l'instruction, en matière de terrorisme, elle est absente. L'instruction est supprimée²⁴ dans la mesure où l'information judiciaire n'existe pas du fait de la gravité de l'infraction du terrorisme qui présente des conséquences assez élevées. Il faut que les pouvoirs publics via la justice réagissent rapidement. Cependant, force est de constater que malgré la réforme, l'objectif visé n'est pas atteint, non seulement parce que tous les éléments nécessaires à sa réalisation n'ont pas été pris en compte, mais en plus, le texte comporte de nombreuses lacunes, auxquelles on doit ajouter la difficulté des autorités judiciaires à respecter ses dispositions. Il est donc inévitable de songer à une énième

²⁴ Confer loi 2014 portant répression des actes de terrorisme.

réforme, afin que la recherche de la vérité qui gouverne cette phase de la procédure pénale se fasse dans les conditions qui concilient la bonne administration de la justice et de la protection des droits des parties.

De plus le parquet est composé d'un procureur, d'un ou plusieurs substituts du procureur et d'un ou plusieurs greffiers dans les juridictions de droit commun. En matière de terrorisme et devant le Tribunal militaire, la composition change.

Page | 529

L'alinéa 2 du même article ajoute, « *Le Président, les Vice-présidents, les juges d'instruction, le commissaire du gouvernement sont, soit des Magistrats militaires, soit des Magistrats civils. Ils sont nommés par décret du Président de la République* ». Il y'a lieu de constater qu'en cas d'infraction terroriste, il y'a la présence des magistrats militaires, ce qui diffère du droit commun.

Les termes de l'alinéa 3 sont les suivants : « *Les magistrats civils, membres du Tribunal Militaire sont choisis parmi ceux en poste dans le ressort du tribunal militaire où ils sont nommés. Ils doivent être au moins du 2^{ème} grade pour ceux devant être nommés au siège* ».

Selon l'alinéa 4, « *Le Président du tribunal militaire et le commissaire du gouvernement près le tribunal militaire sont installés en audience solennelle* ».

L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi de 2014 reconnaît la compétence exclusive des juridictions militaires pour la répression du terrorisme. Ces dernières sont des juridictions à compétence spéciale²⁵ qui par conséquent, appliquent un régime dérogatoire qui nécessairement limite considérablement les droits de la personne poursuivie. Ce dédoublement de la procédure pénale axé sur un système procédural parallèle²⁶ dévoile la volonté politique de durcissement de la réaction sociale face à l'agression terroriste. L'intervention du tribunal militaire a pour principale incidence que toutes les dérogations instituées par la loi n° 2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant des règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires sont applicables aux justiciables pour infractions terroristes.

²⁵ Article de la loi n° 2008/015 du 29 décembre 2008 portant organisation judiciaire militaire et fixant les règles de procédure applicables devant les tribunaux militaires.

²⁶ LAZERGES (C.), « La dérive de la procédure pénale », RSC, 2003, pp. 644 et s.

L'option pour un traitement « *militariste* » du terrorisme repose en effet sur la conviction que les exigences de la sécurité nationale imposent de supprimer les garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond²⁷.

En outre, en matière criminelle, l'article 7 du code de justice militaire pose un principe absolu de la collégialité. Toute affaire relevant de la compétence du tribunal militaire est jugée en collégialité. Ce principe a présenté l'avantage d'éviter les erreurs judiciaires et de consolider le principe d'impartialité. On rappellera simplement que la qualification de ces infractions est fondée sur la distinction tripartite des infractions faites à l'article 21 du code pénal. Dans ce sens, pour les affaires liées au terrorisme, le tribunal militaire est soumis au principe de la collégialité.

L'article 7(1b) et (3) du code de justice militaire de 2017 règle le problème de la formation de la collégialité. En effet, la collégialité est composée d'un magistrat Président et de deux assesseurs ou de trois magistrats. Lorsque la formation de la collégialité est présidée par un magistrat civil, les deux assesseurs doivent obligatoirement être des membres des forces de défense. Cela se comprend dans la mesure où le magistrat civil peut avoir des connaissances approximatives sur le caractère technique de certaines infractions propre au vocabulaire militaire. Les assesseurs sont comme ceux qui assistent le président en matière coutumière pour l'éclairer sur le sens de la coutume invoquée. C'est la raison pour laquelle la même exigence n'a pas été formulée lorsque la collégialité est présidée par un magistrat militaire. En tout cas, la présence des assesseurs n'est pas exigée car la collégialité est formée par trois magistrats. Mais il faut qu'au moins l'un des membres de la collégialité soit un magistrat militaire.

Si la compétence est dévolue au tribunal militaire pour les questions de terrorisme, telle n'est pas les cas lorsqu'il s'agit d'un mineur.

B- L'exception du mineur terroriste ou le retour au droit commun en matière de délinquance infantile

La question du jugement d'un terroriste mineur ne s'est pas faite sans difficulté. Il y'a eu une période avant le code de justice militaire de 2017 qui nous mettait dans une situation controversée. Puis avec l'avènement dudit code, la situation est devenue stable.

²⁷ PAPA (M.), « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC*, 2009, pp. 3 et s.

La disposition auteure de la stabilité est l'article 9²⁸ : « *Les mineurs de dix-huit ans, auteur coauteurs ou complices des infractions visées à l'article 8 ci-dessus ne sont pas justiciables des juridictions compétentes en matière de délinquance juvénile. Dans ce cas, le dossier est transmis au parquet compétent par le commissaire du gouvernement, après disjonction de procédure* ».

Sans revenir sur les arguments pertinents tirés des traités et accords internationaux ratifiés par le Cameroun qui, selon l'article 45 de la Constitution, sont placés au-dessus des lois, on peut aujourd'hui affirmer qu'en vertu de la maxime « *lex posterior derogant ante* », les mineurs ne sont pas justiciables devant le Tribunal militaire. L'article 9 de la loi de 2017 réaffirme cette position. Cela est d'autant plus justifié qu'en écartant la compétence du Tribunal militaire pour les infractions commises par les mineurs, la même loi, à l'article 8, paragraphe c, inclut précisément les infractions relatives aux actes de terrorisme. Même si la définition de ces infractions est contenue dans la loi de 2014, la compétence juridictionnelle, en ce qui concerne les mineurs, est dévolue à leur juridiction « *naturelle* »²⁹.

Cela semble aller de soi dans la mesure où la politique criminelle, en matière de délinquance juvénile, voudrait qu'elle soit centrée sur la prévention et ce n'est que de manière très exceptionnelle que l'on pourra recourir aux institutions judiciaires³⁰. Le recours aux institutions judiciaires doit s'accompagner de l'adoption d'une procédure et de mesures spécifiques au procès des mineurs³¹. On peut au total dire que le code de justice militaire de 2017 est venu taire la controverse en consacrant les solutions jurisprudentielles en la matière. L'article 9 dudit code va plus loin en apportant une précision attendue sur la manière dont la procédure doit être suivie. En effet, le dossier doit être transmis au parquet compétent par le Commissaire du Gouvernement, après disjonction des procédures, le cas échéant.

Il est donc clair que le jugement des majeurs terroristes se fait devant le tribunal militaire tandis que le jugement des mineurs terroriste se déroule devant le Tribunal de Première Instance.

²⁸ Code de justice militaire de 2017

²⁹ SPENER YAWAGA, *La justice militaire au Cameroun. Réflexions à partir d'une discussion article par article du code de justice militaire*, Les éditions du Sabel, Yaoundé, avril 2019, p. 50.

³⁰ SPENER YAWAGA, « Délinquance et inadaptation juvéniles. Appréciation de la politique criminelle camerounaise au regard de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RICPTS*, 2001, n°4, p. 429.

³¹ *Ibid.* p. 430.

Mais le contentieux devant le tribunal militaire fait transparaître défiances que nous qualifions de matérielles.

II- LES DÉFIANCES MATÉRIELLES DE LA LOI DE 2014 SUR LE TERRORISME

Page | 532

Les droits fondamentaux ne constituent plus une garantie contre l'usage du droit comme arme³² et l'Etat de droit semble avoir été suspendu temporairement et remplacé par l'Etat absolu³³. Aujourd'hui, on en est à se demander s'il s'agit d'une procédure pénale parallèle ou alors si l'on a changé de route en substituant la procédure pénale spéciale aux règles générales de notre procédure pénale³⁴.

Il en découle donc des défiances tant sur les libertés et sur les peines (A), ce qui fait penser à de réelles améliorations du système répressif en matière de terrorisme (B).

A- Les défiances sur les libertés et les peines

Commençons d'abord par les libertés (1) puis par les peines (2).

1- Les défiances sur les libertés

Elles peuvent être relevées d'abord au niveau de l'imprescriptibilité de l'action publique et des peines puis au niveau des amoindrissements de l'indulgence pénale.

En ce qui concerne l'imprescriptibilité de l'action publique, la crainte de la dangerosité des terroristes semble pouvoir justifier l'imprescriptibilité de l'action publique en matière d'infraction de terrorisme d'ailleurs soumise au *jus cogens*³⁵, comme certaines infractions formant un noyau dur qui choque la conscience de l'humanité. On peut y déceler de manière quasi similaire ce souci de ne laisser à l'accusé aucune chance de profiter d'un quelconque sanctuaire pour échapper à la justice à cause de la complexité des enquêtes. L'article 15 énonce à ce propos que l'action publique et les peines prononcées sont imprescriptibles en cas de commission d'actes de terrorisme. La

³² 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.

³³ ZAFFARONIE (R.), « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *RSC*, 2009, pp. 43 et s.

³⁴ LAZERGES (C.), « La dérive de la procédure pénale », *op.cit.*, pp. 644 et s.

³⁵ Norme impérative de droit international général acceptée et reconnue par communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

déclinaison de la sévérité que le législateur entend donner au traitement de l'activité de terrorisme ne se limite pas à cette observation, certains gages d'équité de la procédure ayant été supprimés³⁶.

L'imprescriptibilité des peines (article 15) mérite aussi d'être soulignée. L'article 67 CP prévoit en effet qu'en cas de crimes, les peines et les mesures de sureté non subies ne peuvent plus être exécutées après l'expiration d'un délai de 20 ans. Les actes de terrorisme dérogent nettement à cette règle ; puisque l'article 15 de la loi de 2014 énonce clairement que les peines prononcées par les juridictions compétentes sont imprescriptibles³⁷, toutes choses qui conduisent aux amoindrissements de l'indulgence pénale.

Pour ce qui est de l'indulgence pénale qui se trouve amoindrie, curieux paradoxe qui résulte de l'inévitable contradiction entre le principe général de responsabilité pénale imposant à chacun de répondre des infractions commises, et le glissement vers une conception plus subjective du droit pénal, les institutions de clémence ou d'indulgence marquent la prise en compte des objectifs de resocialisation du délinquant et d'apaisement social.

De manière générale, la mansuétude en matière pénale, qui peut être le fait du législateur, de l'exécutif ou alors du judiciaire, peut intervenir avant ou après la condamnation pénale. Cette flexibilité, mieux encore cet assouplissement, est la marque d'un droit pénal libéral et « humanisé ». Seulement, la loi de 2014 avec ses multiples restrictions et surtout avec la consécration de l'imprescriptibilité aussi bien de l'action publique que de la peine³⁸ en matière de terrorisme, amenuise dangereusement l'application du droit des repentis dans la mesure où les motivations à la recherche de l'indulgence sont bien fines. Ceci dit, avant d'aborder les restrictions ou le durcissement de l'application du système des repentis, un préalable s'impose, celui de les identifier dans la loi de 2014.

Dans le but d'encourager la dénonciation et renforcer ipso facto l'efficacité du dispositif probatoire, les articles 7 « Interruption de l'infraction ou de ses effets », 13 « Circonstances atténuantes », et 16 « exemption », ont été envisagés. Ainsi, est exempte de poursuite, toute personne physique ou morale qui s'étant concertée avec autrui pour commettre un acte de

³⁶ Pour parler de l'information judiciaire.

³⁷ MEBU NCHIMI (J. C). op cit. pp. 22 et 23.

³⁸ Art. 15 de la loi de 2014.

terrorisme et avant tout commencement d'exécution, en avertissant l'autorité administrative, judiciaire ou militaire permet également d'éviter la réalisation de l'infraction et l'identification de ses coauteurs ou complices. Tels que formulés, les trois alinéas de l'article 16 de la loi conditionnent le bénéfice de l'exemption de la poursuite et par conséquent de la peine à leur réunion cumulative. Dans l'hypothèse où l'avertissement de l'autorité publique n'empêche pas la réalisation des actes terroristes, le dénonciateur ne devra pas espérer une exemption de poursuite quelconque.

S'agissant de l'atténuation de la peine, l'article 13 sur les circonstances atténuantes souligne que la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à dix ans et la peine d'amende inférieure à vingt millions (20 000 000 FCFA soit 30489.96 Euro). Si la réduction de la peine d'emprisonnement coïncide avec le seuil de l'article 91 du code pénal³⁹, le seuil de l'amende par contre, est en net déphasage avec celui du code pénal qui est fixé à deux millions (2 000 000 FCFA soit 3048.99 Euro). Pire encore, en matière de terrorisme, le sursis est exclu.

C'est avec les modalités de la dénonciation instituée à l'article 7 de la loi de 2014 que l'on réalise toute la rigidité du législateur qui prévoit un emprisonnement de dix à vingt ans pour celui qui, étant auteur ou complice d'un acte de terrorisme, permet d'interrompre la réalisation de l'infraction ou encore permet d'éviter que l'infraction n'entraîne la mort, les blessures ou des dommages matériels.

Pour ce qui concerne le maintien du droit de punir par un rejet de la prescription, il s'agit d'un élément de plus dans le sens d'un acharnement répressif. A cet effet, l'article 15 de la loi de 2014 intitulé « Imprescriptibilité de l'action publique » dispose que :

« Pour l'application de la présente loi, l'action publique et les peines prononcées par les juridictions compétentes sont imprescriptibles »

Or, en droit commun, la prescription qui a pour fondement l'oubli, l'usure de la cavale et la disparition des preuves, est de dix années en matière de crime, de trois années en matière de délit

³⁹ L'article 91 du code pénal dispose que : « Effets en cas de crime. (1). Les peines prévues par la loi contre celui ou ceux des accusés reconnus coupables d'un crime et en faveur de qui les circonstances atténuantes ont été accordées, peuvent être réduites à dix (10) ans de privation des libertés si le crime est passible de la peine de mort, à cinq (05) ans de privation de liberté si le crime est passible d'une peine perpétuelle, à un (01) an de privation de liberté dans les autres cas (2). Si, en application des dispositions de l'alinéa 1 ci-dessus, une peine égale ou inférieure à dix (10) ans de privation, est prononcée, la juridiction peut infliger au condamné une amende qui ne peut excéder deux millions (2 000 000) de francs ».

et d'une année en matière de contravention pour l'action publique⁴⁰. Pour la peine, selon l'article 67 du code pénal, elle est de vingt ans pour les crimes, cinq ans pour les délits et contraventions connexes et, deux ans pour les autres contraventions. Ce qui nous conduit à parler des peines.

2- Les défiances sur les peines

Il s'agit principalement du rejet du sursis en matière de terrorisme. L'article 13⁴¹ consacré aux circonstances atténuantes, en son troisième alinéa stipule que : « *Dans tous les cas, le sursis ne peut être accordé* ». On peut le comprendre ne serait-ce qu'à deux niveaux :

- D'abord du point de vue de la personnalité du terroriste. Le terroriste est perçu comme le plus dangereux des criminels. Il est aussi reconnu pour son entêtement pour commettre son crime. En lui accordant le sursis, il y'a un risque de récidive. Ce serait mettre la société en danger.
- En outre, d'un point de vue technique, le sursis simple est accordé pour les condamnations inférieures ou égales à cinq ans⁴² et le sursis avec probation est prononcé lorsque la peine est égale ou supérieure à six mois⁴³ en plus du fait que la période de probation ne peut être inférieure à trois ans ni supérieure à cinq ans⁴⁴. Or, en matière de terrorisme, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à dix ans⁴⁵. C'est donc dire que le sursis n'est pas compris dans le champ d'action de la répression du terrorisme.

Au regard de ce qui précède, il y'a lieu de réfléchir sur la nécessité d'une amélioration du système répressif en matière de terrorisme.

B- La nécessité d'une réelle amélioration du système répressif

Cette amélioration pourrait passer par l'idée de la spécialisation des juges répressifs (1) et la consolidation du droit à un procès équitable (2).

1- La nécessité d'une spécialisation du juge répressif

⁴⁰ Article 65 al. 1 du CPP.

⁴¹ Loi camerounaise anti-terroriste de 2014

⁴² Article 54 alinéa 1 CP

⁴³ Alinéa 1 de l'article 55 CP

⁴⁴ Article 55 (3) CP

⁴⁵ Article 2 alinéa 1 de la loi de 2014.

L'adaptation de la justice pénale aux contextes nouveaux postule l'intégration du juge dans ce processus de contextualisation des solutions juridiques face aux nouvelles réalités sociales. Tout en demeurant dans la foi de l'interprétation stricte de la loi pénale, le juge ne saurait plus être seulement « *la bouche qui dit la loi* ». C'est toute la problématique de spécialisation des personnels de la justice et du juge répressif en particulier qui est ainsi mise en exergue. La spécialisation des juges consiste en une attribution du contentieux d'une certaine nature à un juge spécifique en raison de la technicité, de la complexité inhérente à ce contentieux⁴⁶. La spécialisation est perçue comme l'un des moyens de mettre en œuvre une justice efficace et de qualité, compte tenu de la complexité et la technicité de certaines affaires. La question se pose dans les milieux judiciaires avec de plus en plus d'acuité. Le législateur camerounais semble avoir été convaincu par les vertus de cette technique. Aussi a-t-il pris l'option de spécialiser les juges dans certaines matières criminelles jugées particulièrement complexes. C'est le cas notamment du juge des infractions de détournement de deniers publics d'un montant supérieur à 50 000 000⁴⁷. Contentieux qui a été confié exclusivement aux juges du Tribunal Criminel Spécial. Au regard des avantages généralement présentés par cette technique, il semble impérieux qu'elle s'étende en matière de terrorisme si l'on veut relever les nombreux défis de la législation antiterroriste. Il est permis de soupçonner que le législateur a implicitement rejoint l'école de la spécialisation à travers la consécration de la compétence exclusive du contentieux des actes terroristes au Tribunal militaire. Si tel était le cas, l'avancée ne peut occulter l'insuffisance qui relègue cette spécialisation uniquement au niveau purement juridictionnel. En effet l'exclusivité de dévolution de compétence ne s'attache pas aux matières qui pourraient être soumises au juge militaire, mais uniquement au type de juridiction compétente. Le juge militaire reste bien entendu également compétent pour connaître d'un grand éventail de contentieux qui peuvent être de nature à atténuer l'efficacité de cette belle déclaration. Le juge militaire ayant manifestement été constitué juge anti-terroriste au Cameroun, nous appelons de nos vœux que les pouvoirs publics peaufinent leur œuvre à travers des mesures d'accompagnement relatives à la formation du personnel judiciaire concerné. La

⁴⁶ RUBIS-CAVAGNA (E.), « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC*, 2008, p. 23 ; POTASKIN (T.), « La poursuite du processus de spécialisation de la justice pénale. (Commentaire des articles 22, 23 et 24 de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles », *Dalloz* 2012, p. 452 ; SPENER YAWAGA, « La poursuite du processus de spécialisation de la justice pénale en matière de détournement des deniers publics : A propos de la loi portant création du Tribunal criminel spécial et des textes subséquents », *Juridis-Périodique* n° 90, 2012, p. 41-64.

⁴⁷ MEBU NCHIMI (J. C.), « Fallait-il créer un Tribunal Criminel Spécial au Cameroun ? ».

solution pourrait davantage être efficace si elle permettait la création d'une section spéciale avec un Ministère Public et un greffe spécialisé en plus de juge antiterroriste.

2- La nécessité de consolider l'idée du procès équitable

Page | 537

Toute mise en œuvre des règles de droit pénal est gouvernée par une idée maitresse 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 protéger. On ne doit jamais perdre de vue que la finalité est la recherche de la vérité. Le principe général qui matérialise le mieux cette idée est le principe d'équité dont des déclinaisons telles que la présomption d'innocence, l'impartialité, la publicité, les droits de défense ne sont que des aspects. D'une manière générale, il y a lieu de signaler le spectre d'une grave menace à ce principe cardinal de la justice pénale à plusieurs points de vue ; des écueils qu'il y'aura lieu d'éviter tout au long du processus de mise en œuvre de cette nouvelle législation.

La présomption d'innocence constitue à première vue l'aspect le plus exposé du principe d'équité au regard des dispositions de la nouvelle loi, si on s'en tient non seulement à la durée de la garde à vue, mais aussi au pouvoir de prorogation reconnu au commissaire du gouvernement⁴⁸. Il convient dès lors de souligner que, les droits du gardé à vue tels qu'aménagés par le Code de procédure pénale ne doivent en aucun cas être ignoré du moment où ils ne présentent aucune incompatibilité avec la nouvelle loi. La sauvegarde du droit à un traitement humain du suspect notamment avec toutes les incidences qui s'ensuivent relève de la gageure, au regard des tensions et colères qui entourent les actes de terrorisme. Il en va de même du droit à la santé physique et morale ; du principe du contradictoire qui convoque entre autres le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à l'information et le droit à un délai raisonnable pour la préparation de la défense. Toutes ces mesures sont destinées à prémunir le suspect contre l'usage arbitraire des moyens de contrainte placés entre les mains de son adversaire. Car convient-il de le rappeler, le Ministère Public est partie principale au procès pénal. La faculté de prorogation illimitée de la garde à vue lui confère de la sorte un pouvoir de « sanction » comparable au moins à celui de la détention provisoire qui lui a été en principe retiré dans le cadre de la procédure ordinaire. Les autorités chargées de l'application de cette loi sont à cet égard, interpellées quant à la dextérité avec laquelle ils devront

⁴⁸ Article 11 de la loi de 2014

rechercher le juste équilibre entre les aspects extrêmement répressifs et la préservation des acquis dans la quête de l'idéal d'un Etat de droit.

Le principe d'impartialité semble également pouvoir prendre un coup à travers l'application des dispositions de l'article 12 de la loi de 2014. En effet, la nécessité de garantir à tout citoyen un traitement sans parti pris, justifie bien que le législateur ait encadré la procédure des mécanismes pouvant garantir l'impartialité dans tout le processus. La diversification des fonctions judiciaires assurées par des magistrats différents participe justement de ces garanties offertes aux citoyens susceptible d'être poursuivi à tort même pur des motifs souvent les plus graves⁴⁹. L'intérêt de cette diversification/séparation s'en trouve davantage accru ici au regard de la sévérité des sanctions encourues. Or c'est justement cette garantie d'équité que le législateur de 2014 s'est proposé de réaménager à travers la suppression de la phase d'instruction. Ce qui appelle nécessairement un surcroît de minutie et un sens supplémentaire d'objectivité de la part du juge de jugement qui, dans le cadre des procédures en matière de terrorisme devra lui-même mettre l'affaire en état de jugement avant de juger. C'est donc le lieu d'établir, considérant le caractère déterminant de la fonction d'instruction en cas de crime, que si le législateur a supprimé la phase d'instruction, la fonction d'instruction en elle-même demeure. Sa mise en œuvre est donc dans le cadre de cette loi dévolue au juge de jugement qui devra ainsi cumuler les fonctions d'instruction et celle de jugement. Cela constitue une reculade du temps du Code d'instruction criminelle qui n'avait pas consacré le principe de séparation de fonction de justice répressive. Et pourtant, le code de procédure pénale actuel a consacré ce principe. En plus étant donné qu'on doit instruire à charge ou à décharge, il y'a de forte probabilité que l'instruction se fasse uniquement dans le sens que le juge de jugement voudra bien juger. S'il son objectif est de condamner le délinquant, il instruira uniquement à charge.

Conclusion

En définitive, l'on note que pendant le jugement d'une infraction terroriste, plusieurs mécanismes entrent en jeu. Ces mécanismes diffèrent du droit commun. C'est pour cela qu'on les a qualifiés de défiances du jugement en matière terrorisme. Ces défiances sont perçues essentiellement dans le fait que le législateur de 2014 ait donné compétence exclusive au tribunal

⁴⁹ Voir, MEBU NCHIMI (J. C.), « Le procureur de la République « décoiffé » de sa casquette de magistrat instructeur », in TCHAKOUA (J. M.), *Les nouvelles tendances de la procédure pénale*, Vol 1, PUA, 2007.

militaire dès lors qu'il s'agit du contentieux terroriste. Ceci ne va pas sans conséquences. Cela pose au moins un problème qui est celui de la spécialisation du juge. Si l'on entend régler efficacement la criminalité du terrorisme, cela passerait entre autres par la formation des magistrats en matière de terrorisme.



La tierce opposition en droit de l'arbitrage OHADA*The third party opposition in OHADA arbitration*

Par :

Dr NYANDA MKAMWA Williams

Chargé de cours à la FSJP/UY II Soa – Cameroun

Page | 540

Résumé :

Bien qu'elle ne soit pas susceptible d'opposition la sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage ad hoc ou dans le cadre d'un arbitrage effectué sous le règlement de la CCJA peut faire l'objet d'une tierce opposition. Il s'agit d'une voie de recours extraordinaire exercée par une personne qui n'était ni partie, ni représentée pendant la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, dont l'objectif est de faire prendre en compte son intérêt qui a été lésé par l'arbitre de droit ou l'amiable compositeur. Elle conduit ainsi à un réexamen des faits, dans la mesure où l'on statue de nouveau sur les faits et sur le droit. En droit OHADA, la tierce opposition en matière d'arbitrage obéit à un régime partiellement dual. Selon qu'il s'agit d'un arbitrage ad hoc ou de l'arbitrage CCJA, l'on note quelques disparités relatives aux conditions d'exercice de cette voie de recours extraordinaire, même-si les effets qui en découlent sont identiques.

Mots-clés : Tierce opposition, Arbitrage OHADA.

Abstract:

Although it is not normally subject to opposition, arbitral awards from an ad hoc arbitration or an award delivered with respect to the rules of the CCJA can be subject to third party opposition. This is an extraordinary means of recourse exercised by someone who was neither a party nor represented at the time of establishment of the arbitration agreement but whose interests have been jeopardized either by the regular legal arbitrator or by the arbitrator who sits as amicable constitutor. This will lead to the reexamination of the facts such that proceedings will begin anew on the facts and the law. Under OHADA Law, third party opposition is governed by regime that is partly dual in nature. Depending on whether it is an ad hoc arbitration or arbitration under the CCJA, one can identify a number of disparities relating to this extraordinary means of recourse, even though the resultant effects are identical.

Key words: Third party opposition, OHADA arbitration.

Introduction

Bien qu'elle ne soit ni susceptible d'appel, ni de pourvoi ou encore d'opposition, la sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage ad hoc ou dans le cadre d'un arbitrage effectué sous le règlement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) peut au moins faire l'objet d'un recours en annulation, d'un recours en révision et d'une tierce opposition¹. L'admission de ces seules voies de recours, considérées en matière civile et commerciale, comme des voies de recours extraordinaires, à l'exception du pourvoi², sied à la nature contractuelle de l'arbitrage. En effet, l'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends contractuels aux côtés de la conciliation, de la médiation et du mini-trial³, qui a pour fondement juridique un contrat spécial⁴ à travers lequel les parties au litige investissent un « juge privé » de la compétence de connaître leur différend et oriente l'office de ce dernier. L'autonomie de la volonté des parties à la convention d'arbitrage les oblige à accepter la sentence arbitrale, à moins qu'elles ne soient de mauvaise foi, et de ne la contester que lorsqu'il y a une atteinte à l'ordre public ou aux principes régissant l'arbitrage (cas du recours en annulation), lorsqu'il y a l'apparition d'un fait nouveau (cas du recours en révision), ou lorsqu'il y a un tiers à la convention d'arbitrage qui subit un préjudice du fait de celle-ci (cas de la tierce opposition). Dans cette dernière hypothèse, ce n'est

¹ Article 25 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage (AUA), et les articles 29-33 du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) du 23 novembre 2017.

² Barreau du Cameroun, « Les voies de recours en matière civile », Programme de formation des avocats stagiaires pour le second semestre, conférence de stage du 23 avril 2016, *inédit* p. 4. En effet, sont considérées comme voies de recours ordinaires : l'opposition et l'appel. Les autres voies de recours sont considérées comme extraordinaires.

³ Selon le *Lexique des termes juridiques* (GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (s/dir.), 2017-2018, Dalloz, 25^{ème} Edition, en droit processuel, la conciliation est tout processus structuré, indépendamment de toute clause d'un contrat, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles ; ce tiers peut être un conciliateur de justice. (cf. « conciliation conventionnelle »). La médiation est « tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs personnes tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers dénommé médiateur, qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence » (cf. « Médiation/Médiation conventionnelle »). Le mini-trial quant à lui, n'est pas défini par ledit Lexique. Il désigne une procédure d'origine américaine destinée à résoudre des litiges commerciaux qui se veut hybride dans la mesure où elle est constituée d'un arbitrage aux effets non obligatoires et d'une transaction qui s'apparentent à une médiation.

⁴ BELIBI (J.), « L'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels » ERSUMA OHADA, Formation des magistrats, arbitres et avocats, Thème ; « La pratique des modes alternatifs de règlement des différends dans l'espace OHADA », conférence du 09 au 11 septembre 2013, *inédit*, p. 1.

pas une partie à la convention d'arbitrage qui exerce ce recours, mais un tiers à celle-ci, d'où la distinction fondamentale entre l'opposition et la tierce opposition⁵.

Aux termes de l'article 217 du Code de procédure civile et commerciale du Cameroun du 16 décembre 1954 : « une partie peut former une tierce opposition à un jugement qui préjudicie ses droits, et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ». Il s'agit d'une voie de recours extraordinaire ouverte à tous les tiers ou ceux dont ils sont mandataires quand ils sont lésés ou même simplement menacés d'un préjudice par l'effet d'un jugement auquel ils sont restés étrangers⁶. On distingue la tierce opposition principale et la tierce opposition incidente. Elle est dite principale lorsqu'une personne non engagée dans un procès assigne le vainqueur du procès devant la juridiction qui a statué ; elle est dite incidente lorsqu'au cours d'un procès déjà engagé, un plaideur à qui on oppose un jugement qui porte atteinte à ses droits, décide de faire opposition audit jugement⁷.

En l'absence d'une définition de cette voie de recours pourtant consacrée en droit de l'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), par l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'Arbitrage (AUA) et le règlement d'arbitrage CCJA, la tierce opposition se définit ici comme une voie de recours extraordinaire exercée par une personne qui n'était ni partie, ni représentée pendant la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, dont l'objectif est de faire prendre en compte son intérêt qui a été lésé par l'arbitre de droit ou l'amiable compositeur. Etant consacrée par ces deux fondements juridiques de l'arbitrage en droit OHADA, peut-on, dès lors, affirmer que la tierce opposition à une sentence arbitrale en droit OHADA (arbitrage ad hoc ou arbitrage CCJA), est soumise aux mêmes règles juridiques ? L'occasion nous est ainsi offerte d'analyser en profondeur cette voie de recours dont on parle moins en matière d'arbitrage OHADA. L'intérêt de notre analyse se veut par conséquent, à la fois théorique et pratique, parce qu'elle permettra d'édifier tant les théoriciens que les praticiens du droit sur les spécificités du régime juridique de la tierce opposition en droit de l'arbitrage OHADA.

⁵ En droit judiciaire privé, l'opposition est une voie de recours ayant pour effet de permettre à l'une des parties absentes au moment du procès, de contester la décision de justice rendue par défaut (cf. article 65 du Code de procédure civile du Cameroun du 16 décembre 1954).

⁶ Barreau du Cameroun, « Les voies de recours en matière civile », *op cit.* P. 21.

⁷ LARGUIER (J.), *Procédure civile, Droit judiciaire privé*, 12^{ème} Edition, mémentos Dalloz, p : 117.

Pour y parvenir, il nous semble opportun de procéder au constat et à la démonstration selon lesquels, selon qu'il s'agit d'un arbitrage ad hoc ou de l'arbitrage CCJA, l'on note quelques disparités relatives aux conditions d'exercice de cette voie de recours extraordinaire (I), même-si les effets qui en découlent sont identiques (II).

I- UNE VOIE DE RECOURS EXTRAORDINAIRE AUX CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DUALES

La question du rapport existant entre les normes de l'arbitrage définies par l'AUA et celles définies par le règlement d'arbitrage CCJA exige de notre part, de prime à bord, de constater que l'AUA a une valeur législative, il constitue la loi des Etats parties de l'OHADA et de ce fait, régit l'arbitrage de droit commun⁸. Le règlement CCJA par contre, a une valeur purement contractuelle, la CCJA étant un centre d'arbitrage « public » par opposition aux centres d'arbitrage privés⁹.

A la lecture de l'AUA et du règlement d'arbitrage CCJA, il est automatique de se rendre à l'évidence que les conditions de la tierce opposition à une sentence arbitrale ad hoc et CCJA, sont disparates. En effet, la compétence juridictionnelle en matière de tierce opposition n'est pas identique ; le législateur OHADA au travers de l'AUA a choisi de déroger aux règles de droit judiciaire privé applicables à la compétence juridictionnelle en matière de tierce opposition, alors que le Règlement CCJA demeure dans cette logique (A). En outre, les modes de saisine de la juridiction compétente et la nécessité de recourir au ministère d'avocat ne nous semblent pas également identiques (B).

A- De la compétence juridictionnelle en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale en droit OHADA

La tierce opposition est avant tout une voie de rétractation de la décision de justice, c'est-à-dire, une voie de recours qui s'exerce devant la juridiction qui a rendu la décision contestée, pour lui demander de la rapporter et de statuer à nouveau en fait et en droit¹⁰. Certes elle peut donner lieu à une réformation de la décision concernée, mais cette hypothèse n'est réservée qu'à l'hypothèse où la tierce opposition est exercée de manière incidente et ce, devant une juridiction

⁸ POUGOUE (P. G.) (s/dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p : 84.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (s/dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, voir « rétractation » (procédure civile). C'est également le cas du recours en révision et de l'opposition.

supérieure à celle ayant rendu la décision concernée. C'est dans ce même ordre d'idée que l'AUA dans sa version du 11 mars 1999 prévoyait que la tierce opposition devait être exercée « devant le tribunal arbitral »¹¹, ce qui n'est plus cas depuis la révision de 2017 (1). Or selon le règlement d'arbitrage CCJA, la tierce opposition s'exerce devant la CCJA (2).

1- Arbitrage ad hoc : la juridiction nationale compétente selon la nature du litige objet d'arbitrage

« La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'Etat partie qui eut été compétente à défaut d'arbitrage ... », dispose l'AUA en son article 25(4). Autrement-dit, c'est la juridiction de droit commun qui connaît de la tierce opposition à une sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un arbitrage ad hoc. Le tiers opposant est tenu de se référer non pas à la convention d'arbitrage ou à la clause compromissoire, mais à la loi relative à l'organisation judiciaire de l'Etat dans lequel l'arbitrage s'est déroulé. Selon les termes de l'article 25(4) de l'AUA, l'on peut se demander si la compétence juridictionnelle est fonction de la nature et de la valeur du préjudice subi estimé par le tiers opposant, ou cette compétence est-elle fonction de la nature du litige ayant donné originairement lieu à l'arbitrage de droit ou à l'amiable composition. Mais il nous semble que la pensée du législateur communautaire est assez claire ; il s'agit de la juridiction compétente « à défaut d'arbitrage ». Sur ce fondement, l'on peut valablement affirmer qu'il s'agit de la juridiction compétente en fonction non pas de la nature de la réclamation du tiers opposant, mais de celle du litige qui a été préalablement soumis à l'arbitre. A titre d'exemple si la convention arbitrale porte sur un litige relatif à une inexécution contractuelle évaluée à 12 000 000 F CFA, et que la réclamation du tiers opposant est estimée par ce dernier à 3 000 000 F CFA, celui-ci devra saisir la chambre civile et commerciale du TGI du lieu d'exécution dudit contrat ; au lieu de saisir la chambre civile et commerciale du TPI du lieu d'exécution de ce contrat¹². Le tiers opposant est appelé à soumettre sa cause devant la juridiction qui aurait rendu le jugement ayant lésé ses intérêts, si les parties au litige n'avaient pas choisi de recourir à l'arbitrage.

¹¹ Article 25(4).

¹² Ce raisonnement se fonde sur les dispositions de la loi camerounaise n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire qui attribue la compétence au TPI pour connaître des différends civils et commerciaux dont le montant de la demande est inférieur ou égal à 10 000 000 F CFA (article 15(1b)), et au TGI lorsque ces litiges sont d'une valeur supérieure à 10 000 000 F CFA (article 18(1 b)).

Ce choix du législateur communautaire n'est certainement pas anodin. Si le législateur a fait le choix de dessaisir le tribunal arbitral de la compétence en matière de tierce opposition, cela exige tout au moins que l'on s'interroge sur les motivations de celui-ci. A priori l'on peut être tenté de condamner le choix opéré par le législateur communautaire. Il est fortement plus avantageux qu'une action en tierce opposition, qu'elle soit principale ou incidente, soit connue par la juridiction ayant précédemment examiné les faits. Cela a le mérite de garantir la célérité, voir l'efficacité de la procédure de tierce opposition, car la mission du juge consistera, après s'être rassuré de la qualité et de l'intérêt à agir du tiers opposant, à prendre en compte le fait nouveau dans sa nouvelle appréciation des faits et à procéder à la rétractation ou à la reformation de la sa première décision.

Cependant, le choix du législateur communautaire peut se comprendre d'un point de vue pratique et d'un point de vue juridique. En effet il peut arriver qu'il soit difficile de reconstituer à nouveau le même tribunal arbitral dont la sentence fait l'objet de tierce opposition. Au lieu de procéder à la constitution d'un nouveau tribunal comme c'est le cas dans le cadre de l'arbitrage CCJA, dans le cadre du recours en révision¹³. D'un point de vue essentiellement juridique, l'on peut voir en cela la volonté ferme du législateur OHADA d'apporter des limites à la *déjuridictionnalisation* de l'arbitrage dans l'espace OHADA¹⁴. La *déjuridictionnalisation* est un mécanisme juridique à travers lequel des compétences sont retirées au juge pour désormais être attribuées à d'autres autorités¹⁵. La *déjuridictionnalisation* peut être une conséquence de la *déjuridiciarisation* qui se définit comme le fait de dessaisir un le juge judiciaire, une juridiction d'une compétence non juridictionnelle qui lui est reconnue. C'est le cas notamment d'une procédure qui auparavant nécessitait l'intervention du greffe, qui est désormais accomplie devant un officier d'état civil¹⁶. L'arbitrage en tant que justice privée est non seulement une matérialisation de la *déjuridiciarisation* en ce qu'elle se déroule sans l'intervention d'un organe d'une juridiction étatique, mais également une illustration de la *déjuridictionnalisation*, parce que le juge judiciaire est remplacé par l'arbitre. Dans la logique de la *déjuridictionnalisation* parfaite, l'ensemble du procès arbitral, échappe à la compétence des juridictions étatiques ; même les voies

¹³ Voir à ce sujet l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CCJA du 23 novembre 2017.

¹⁴ Voir à ce sujet : MASSONGO BENGA (C. H.), *La déjuridiciarisation de l'arbitrage OHADA*, Thèse de Doctorat en droit privé, université de Perpignan Via Domitia, 2019.

¹⁵ MASSONGO BENGA (C. H.), *La déjuridiciarisation de l'arbitrage OHADA*, *op cit* ; p. 17.

¹⁶ *Ibid.*

de recours sont exercées par les juridictions arbitrales. La compétence reconnue à la juridiction de droit commun en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale dans l'arbitrage ad hoc en droit OHADA témoigne de la volonté du législateur communautaire à apporter des limites à l'arbitrage en tant que justice privée, ceci afin de protéger le tiers lésé par la convention d'arbitrage. Il est légitime de se livrer à la suspicion des parties qui, lorsqu'elles sont de mauvaise foi, peuvent volontairement léser les intérêts de certaines personnes, et associer malheureusement l'arbitre à cette mauvaise manœuvre.

L'arbitrage expose à certains dangers dus au mauvais usage de l'autonomie de la volonté reconnue aux parties, notamment le risque de blanchiment de capitaux, la corruption de l'arbitre par les parties portant ainsi atteinte à son intégrité, son impartialité...¹⁷. C'est ce qui justifie également l'existence des voies de recours telles que le cours en annulation et le recours en révision. Bien que ces voies de recours soient reconnues en matière d'arbitrage CCJA, la procédure de tierce opposition, comme celle applicable aux autres voies de recours, ici demeure connue par cette haute juridiction communautaire.

2- Arbitrage CCJA : la CCJA

Au terme de l'article 33 du Règlement d'arbitrage CCJA : « La tierce opposition contre les sentences arbitrales est portée devant la cour » ; c'est le cas également de la tierce opposition exercée contre les arrêts de cette juridiction. Le législateur communautaire marque ainsi clairement le choix opposé qu'il fait, en accordant la compétence à la CCJA en matière d'arbitrage et de contentieux de manière générale. Pourquoi n'a-t-il pas renvoyé cette compétence au juge compétent dans chaque Etat partie, tel qu'il l'a fait en matière d'arbitrage ad hoc ? Cette question trouve certainement des éléments de réponse au regard de la nature de la CCJA, haute juridiction communautaire compétente en matière d'application du droit OHADA¹⁸.

En effet, dans l'espace OHADA la CCJA est le degré de juridiction le plus élevé, c'est une forme de cour suprême communautaire. Sa compétence en matière de tierce opposition et autres

¹⁷ IENG (A.), « La transparence de la justice arbitrale », Ohadata D-11-9, p. 19

¹⁸ Selon l'article 13 du traité portant création de l'OHADA du 17 octobre 1993 révisé le 17 octobre 2008, la CCJA est compétente pour connaître du «contentieux relatif à l'application communes du traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions ». L'article 14(1) du même texte dispose que : «La CCJA assure l'interprétation et l'application communes du traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions ».

voies de recours extraordinaires se justifie non pas seulement en sa qualité de juridiction ayant préalablement rendue la décision faisant objet de recours, mais aussi et surtout en sa qualité de dernier degré de juridiction. Qu'il s'agisse de l'arbitrage CCJA ou de l'arbitrage ad hoc, c'est la CCJA qui est compétente en matière de recours en annulation exercé contre les sentences arbitrales. Cependant, il est important de préciser que dans le cadre d'un arbitrage ad hoc, le recours en annulation ne peut être exercé devant la CCJA que lorsque la juridiction compétente dans l'Etat partie concerné n'a pas statué dans les trois mois de sa saisine¹⁹. La compétence de la CCJA demeure incontestée en la matière, dans la mesure où, lorsque la juridiction compétente au sein de l'Etat partie aura statué relativement à un recours en annulation, la décision de celle-ci ne peut être susceptible que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA²⁰. Etant une juridiction de cassation, les sentences arbitrales rendues par la CCJA, dans le cadre de l'arbitrage CCJA doivent effectivement faire l'objet de tierce opposition seulement devant la CCJA.

Une telle affirmation s'inspire du régime juridique de la tierce opposition en droit camerounais. Selon l'article 219 du Code de procédure civile du Cameroun, la tierce opposition principale doit être exercée devant la juridiction qui a rendu la décision ; lorsqu'il s'agit d'une tierce opposition incidente, c'est la juridiction qui connaît de l'affaire qui est compétente à condition qu'elle soit égale ou supérieure à celle qui a rendu la décision. Autrement-dit, il n'est pas logique d'exercer une tierce opposition fut-elle incidente, auprès d'une juridiction inférieure à celle qui a rendu la décision ayant lésée l'intérêt d'un tiers. Ce raisonnement est également valable en matière de tierce opposition contre les sentences arbitrales. Il n'est pas concevable qu'une sentence arbitrale rendue par une juridiction suprême au plan communautaire, fasse l'objet de tierce opposition devant une juridiction nationale, même s'il s'agit de la juridiction nationale la plus élevée. Par ailleurs, en se fondant sur l'article 13 du traité portant création de l'OHADA, le tiers opposant insatisfait à l'occasion d'une sentence arbitrale, peut saisir la CCJA à cet effet. Il faut aussi préciser que dans le cadre de l'arbitrage CCJA, un tribunal arbitral est mis sur pied pour le litige, mais la sentence arbitrale rendue par ce tribunal est au préalable analysée par la CCJA, avant qu'elle ne soit rendue par ledit tribunal arbitral. A l'occasion de cet examen préalable, la

¹⁹ Article 27(2) de l'AUA. La partie qui sollicite cette annulation doit exercer son action au plus tard 15 jours après l'expiration du délai de 03 mois à compter de la saisine de la juridiction compétente au sein de l'Etat partie concerné. La CCJA dispose de 06 mois à compter de sa saisine, pour statuer.

²⁰ Article 25 (3) AUA.

CCJA peut attirer l'attention du tribunal arbitral sur des modifications de pure forme, sur d'éventuels oublis... sans pouvoir toutefois proposer une solution au fond du litige²¹. Toujours est-il que cet examen préalable permet à la CCJA de s'approprier la sentence arbitrale qui sera rendue et par conséquent d'être mieux outillée pour connaître de la tierce opposition exercée contre celle-ci.

La dualité de la compétence en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale est renchérie par la dualité du régime juridique de la saisine de chacune de ces juridictions aux fins d'une tierce opposition, et également de la nécessité de s'y faire représenter par un avocat.

B- De la saisine et du ministère d'avocat en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale en droit OHADA

Alors que le règlement CCJA est plus explicite sur les modalités de saisine de la CCJA aux fins d'une tierce opposition, l'AUA, qui constitue pourtant le droit commun de l'arbitrage en droit OHADA se veut assez silencieux (1). Ce constat est également valable au sujet de la nécessité de recourir au ministère d'avocat dans le cadre de l'exercice de cette voie de recours extraordinaire (2).

1- De la saisine

Face au silence de l'AUA sur le mode de saisine de la juridiction compétente en matière de tierce opposition rendue contre une sentence arbitrale, nous percevons la prudence dont fait montre le législateur communautaire, qui a déjà pris le soin de désigner la juridiction qui aurait été compétente à défaut d'arbitrage pour connaître de la tierce opposition exercée contre la sentence qui en découle. Certes il s'agit d'une lacune qui était déjà présente dans l'AUA du 11 mai 1999, car bien que le législateur communautaire désignait le tribunal arbitral comme juridiction compétente pour connaître de la tierce opposition à la sentence arbitrale précédemment rendue²², il est resté muet sur le mode de saisine de celui-ci. Cette lacune peut s'avérer réduite aujourd'hui dans la mesure où, ayant donné compétence à la juridiction nationale de droit commun compétente à défaut d'arbitrage, celle-ci sera saisie conformément à ce que prévoit la législation nationale. Il s'agira donc d'une requête, ou d'une demande en assignation selon les dispositions de la loi

²¹ Voir à ce sujet l'article 23 du règlement CCJA relatif à l'arbitrage.

²² Article 25(4).

nationale. Au Cameroun, à titre d'illustration, lorsqu'il s'agira d'une tierce opposition principale à une sentence arbitrale, le tiers opposant est de procéder par demande en tierce opposition auprès de la juridiction. Lorsqu'il s'agira d'une tierce opposition incidente le tiers opposant devra agir par le canal d'une requête²³. Le tiers opposant devra aussi pouvoir se conformer aux délais prévus pour l'exercice de cette voie de recours le cas échéant, lorsque la loi nationale en a prévu²⁴.

Dans le cadre de l'arbitrage institutionnel CCJA, la tierce opposition à une sentence arbitrale est exercée devant la CCJA par le canal d'une demande en tierce opposition, l'article 47 du règlement de procédure devant la CCJA auquel fait renvoi l'article 33(2) du règlement d'arbitrage CCJA, ne distingue pas selon qu'il s'agit d'une tierce opposition principale ou incidente. Cette demande est formée contre toutes les parties à la sentence arbitrale. Le règlement d'arbitrage CCJA ne prévoit pas un délai d'exercice de la tierce opposition ; cette voie de recours peut donc être exercée à tout moment, même si elle peut se heurter aux droits acquis du fait de la sentence arbitrale.

L'AUA constitue le droit commun de l'arbitrage OHADA, l'absence de précision de délai applicable à l'action à la tierce opposition contre une sentence arbitrale devrait conduire à affirmer qu'à défaut de délais prévus par la loi nationale de l'Etat partie concerné, cette action est soumise à la prescription de droit commun applicable à l'action civile dans chaque Etat partie. Ce délai de droit commun devrait aussi être appliqué à l'arbitrage CCJA conformément au caractère d'exception des règles régissant l'arbitrage CCJA. Ce silence contenu dans ces différents textes est malheureusement source d'une profonde insécurité juridique surtout en matière d'arbitrage. Il peut s'avérer difficile pour le tiers opposant de s'engager à exercer sa tierce opposition face à ce silence de la loi, lorsqu'on sait que l'obligation de recourir à un avocat en la matière fait également l'objet d'une imprécision.

2- De la nécessité du ministère d'avocat

Alors que le règlement de procédure CCJA fait du ministère d'avocat en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale une nécessité, un impératif, l'AUA demeure muet à ce sujet.

²³ En effet c'est qui ressort des dispositions de l'article 217 du Code de procédure civile du Cameroun.

²⁴ Le Code de procédure civile du Cameroun est muet à ce sujet.

« Le ministère d'Avocat est obligatoire devant la cour », dispose l'article 23(1) du Règlement de procédure CCJA. « Lorsqu'un avocat se trouve exclu d'une procédure (du fait de son comportement ayant porté atteinte à la dignité de la cour), celle-ci est suspendue jusqu'à expiration d'un délai fixé par le président afin de permettre à la partie intéressée de désigner un autre Avocat »²⁵. Ces différentes exigences s'appliquent à toutes actions exercées devant la CCJA, aux différents recours contre les sentences arbitrales conformément à l'article 47 du règlement d'arbitrage CCJA. Elles attestent du caractère indispensable du ministère d'avocat dans l'exercice d'une action en tierce opposition contre une sentence arbitrale. Le tiers opposant se doit de se faire accompagner et surtout représenter par un Avocat ou toute personne à laquelle cette qualité est reconnue dans un Etat membre de l'OHADA, en lui donnant un mandat spécial à cet effet. Il revient à l'avocat de rapporter la preuve de sa qualité et d'établir aussi celle du mandat qui lui permet de représenter le tiers opposant²⁶.

Quant à l'arbitrage de droit commun, le silence du législateur communautaire relatif à la nécessité du ministère d'Avocat est certainement dû au renvoi de la compétence en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale aux juridictions nationales des Etats membres. Ce ministère sera obligatoire si la loi de l'Etat partie concerné l'exige ; le tiers opposant pourrait ainsi établir personnellement le préjudice qu'il subit du fait de la sentence arbitrale, devant le tribunal compétent au sein de l'Etat partie concerné. Au Cameroun, il est difficile de répondre de manière tranchée à la nécessité ou non du ministère d'avocat en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale. Le Code de procédure civile camerounaise n'en fait pas une exigence, mais ne l'interdit pas aussi. Il ne nous reste plus qu'à nous référer aux dispositions générales de l'article 2 de ce Code de procédure civile qui dispose qu' : « en matière civile ou commerciale, les parties pourront, devant toutes les juridictions agir et se défendre elles-mêmes, verbalement ou par le ministère d'avocats-défenseurs ». Les parties pourront recourir à des représentants autres que des avocats-défenseurs lorsqu'il y aura moins de deux avocats dans une circonscription constituant le siège d'un tribunal, ou lorsque le nombre d'avocats s'avèrera insuffisant par rapport à la densité des sollicitations²⁷. Cette formule ne confère malheureusement pas un caractère impératif à cette

²⁵ Article 23(1) du règlement de procédure CCJA.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Article 2 (suite).

disposition ; le tiers opposant peut ainsi exercer son action sans se faire représenter par un avocat ou un conseil.

Ce renvoi aux législations nationales ne demeure pas moins une source d'insécurité judiciaire²⁸ ; toute chose qui peut décourager les investisseurs étrangers à s'établir dans le monde des affaires de l'espace OHADA. Il est urgent de procéder à une harmonisation des procédures judiciaires relatives aux voies de recours contre les sentences arbitrales exercées devant les juridictions nationales.

Malgré ces nombreuses disparités, la tierce opposition exercée contre une sentence arbitrale rendue en amiable composition ou en arbitrage de droit dans le cadre d'un arbitrage ad hoc ou d'un arbitrage CCJA, concourt à l'atteinte du même résultat.

II- UNE VOIE DE RECOURS EXTRAORDINAIRE AUX NOMBREUX EFFETS

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'office du « juge » en matière de tierce opposition contre une sentence arbitrale demeure le même (A); ceci au regard de la portée de la tierce opposition en tant que voie de recours spécifique intentée contre une sentence arbitrale (B)

A- L'office du juge en matière de tierce opposition à une sentence arbitrale en droit OHADA

L'analyse du bien fondé de l'action du tiers opposant impose à la CCJA ou au juge national de poser un certain nombre d'actes concourant à l'efficacité de la décision qui en découlera. Il est indispensable de procéder à des vérifications préalables (1), avant de procéder au réexamen total ou partiel de la sentence arbitrale (2).

1- La vérification préalable de la non participation de la partie lésée au procès et du préjudice subi à cet effet

Selon l'article 47(2) du règlement de procédure de la CCJA, toute demande en tierce opposition doit obligatoirement préciser la sentence arbitrale à laquelle le tiers fait opposition, indiquer en quoi celle-ci porte atteinte à ses droits et indiquer les raisons pour lesquelles il n'a pas

²⁸ Voir à ce sujet : MEYER(P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Ohadata D-06-50, Penant n°855*, p. 151. Alors que la sécurité juridique renvoie à l'harmonisation des lois, la sécurité judiciaire renvoie à l'harmonisation des procédures devant les juridictions de l'espace OHADA.

pu participer au déroulement de l'arbitrage ayant donné lieu à la sentence dont il fait opposition. C'est également ce à quoi le juge national se livre avant l'examen au fond du litige. Ces exigences permettent de se rassurer que le tiers opposant jouit effectivement de la qualité et de l'intérêt pour agir. Elles permettent de dissuader les tiers opposants de mauvaise foi en exigeant de leur part, d'établir la réalité du préjudice qu'ils ont subi du fait de la sentence arbitrale. Le préjudice dont il est fait mention ici ne doit pas seulement être éventuel ; il doit être certain. Sa réalisation ne doit pas faire l'objet d'un doute, cela sous-entend qu'il peut s'agir d'un préjudice actuel ou futur²⁹. Le caractère certain du préjudice est l'élément déterminant de la réparation sollicitée de la part de la CCJA ou du juge national.

Cependant notons qu'il est inopportun d'exiger au tiers opposant qu'il établisse de manière justifiée les raisons de son absence à l'arbitrage dont la sentence fait l'objet de tierce opposition. Cette exigence ne devrait pas s'appliquer à la tierce opposition à une sentence arbitrale car l'on comprend tout à fait pour quelle raison le tiers opposant n'a pas pris part au procès arbitral. N'étant pas partie à la convention d'arbitrage, il ne pouvait pas également être présent lors de la résolution du litige. L'arbitrage découle essentiellement des rapports contractuels ; un tiers au contrat n'est pas sensé intervenir dans le cadre d'un litige relatif à la mise en œuvre de ce contrat, conformément au principe de l'effet relatif des conventions³⁰. C'est ce qui peut expliquer que la tierce opposition en matière d'arbitrage soit peu fréquente, et qu'elle ne fasse pas l'objet d'abondantes analyses par la doctrine. L'idée de faire tierce opposition à une sentence arbitrale peut être considérée comme une utopie, pourtant elle constitue une véritable garantie de la protection des intérêts des personnes qui auraient dû être impliquées dans le processus de règlement d'un litige contractuel auquel elles ne sont certes pas partie, mais dont les intérêts ont été affectés par la décision ayant mis un terme à ce litige.

Ainsi en matière d'arbitrage, la juridiction qui est saisie d'une tierce opposition doit se rassurer que le tiers opposant a clairement fait mention de la sentence arbitrale à laquelle il fait opposition et a établi de manière incontestée le préjudice qu'il subit du fait cette sentence arbitrale. A cette étape de la procédure le juge peut apprécier la recevabilité de la tierce opposition. Les législations nationales peuvent prévoir des amendes pour les tiers opposants dont l'action est

²⁹LE TOURNEAU (Ph.), CADIET (L.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2000/200p. 317

³⁰ POUGOUE (P. G.) (s/dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., 2011, p : 84.

irrecevable pour défaut de qualité à agir ou encore pour défaut de preuve du préjudice subi du fait de la sentence arbitrale. Le Code de procédure civile camerounais a ainsi prévu une amende allant de 50 000F à 500 000F CFA, pour toute personne qui verra sa tierce opposition rejetée sans préjudice des dommages et intérêts qu'elle pourrait être tenue de payer à la parties contre laquelle la tierce opposition affectait les intérêts³¹, au regard de l'insécurité juridique dans laquelle les parties à la convention d'arbitrage se trouvent de nouveau, du fait du réexamen du litige.

2- Le réexamen total ou partiel du litige ayant fait l'objet d'arbitrage

En fonction du préjudice dont la preuve est établie, le juge national compétent ou la CCJA peut être appelé à procéder à un réexamen partiel ou total du litige. Tout dépend de l'étendue du préjudice subi. Si ce préjudice s'étend à tous les aspects du litige, l'on procèdera à un examen total du litige ; si par contre le préjudice subi découle seulement d'un aspect du litige, l'on procèdera à l'examen partiel de celui-ci. Afin de faciliter ce nouvel examen des faits, la juridiction saisie peut suspendre l'exécution de la sentence arbitrale faisant l'objet de tierce opposition. Il serait intéressant de savoir si ce réexamen des faits tient compte de la spécificité du litige ayant fait l'objet d'arbitrage. La nouvelle juridiction est-elle tenue de se limiter à la mission qui était préalablement assignée à l'arbitre ou à l'amiable compositeur par la convention d'arbitrage ou par la clause compromissoire ?

La réponse à cette question pourrait varier selon qu'il s'agit d'un arbitrage CCJA ou d'un arbitrage ad hoc. Dans l'arbitrage CCJA, il s'agit du prolongement de la procédure d'arbitrage au sein d'un même centre d'arbitrage. La CCJA statue comme le tribunal arbitral qui a préalablement rendu la sentence arbitrale ; ce tribunal arbitral fait partie intégrante du système de l'arbitrage institutionnel CCJA. Dès lors, la CCJA peut procéder au réexamen des faits en se limitant à la mission qui lui a été initialement confiée. Mais l'on peut se demander si en procédant ainsi, elle pourra tirer toutes les conséquences juridiques qui s'imposent du fait de la prise en compte des intérêts du tiers opposant.

Dans l'arbitrage ad hoc, la question ne se pose plus dès lors que nous savons que c'est la juridiction nationale de droit commun qui connaît de la tierce opposition. Celle-ci procèdera au réexamen du litige en se limitant essentiellement aux faits, en intégrant le tiers opposant comme

³¹Article 223.

une troisième partie au litige et en tirera toutes les conséquences juridiques qui s'imposent. C'est en cela que l'on peut apprécier la portée de la tierce opposition en droit de l'arbitrage OHADA.

B- La portée de la tierce opposition en matière d'arbitrage OHADA

Page | 555

Voies de recours extraordinaire, la tierce opposition dans son régime juridique actuel a le mérite de permettre une véritable substitution du juge étatique à l'arbitre (1). Elle va bien au delà de ce seul fait ; elle substitue la loi à la volonté des parties (2).

1- La substitution du juge étatique à l'arbitre

Malgré le principe de l'incompétence du juge étatique en matière d'arbitrage selon lequel l'arbitrage devrait échapper à la compétence du juge de l'Etat dans lequel il se déroule³², le régime juridique actuel de la tierce opposition en droit de l'arbitrage OHADA nous montre que des limites justifiées peuvent être apportées à ce principe. La substitution du juge étatique à l'arbitre est spécifiquement présente en matière de tierce opposition dans le cadre de l'arbitrage ad hoc. Lorsque la juridiction qui « eut été compétente à défaut d'arbitrage » connaît d'une tierce opposition, c'est le juge étatique qui statue. Celui-ci n'est nullement lié par la volonté des parties, il statue en l'espèce comme dans le cadre d'un litige de droit commun. Lorsqu'il s'agit d'une tierce opposition exercée contre une sentence mettant en exergue un élément d'extranéité, selon les spécificités de l'espèce le juge peut faire invoquer la loi du for, ou la règle de conflit. Le juge étatique est donc totalement affranchi de la volonté des parties ; d'ailleurs il n'est même pas tenu de consulter le contenu de la convention d'arbitrage ; sa décision est un jugement et non une sentence arbitrale.

L'on assiste à une résistance à la *déjuridictionnalisation* de l'arbitrage en droit OHADA, parce le législateur communautaire permet au juge étatique de grader un droit de regard sur le contenu des sentences arbitrales, surtout lorsque celles-ci ont lésé les intérêts des tiers. La crainte d'accorder une forte importance à l'arbitrage en tant que justice privée est belle et bien justifiée. Lorsque l'arbitre fait preuve de défaut d'intégrité, l'arbitrage constitue un danger d'une grande atteinte aux intérêts des tiers qui peuvent être volontairement exclus des conventions arbitrales par

³² BRAHMI NZOUAOUI (N.), «L'efficacité de l'arbitrage en Tunisie, lecture du code d'arbitrage et de la jurisprudence arbitrale (arrêts de la cour d'appel de Tunis rendus entre 2013 et 2018) », Revue d'arbitrage et de médiation, p. 120.

les parties de mauvaise foi³³. Rappelons que le monde des affaires est fortement constitué de capitalistes à outrance n'hésitant pas à recourir aux pratiques illicites pour faire croître leur santé financière. Le recours au juge étatique est également synonyme de recul de la volonté des parties.

2- La substitution de la loi à la volonté des parties à la convention arbitrale

Page | 556

Le juge étatique saisi d'une action en tierce opposition ne fera plus nécessairement application de la loi d'autonomie. Il s'agit là d'une évidence qui devient encore plus pertinente dans l'hypothèse où le juge a statué en amiable composition. Le bien fondé de l'amiable composition est de permettre à l'arbitre de fonder sa sentence sur l'équité et non sur la règle de droit. L'arbitrage en amiable composition est le moyen pour les parties au litige d'exiger de l'arbitre qu'il motive sa sentence arbitrale en équité de manière à lui permettre d'aboutir à une décision plus juste, plus équitable³⁴.

Le juge étatique qui connaît de la tierce opposition ne saurait être tenu de motiver sa décision en équité ; il applique la règle de droit peu importe qu'elle soit équitable ou pas. Cela démontre fort combien la règle de droit est omniprésente en matière d'arbitrage en général et d'arbitrage en amiable composition en particulier. Le législateur communautaire veut ainsi réduire la concurrence de plus en plus croissante que l'arbitrage fait au contentieux exercé devant les juridictions de droit commun. IL ne reste plus qu'à espérer que ce régime de la tierce opposition contre les sentences arbitrales ne soient pas sources d'incompréhension empêchant les tiers opposants d'exercer leur droit à l'action, et par ricochet d'empêcher le juge étatique de jouir des pouvoirs que lui reconnaît le législateur communautaire en la matière.

Conclusion

La tierce opposition à une sentence arbitrale en droit OHADA mérite une attention particulière de la doctrine ; c'est d'ailleurs le cas pour les autres voies de recours prévues contre une sentence arbitrale en général. La privatisation de la justice qu'incarne l'arbitrage a des

³³ DIENG (A.), « La transparence de la justice arbitrale », Ohadata D-11-9, p. 3. Voir également DURAND (F.), « L'arbitrage face à la corruption et au blanchiment de capitaux », CEFAREA ARIAS France, revue annuelle n° 22, 2020, pp : 17-24.

³⁴ CAPRASSE (O.), « J. PELLETIER, l'amiable composition en arbitrage commercial international, Montréal, Thémis, 1998 », Revue québécoise de droit international n° 13. 2, 2000.

avantages et des inconvénients³⁵. Toutefois, il est important que le législateur communautaire s'inscrive dans la logique de ne pas consacrer une grande « ingérence » du juge étatique en matière arbitrale, de peur que l'on ne parvienne plus à distinguer l'arbitrage, de la justice étatique. Fort heureusement qu'avec le régime juridique actuel de la tierce opposition, notamment dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, on n'y est pas encore.



³⁵ SAKHO (A.), « Deux clés de compréhension des atouts de l'arbitrage dans l'espace OHADA », *série de documents de recherche (Consortium pour la recherche économique et sociale (CRES))*, 2020, p. 8.



Le principe de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles : quelle réception en droit camerounais?

The principle of State permanent sovereignty over natural resources: what reception in Cameroonian law?

Par:

Page | 558

MPALLA NGABETOLO Armel Zacharie

Doctorant en droit public à l'Université de Douala (Cameroun).

Résumé :

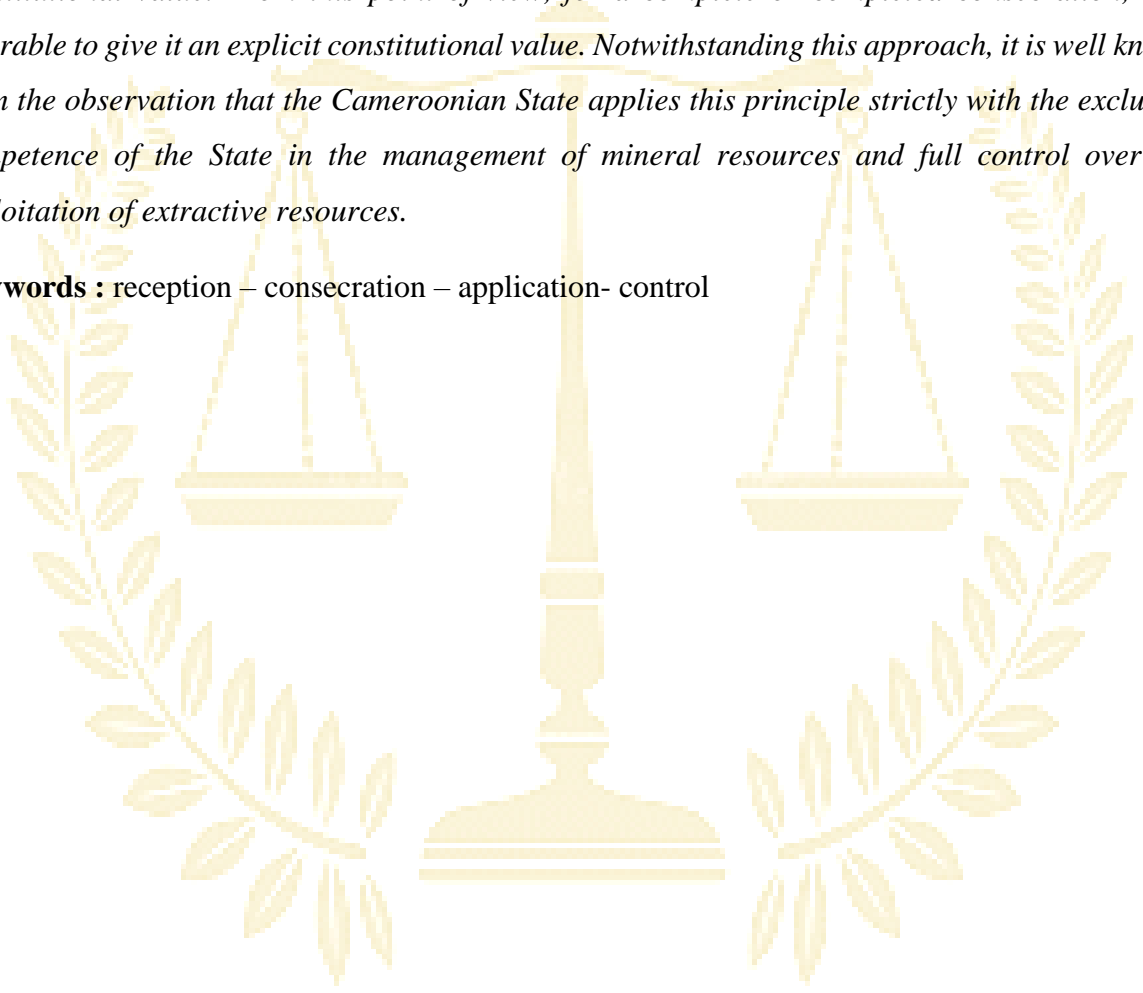
Au Cameroun le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles est bel et bien reçu. Malgré une consécration encore incomplète, le PSPRN a été reconnu dans un premier moment avec l'adhésion de l'État aux instruments internationaux l'affirmant progressivement comme une règle de droit international coutumier. Dans un second moment il a été consacré au niveau national arborant à ce titre une valeur infra-constitutionnelle. Dans cette optique, pour une consécration complète ou achevée, il est souhaitable de lui octroyer une valeur constitutionnelle explicite. Nonobstant cette démarche, il est notoire à l'observation que l'État camerounais applique ce principe de façon stricte avec la compétence exclusive de l'État dans l'aménagement des ressources minérales et le plein contrôle sur les activités d'exploitation des ressources extractives.

Mots clés : Souveraineté permanente sur les ressources naturelles – réception -consécration – application – contrôle.

Abstract :

In Cameroon, the principle of sovereignty over natural resources is well and truly received. Despite its still incomplete recognition, the PSPRN was initially recognized with the State's accession to international instruments gradually affirming it as a rule of customary international law. In a second moment, it was consecrated at the national level displaying as such an infra-constitutional value. From this point of view, for a complete or completed consecration, it is desirable to give it an explicit constitutional value. Notwithstanding this approach, it is well known from the observation that the Cameroonian State applies this principle strictly with the exclusive competence of the State in the management of mineral resources and full control over the exploitation of extractive resources.

Keywords : reception – consecration – application- control



Introduction

Toute activité relative à l'exploitation de ressources naturelles sur le territoire d'un État, Page | 560 suscite toujours en toile de fond la question de la souveraineté sur les ressources naturelles. Pour les États africains le sujet en est encore plus sensible et important. Car l'Afrique est un continent riche en ressources naturelle¹ et si pauvre² que le paradoxe de l'abondance des ressources et la pauvreté présente vérifie à suffisance le syndrome de la malédiction de l'abondance des ressources naturelles³. En outre, les ressources extractives, forestières et fauniques ont toujours fait l'objet de convoitise aussi bien des puissances étrangères⁴ que des groupes internes⁵ que le besoin de contrôle des ressources naturelles sur les territoires est souvent évoqué comme l'une des causes proches ou lointaines des conflits ou des crises sécuritaires dans les États⁶. La gestion des

¹ L'Afrique renferme de nombreuses ressources connues sous le nom de carburants fossiles (pétrole, gaz et charbon) et un vaste potentiel de biomasse et de biocarburants (éthanol, biodiesel) notamment dans les tropiques. En outre, l'Afrique a un énorme potentiel hydroélectrique (Inga 45GW et la Rivière Congo 200GW) ainsi qu'un grand potentiel géothermique inévalué le long de la Grande Vallée africaine du Rift. Voir UNION AFRICAINE, *Vision Minière*, Yaoundé, février 2009, p. 6.

² Selon les estimations les plus récentes de la Banque Mondiale, le pourcentage d'africains pauvres a chuté de 56 % en 1990 à 43 % en 2012. Or, souligne le rapport, le recul du taux de pauvreté pourrait être plus important qu'escompté, lorsqu'on réexamine la qualité et de la comparabilité des données utilisées. Cette nouvelle encourageante ne doit pas masquer le fait que le nombre de pauvres a augmenté. Selon le modèle le plus optimiste, l'Afrique compte 330 millions de pauvres en 2012, contre 280 millions en 1990. C'est dans les pays fragiles que la réduction de la pauvreté est la plus lente. Voir Banque Mondiale, *La pauvreté et les inégalités en Afrique : état des lieux*, dernier numéro, Mars 2016. En ligne sur <https://www.banquemondiale.org/>. Consulté le 1/11/ 2022, à 10h 20.

³ La malédiction des ressources désigne une situation dans laquelle un pays dispose un secteur en ressources naturelles riche, mais qui paradoxalement leur exploitation engendre la stagnation économique, instabilité politique, crise sécuritaire et n'ayant aucun effet positif sur l'amélioration des conditions de vie des populations. Cette expression désigne, le plus souvent, les effets délétères des ressources extractives non renouvelables (pétrole et autres minéraux) sur le développement. Elle fait référence à la relation inverse entre développement et abondance des ressources naturelles. Voir, MATATA PONYO MAPON et TSASA (J-P.), « L'artefact de la malédiction des ressources naturelles », Novembre 2019, p. 2. MAILEY (J.R.), *Anatomie de la malédiction des ressources naturelles : L'investissement prédateur dans les industries extractives en Afrique*, Rapport spécial du CESA N° 3, Washington, mai 2015, 151p. Auty Richard définit la malédiction des ressources naturelles, ou paradoxe de l'abondance, comme les effets pervers de la richesse des ressources naturelles d'un pays sur son bien-être économique, social ou politique. AUTY (R.), *Resource-Based Industrialization: Sowing the Oil in Eight Developing Countries*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

⁴ En effet, avec une demande de plus en plus croissante, des industries en Europe, au Canada, et aux Etats-Unis, en matières premières indispensables à la fabrication des produits finis et depuis peu, l'intérêt porté par les puissances émergentes, surtout la Chine à l'Afrique, montre non seulement que le sous-sol du continent africain regorge de ressources minières, dont les entreprises étrangères ne peuvent pas se passer, mais aussi que son couvert végétal ne laisse pas indifférentes les entreprises du bois. Depuis le début de la guerre russo-ukrainienne, le repositionnement des puissances comme la France en Afrique pour l'approvisionnement en pétrole est devenu une nécessité stratégique pour elle.

⁵ Il s'agit des groupes rebelles ou des milices armées qui naissent dans certaines zones des territoires pour contrôler les zones riches en minerais en concurrence à l'État.

⁶ Déjà en 2009, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) a identifié une vingtaine de conflits violents qui ont été alimentés par les ressources naturelles depuis 1990. Dans ces cas, les ressources naturelles ont pu être impliquées lors de l'éclatement du conflit en opposant des groupes tentant d'acquiescer le contrôle des ressources

ressources naturelles dans beaucoup d'Etats africains est toujours complexe lorsqu'elles sont situées dans des zones frontalières, où chaque Etat limitrophe se réclame propriétaire et cherche à avoir l'exclusivité du contrôle et à les exploiter sans se soucier de son voisin. Dans ce cas aussi, ces ressources peuvent être sources de conflits entre Etats⁷.

La valeur économique que ces ressources confèrent aux pays qui y ont accès, soulève toujours le problème de la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. Pour les Etats africains, au lendemain des indépendances, il était question de s'appuyer sur leurs ressources naturelles pour porter leur avenir économique. L'option était alors comme pour tous les autres Etats sous-développés⁸ d'affirmer un droit souverain qui leur donnerait un plein contrôle sur les ressources présentes sur leur territoire et leur exploitation. C'est dans cette logique que le principe de la souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles a été érigé en règle de droit.

La sacralisation du principe de la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles en droit va être la pierre angulaire du régime que chaque Etat va se doter dans la gestion des activités de mise en valeur de ses richesses naturelles. Faut-il d'abord revenir sur une définition brève de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. La souveraineté dérive de « souverain » qui vient du latin médiéval « *superus* » qui désigne la supériorité du pouvoir sur une zone géographique ou sur un groupe de peuples vivant en communauté. C'est le caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre⁹. Puissance suprême et inconditionnée dans laquelle l'ordre international reconnaît un attribut essentiel de l'Etat¹⁰. Elle confère à la fois des

naturelles ; en contribuant au financement des factions armées par l'exploitation des ressources ; ou en minant les efforts de réconciliation pour conserver le contrôle des ressources et le financement qu'elles procurent. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *From conflict to peace building*, Policy paper n°1, Nairobi, février 2009.

⁷ Selon George Bokonde et Claude Kabemba, ces ressources sont généralement sources de conflits dans les cas suivants : lorsque l'appartenance des ressources n'est pas clairement établie ; quand il y a une asymétrie de forces caractérisée par l'organisation interne des Etats et leur capacité militaire. Le plus organisé et souvent le plus fort militairement peut s'engager à exploiter ces ressources même quand elles ne lui appartiennent pas ; et enfin, à travers l'exploitation illégale quand les frontières ne sont pas bien contrôlées. BOKONDU (G.) et KABEMBA (C.), *La traversée des frontières : Conflits des ressources naturelles transfrontalières entre la République Démocratique du Congo et ses voisins, Angola et Ouganda*, Southern Africa Research Watch SARW et Open Society Initiative for Southern Africa OSISA, 2015, p. 13.

⁸ Georges Fischer soulignait déjà que c'est sous la pression des Etats nouveaux, des pays en voie de développement, que les Nations Unies se sont préoccupées, de « la souveraineté permanente des peuples sur leurs richesses et ressources naturelles », considérée comme un corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. FISCHER (G.), « La souveraineté sur les ressources naturelles », In, *Annuaire français de droit international*, volume 8, 1962. p. 516.

⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 12e édition, Paris, PUF, 2018, p. 2075.

¹⁰ *Ibid.*

pouvoirs de *dominium*¹¹ et *d'imperium*¹² sur ce dont elle s'exerce. Le caractère permanent de la souveraineté de l'État, traduit le fait qu'elle s'exerce de façon inaliénable, constante, exclusive et entière¹³. Appliqué aux ressources naturelles, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles peut être définie comme la notion selon laquelle, « l'État décide en dernière instance et en toute indépendance du sort des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire et des activités économiques qui s'y exercent »¹⁴. Consacré notamment par la Résolution 1803 (XVII) de 1962 de l'Assemblée générale des Nations Unies, comme il sera présenté postérieurement, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est une des normes sacrées du droit international contemporain.

Le principe occupe une place de premier plan sur la scène internationale, d'une part parce qu'elle est l'un des principaux corollaires du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes¹⁵ et d'autre part, parce qu'elle est indéniablement l'outil indispensable de l'indépendance économique d'un État. Il est également une notion centrale dans plusieurs domaines du droit comme le droit minier et pétrolier, étroitement lié avec le droit des investissements, le droit de l'environnement etc. Ainsi sacralisé en droit international, ce principe a été réceptionné en Afrique différemment d'un Etat à un autre et il mérite d'étudier sa réception en droit interne. Cette étude s'articule autour de la réception de ce principe en droit camerounais. La question structurante est celle de savoir : le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles est-il réceptionné au Cameroun ?

L'étude sur la réception du principe de la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles permet non seulement en théorie d'apprécier la valeur juridique qu'il a connu en droit national. En outre sa réception souple ou stricte fondé sur le titulaire de la propriété des ressources minière

¹¹ Le pouvoir de *dominium* confère à l'État des droits de nature « réelle », similaires aux droits d'un propriétaire sur ses biens, tels que « le droit de disposer de » ses ressources. p.358.

¹² Il constitue un « pouvoir de commandement », « d'autorité suprême », qui découle de la notion de souveraineté elle-même. Il qualifie le pouvoir exercé par l'État sur les personnes et les choses qui se trouvent sur son territoire en tant que « puissance publique ». SALMON, (J.) (dir.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, v. « imperium », p. 563.

¹³ SAKAI (L.), La souveraineté permanente sur les res/sources naturelles et la protection internationale des Droits de l'Homme, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014, p. 23.

¹⁴ SALMON, (J.) (dir.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, vo - « souveraineté permanente sur les ressources naturelles », *op. cit.*, p. 1046.

¹⁵ Voir à ce sujet Roch, (F.), « Réflexions sur l'évolution de la positivité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en dehors des situations de décolonisation ». In : *Revue québécoise de droit international*, vol 15, n°1, 2002, 33-100p.

permet en effet, de savoir le régime ou le système minier¹⁶ auquel l'État souscrit. Le principe de la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles connaît une consécration encore incomplète (I) mais est appliqué de manière stricte dans la gestion des ressources minérales (II).

I- LA CONSECRATION INCOMPLETE DU PRINCIPE DE LA SOUVERAINETE PERMANENTE DE L'ÉTAT SUR LES RESSOURCES NATURELLES

Étudier la réception du principe de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources en droit camerounais, exige à examiner la consécration juridique qu'il connaît dans les instruments ayant force juridique en droit camerounais. La législation en vigueur dans l'État est le produit d'une multiplicité de sources dans laquelle le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles trouve ainsi une reconnaissance juridique. Sa reconnaissance dans des fondements normatifs hétérogènes vont non seulement déterminer sa place en droit camerounais, mais également légitimer son application dans le secteur minier. Le PSPRN est clairement reconnu par des instruments internationaux dont l'adhésion du Cameroun dévoile une consécration indirecte(A). Sa reprise dans les textes juridiques internes montre une consécration directe pour lui donner plus de vigueur toutefois partielle (B). Cette analyse évolutive permettra de présenter la portée juridique de ce principe dans le droit camerounais.

A- Une consécration indirecte du PSPRN

Le souverainisme des États est dépassé par les enjeux et les intérêts internationaux de sorte que leur regroupement au sein des instances internationales et/ou leur coopération au niveau économique, politique, environnemental fait naître des instruments juridiques dont certaines sont contraignantes ou non et certaines d'application directe ou non. Ces normes internationales ne

¹⁶ Toutes les conceptions de la propriété minérale, sont pour certains classées dans une distinction de systèmes. Ces systèmes sont au nombre de : d'une part le « système d'accession » et « d'occupation » qui est plus retenu par le droit anglo-saxon donc, la common law et « système régalien » et « le système domanial », retenu par le droit civiliste ; à côté d'eux il y a le système thème issue du droit islamique. Voir à ce sujet ; VERGARA BLANCO (A.), « Le problème de la nature juridique de la richesse minérale », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 64, n°1, 2012, pp. 169-211 ; AGUILLON (L.), « De la déchéance du droit d'exploiter les mines », Thèse, Paris, 1903, Henri Jouve, pp.7-8. LAURIOL (Th.) et RAYNAUD (E.), *Le droit pétrolier et minier*, France, LGDJ, 2016, p 90. BANDOKI (S.), *Droit minier et pétrolier en Afrique*, Paris, Edilivre, 2008, pp. 10-13.

deviennent sources du droit national que si elles sont opérationnelles dans l'État¹⁷. L'incorporation des instruments juridiques internationaux dans l'ordre juridique camerounais obéit à certains mécanismes¹⁸. La doctrine retenue au Cameroun concernant cette réception du droit international est le monisme¹⁹ avec primauté du droit international sur la loi. En effet la constitution dispose à cet égard que : « *les Traités ou Accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Accord ou Traité, de son application par l'autre partie* »²⁰. Parmi ces normes internationales, il y en a celles qui sont de niveau supra régional et régional. Mais nous préférons les présenter par rapport à leur reconnaissance qui a été simple à travers ONU (1) et puis affirmé par les traités et accords internationaux (2).

1- La reconnaissance simplifiée du SPRN au sein des Nations Unies

C'est au sein des Nations Unies que les premiers instruments reconnaissant le SPRN vont voir le jour. Le Cameroun étant membre de cette importante instance internationale depuis le 20 septembre 1960²¹, il est nécessaire qu'on s'y attarde.

Tout commence en 1952, avec les travaux relatifs aux projets des pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme que les NU vont se pencher sur le droit à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles²². La première résolution de l'Assemblée générale reconnaissant le principe est celle de février 1952²³. Suivant cette résolution « *les pays insuffisamment développés*

¹⁷ Hormis les normes internationales portant sur les droits de l'homme qui sont d'application directe les normes internationales nécessite une réception dans l'Etat pour devenir une source de droit. Voir FOUA (G.J.), L'application des normes dans les ordres juridiques étatique africains, thèse de doctorat en droit public, Université de Montesquieu-Bordeau-IV, 1999, pp. 64-65.

¹⁸ Pour une vue générale sur les mécanismes d'incorporation du droit international de l'environnement en droit camerounais, v. RUPPEL (O.C.) et OWONA MBARGA (D.A.), « Introduction au droit international de l'environnement », in RUPPEL (O.C.) et KAM YOGO (E.D.) (dir.), *Droit et politique de l'environnement au Cameroun – Afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie*, Baden, 2018, pp.93-118.

¹⁹ La doctrine moniste considère que le droit international et le droit interne font partie d'un système juridique unique et le premier s'incorpore - en tant que tel - dans les ordres juridiques nationaux. Deux sous-théories monistes s'opposent selon la primauté du droit international ou le droit interne. Sur la doctrine moniste et dualiste voir, not. COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 7ème éd., Paris, Montchrestien, pp. 180-186 ;

²⁰ Article 55 de la constitution de 1996.

²¹ Voir, Communiqué de presse des Nations Unies ORG/1469, <https://www.un.org>

²² Les deux projets de pactes internationaux relatifs au droit de l'Homme comportent, chacun, à l'article premier, la disposition ainsi conçue : « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comprend en outre un droit de souveraineté permanent sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. Les droits que d'autres Etats peuvent revendiquer ne pourront en aucun cas justifier qu'un peuple soit privé de ses propres moyens de subsistance ». Voir FISCHER (G.), « La souveraineté sur les ressources naturelles », *op. cit.*, p. 516.

²³ Rés. 523 (VI) AG du 12 février 1952- Développement économique intégré et accords commerciaux.

ont le droit de disposer librement de leurs richesses naturelles... qu'ils doivent utiliser... de manière à se mettre dans une position plus favorable pour faire progresser davantage l'exécution de leurs plans de développement économique conformément à leurs intérêts nationaux, et pour encourager le développement de l'économie mondiale ». La même année, la résolution 626 (VII) est adoptée et énonce que « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux principes de la Charte des Nations Unies »²⁴. A ce stade, le principe n'a pas encore force juridique probante, la souveraineté sur les ressources naturelles n'est encore qu'une doctrine. Car, pour ces résolutions, il ne s'agit pas en l'occurrence d'un texte de caractère juridique, mais d'une sorte de déclaration de principe²⁵. En règle générale, les résolutions de l'Assemblée ne lient pas les Etats. Elles peuvent, en revanche exercer une influence sur le droit et la jurisprudence.

Après la résolution 1314 (XIII)²⁶ et 1515 (XV)²⁷, le principe de souveraineté sur les ressources va être entériné. En effet, la lutte des peuples pour la revendication de la souveraineté sur les ressources naturelles a été couronné aux NU à l'occasion de l'adoption de la résolution 1803 (XVII)²⁸ de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 relative à la SPRN. Le principe est affirmé comme un droit inaliénable et permanent de nature à favoriser l'indépendance économique des Etats. En effet, la résolution énonce « *Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé* »²⁹. Ce texte a été adopté avec une large majorité de voix³⁰ que certains auteurs qualifient cette résolution comme « *une sorte de proclamation de principe* »³¹. Selon Dominique Rosenberg cette résolution est devenue le texte de référence en matière de souveraineté sur les ressources naturelles³² et une étape

²⁴ Rés 626 (VII) AG du 21 décembre 1952- Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles.

²⁵ FISCHER (G.), *op. cit.*, p. 517.

²⁶ Rés 1314 (XIII) AG du 12 décembre 1958 créant la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, chargée de procéder à une enquête approfondie concernant la situation du droit de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles, élément fondamental du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

²⁷ Rés 1515 (XV) AG du 15 décembre 1960, recommandant le respect du droit souverain de chaque État de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles.

²⁸ Rés 1803 (XVII) AG du 14 décembre 1962- Souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

²⁹ Paragraphe 1^{er} de la Rés 1803.

³⁰ 87 contre 2 avec 12 abstentions.

³¹ FISCHER (G.), *op. cit.*, p. 517.

³² ROSENBERG, (D.) *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 135.

majeure du processus normatif tendant à « l'affirmation du droit international positif »³³. Par cette résolution, le SPRN devient un principe des NU et reconnaît donc la compétence générale de tout Etat de gérer comme bon lui semble ses ressources.

2- La reconnaissance affirmée du PSPRN

Reconnu au sein des NU, le PSPRN va se consolider et ériger en principe de droit international par plusieurs instruments juridiques internationaux qui en font référence. L'adhésion du Cameroun à ces instruments internationaux affirme la reconnaissance de ce principe par cet Etat.

Au niveau universel, très vite dès 1966, le principe va être consacré par les Pactes Internationaux relatifs aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels³⁴. Ce texte dispose que « *tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles* »³⁵. Il est rappelé dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, qui énonce « *Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement...* »³⁶. En 1974, c'est la Charte des droits et devoirs économiques de l'Etat qui affirme ce principe³⁷ à son article 1 qui énonce « *Chaque Etat détient et exerce librement la souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses et ressources naturelles et activité économiques...* ». En outre la convention de Vienne sur la succession des Etats en matière de traité de 1978 consacre également ce principe en son article 13, qui stipule que « *rien dans la présente Convention n'affecte les principes du droit international affirmant la souveraineté permanente de chaque peuple et de chaque Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles* ». Au niveau régional ce principe sera également consacré, les Etats membres de l'Union Africaine vont le reprendre dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) de 1981, et ratifié par le Cameroun en 1989. Cette charte à son article 21 al. 1 dispose que « *Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce*

³³ *Ibid.*

³⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966.

³⁵ Art. 1 al.2 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

³⁶ Principe 2 de la déclaration de Rio.

³⁷ Rés 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974-Charte des droits et devoirs économiques des États.

droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé... ».

L'adhésion du Cameroun à ces différents instruments internationaux traduit une consécration juridique indirecte du PSPRN en droit camerounais. Pour plus de vigueur un tel principe devrait autant recevoir une consécration au niveau national. Page | 567

B- Une consécration nationale, mais inférieure

Le PSPRN étant affirmée comme un principe sacré en droit international, sa réception nationale nécessite la consécration par des instruments juridiques de droit interne. L'insertion dans les normes des dispositions relatives à ce principe est une consécration directe. Les normes juridiques au niveau national sont structurées en différentes strates hiérarchisées avec au sommet la constitution comme loi fondamentale et suprême. De la sorte, la consécration d'un principe dans la constitution est son plus haut niveau de sacralisation. *A contrario*, la consécration à un niveau inférieur serait une sacralisation inférieure. Au Cameroun, si la SPRN est explicitement évoquée au niveau infra constitutionnelle (2), il souffre d'une affirmation invisible au niveau constitutionnelle (1).

1- L'affirmation constitutionnelle invisible

Si la Constitution, suivant la doctrine classique du droit constitutionnel est la norme fondamentale et suprême de l'édifice normatif qui y trouve son fondement et sa matrice, la consécration en son sein d'un principe ou d'un élément juridique est la sacralisation suprême de ce dernier. Dès lors qu'on parle de constitution, il ne peut y avoir logiquement aucune autre consécration suprême dans l'Etat que celle faite par la norme constitutionnelle. En examinant la constitution camerounaise, on vient à apprécier et se prononcer sur la valeur constitutionnelle du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles.

Lorsqu'on examine la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée en 2008, il est évident qu'on ne trouve aucune mention sur la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. Dans son préambule, elle énonce que « *Le peuple camerounais (...) Résolu à exploiter ses richesses naturelles afin d'assurer le bien-être de tous en relevant le niveau de vie des populations sans aucune discrimination* ». Toutefois, elle ne consacre pas le principe de la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. Dans le corpus de la constitution, aucune disposition ne porte

sur le principe de la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. Sa devancière de 1972 aussi ne comportait également aucune mention ou de disposition relative au principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

Comparativement à d'autres constitutions, des Etats riches en ressources naturelles, la présence des dispositions relatives aux ressources naturelles démontrent de prime abord l'intérêt de ces Etats d'affirmer au niveau fondamental et suprême leur souveraineté sur leurs ressources. En effet, en République Démocratique du Congo la constitution³⁸ dispose que : « *l'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, les espaces aérien, maritime, lacustre et fluvial, la mer territoriale congolaise, le plateau continental. Les modalités de gestion et de concession sont déterminées par une loi* ». Au Tchad, la constitution est aussi explicite sur cette affirmation en disposant que : « [l'] *Etat exerce sa souveraineté entière et permanente sur toutes les richesses et ressources naturelles nationales pour le bien-être de toute la communauté* »³⁹. Celle du Niger énonce que « [l'] *Etat exerce sa souveraineté sur les ressources naturelles du sol et du sous-sol* »⁴⁰.

Cette absence de mention explicite de la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles dans la constitution camerounaise, donne l'impression claire que ce principe n'a pas reçu de réception constitutionnelle dans cet Etat. Et donc n'est pas érigé en principe suprême concernant le secteur des ressources naturelles. Pour un Etat qui dit accorder un intérêt important au secteur des ressources minérales pour son développement économique et son émergence, il est regrettable que le PSPR ne soit pas explicitement consacré dans sa constitution. Il serait judicieux de poser de façon explicite les bases juridiques de cette logique de pleine et entière emprise sur les ressources naturelles au niveau normatif suprême.

2- L'affirmation législative visible du principe

Le constituant camerounais place dans le domaine de compétence de vote des lois du parlement, le régime des ressources naturelles et le régime minier⁴¹. Le législateur camerounais dans les lois relatives aux ressources minières et pétrolières va prendre le soin de consacrer la

³⁸ Article 9 de la Constitution du 18 février 2006 en vigueur en RDC.

³⁹ Article 57 de la Constitution de la République du Tchad de 1996.

⁴⁰ Article 149 de la constitution de la République du Niger de 2010.

⁴¹ Article 26 (d) 4 et 5 de la constitution de 1996.

souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles. En effet il ressort du code minier de 2016 que, « [sur] les substances minérales contenues dans le sol et le sous-sol du territoire de la République du Cameroun, ses eaux territoriales et son plateau continental (...) l'Etat (...) y exerce des droits souverains »⁴². Dans le code pétrolier le législateur va dans le même sens en affirmant que « [sur] les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures que recèle le sol ou le sous-sol du territoire camerounais, découverts ou non, (...) l'Etat exerce des droits souverains sur l'ensemble du territoire camerounais »⁴³. L'omission du constituant de consacrer ce principe, a été résorbé par le législateur à ce niveau et ce n'est qu'à partir du code minier de 2001⁴⁴ et du code pétrolier de 1999⁴⁵ qu'il va songer à le consacrer. On constate que le législateur fait une affirmation explicite en reconnaissant des droits souverains à l'Etat sur les ressources minières et hydrocarbures.

Ce qui précède amène à constater sans encombre que le principe de la souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles connaît une valeur législative explicite. L'absence de dispositions constitutionnelles y relatives laisse penser à une sacralisation inférieure de ce principe et surtout laisse à désirer sur l'attachement que l'Etat du Cameroun porte sur les ressources minières et pétrolières de son territoire et sur les ressources naturelles en général. C'est donc dire que cette consécration doit être complétée au niveau constitutionnel. Si au niveau normatif la réception de ce principe est incomplète, il sied de voir comment le principe est appliqué dans l'exploitation des ressources minières.

II-L'APPLICATION STRICTE DU PRINCIPE DANS LA GESTION DES RESSOURCES MINIERES

Le PSPRN a une valeur juridique déjà saisie et une application qui peut être qualifiée de stricte. Il importe de l'examiner pour saisir sa dimension protectrice à l'égard des ressources naturelles du pays. Pour justifier l'appréciation de son application stricte, il faut voir la compétence exclusive de l'Etat dans l'aménagement des ressources minières et pétrolières (A) et le contrôle de l'Etat dans l'exploitation des ressources (B).

A- L'aménagement des ressources minérales, compétence exclusive de l'Etat

⁴² Article 5 du code minier.

⁴³ Article 3 code pétrolier de 2019.

⁴⁴ Article 6.

⁴⁵ Article 3.

La constitution camerounaise en vigueur consacre l'exclusivité de la compétence de l'Etat en matière des ressources naturelles. Elle confère au domaine relevant du pouvoir législatif le secteur des ressources naturelles et le régime minier. C'est ainsi que le parlement fait des lois qui régissent le secteur minier⁴⁶ et pétrolier⁴⁷. Le législateur camerounais va renforcer l'exclusivité de la compétence de l'Etat dans l'aménagement des ressources minières en attribuant la propriété des ressources extractives à l'Etat (1) et accorder à l'administration des mines des compétences sur l'aménagement du régime des ressources (2).

1- L'appartenance exclusive des ressources minérales à l'Etat

Les ressources minières et pétrolières font l'objet de convoitise même au sein de l'Etat. Les propriétaires d'un terrain, les collectivités territoriales décentralisées, les collectivités riveraines, la personne qui découvre le gisement. De tous, qui est propriétaire des substances minérales ? Cette question permet de donner la position du droit camerounais sur la situation juridique de la ressources minérales⁴⁸. Le droit camerounais ne considère pas la ressource minérale comme une *res nullius* mais établit plutôt un lien comme si elle était l'objet d'une propriété, semblable à la propriété privée mais dont le titulaire est l'Etat. Ce lien juridique à coloration patrimonialiste se traduit par une sorte d'appropriation de la ressource minérale à l'Etat, précisément en affirmant sa propriété sur les mines et les hydrocarbures. L'histoire des textes légaux qui ont régulé l'industrie extractive au Cameroun démontre que depuis l'origine de sa tradition juridique, l'Etat est considéré lié juridiquement et directement aux mines (ou de façon plus générale à la richesse minière) comme son propre patrimoine. Formellement la réaffirmation d'une « propriété » de l'Etat sur les mines s'est produite en 1999, à l'article 3 de la loi portant code pétrolier et suivra l'article 6 du code minier de 2001.

Aujourd'hui les textes en vigueur sont restés clairs et explicites sur cette position en affirmant cette propriété exclusivement à l'Etat. Le code minier dispose à cet effet que « *les substances minérales contenues dans le sol et le sous-sol du territoire de la République du Cameroun, ses eaux territoriales et son plateau continental sont la propriété de l'Etat...* »⁴⁹. Le

⁴⁶ Loi n°2016-17 du 14 décembre 2016 portant Code minier.

⁴⁷ Loi n°2019/008 du 25 avril 2019 portant Code pétrolier.

⁴⁸ Il faut préciser qu'il agit du gisement minier ou de la ressource minérale non extraite ou non découverte.

⁴⁹ Article 5 al. 2.

code pétrolier affirme aussi : « *les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures que recèle le sol ou le sous-sol du territoire camerounais, découverts ou non, sont et demeurent la propriété exclusive de l'Etat* »⁵⁰. L'observation est que cette propriété distingue le régime du sol à celui du sous-sol de sorte que, la propriété du sol n'emporte aucunement sur celle du sous-sol. Le sol répondant au régime du droit foncier et le sous-sol répond au régime du droit minier.

Par ailleurs, la législation camerounaise place les ressources minérales dans le domaine public de l'Etat⁵¹. Mais cette propriété de l'Etat est une propriété *sui générés*⁵². La propriété de l'Etat sur les ressources naturelles est une expression certaine d'une application stricte du PSPRN. En effet comme pense François Roch « *la souveraineté (...) dans ce domaine se présente (...) également comme un pouvoir patrimonial inhérent à l'institution de la propriété en droit privé (dominium/propriété)* »⁵³. Si l'Etat détient la propriété sur les « ressources et richesses naturelles », les pouvoirs de la souveraineté permanente sur ces ressources s'étend par la suite aux « activités économiques » découlant de leur exploitation. En tant que propriété exclusive de l'Etat son aménagement relève également de sa compétence.

2- L'exclusivité de l'administration dans l'aménagement des ressources minières

En application du principe de souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles, le droit camerounais en matière d'aménagement de son patrimoine minéral, attribue le pouvoir à l'administration en charge des mines. Certes le législateur détient cette compétence mais reconnaît aussi au ministre des mines une parcelle de cette compétence. Les substances minérales étant organisées en mines et carrières par le législateur, le ministre des mines détient le pouvoir de déclasser et reclasser une substance en mine ou en carrière. En effet, le code minier dispose que : « *Toute substance minérale classée dans la catégorie des carrières peut faire l'objet d'un nouveau classement dans la catégorie des mines par le Ministre chargé des mines. Toute substance*

⁵⁰ Article 3 al. 1.

⁵¹ Article 3 de l'Ordonnance n°74-2 du 6 juillet 1974 Fixant le régime domanial.

⁵² NDELA KUBOKOSO, Les activités minières et la fiscalité (cas de la RDC), thèse de doctorat en droit, Université de Paris I, 2008, p. 77-78. VERGARA Blanco Alejandro. « Le problème de la nature juridique de la richesse minérale ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 64 N°1, 2012, p. 175.

⁵³ Roch, F. (2002). « Réflexions sur l'évolution de la positivité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en dehors des situations de décolonisation », *op. cit.*, p. 52.

minérale classée dans la catégorie des mines peut faire l'objet d'un nouveau classement dans la catégorie des carrières par le Ministre chargé des mines »⁵⁴.

En plus de pouvoir classer ou reclasser une substance minérale dans la catégorie de carrières ou de mine, l'administration en charge des mines est aussi compétente pour exclure des substances de toute activité d'exploitation. Mais cette exclusion ne doit se faire que dans le seul intérêt de l'Etat. Il ressort du code minier que, « dans l'intérêt de l'Etat, le Ministre chargé des Mines peut exclure tout terrain ou toute substance minérale de la recherche ou de l'exploitation... »⁵⁵. En outre, elle détient aussi la compétence de décider sur les espaces exclus de toute exploitation. C'est-à-dire que, même sur les zones présumées ne pouvant pas faire l'objet d'une exploitation minière pour des raisons environnementales, c'est l'Etat qui décide de la mise en valeur ou non de sa ressource minérale sur cette zone. Toute zone exclue de l'exploitation minière est érigée en zone d'interdiction⁵⁶. A cet effet, la législation minière affirme que « Des zones de protection peuvent être établies par le Ministre chargé des mines en liaison avec les administrations concernées, à l'intérieur desquelles la prospection, la recherche et l'exploitation minière de substances minérales ou des carrières sont interdites »⁵⁷.

B- Le plein contrôle de l'Etat sur l'activité d'exploitation des ressources minérales

La souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles s'applique en droit camerounais avec une reconnaissance d'un pouvoir de contrôle de l'Etat sur la gestion des activités d'exploitation des ressources minérales. Ce pouvoir se traduit par la soumission de l'exercice de toute activité extractive au régime de l'autorisation (1) ; la centralisation dans la gestion des droits miniers (2) et l'incrimination de l'exploitation illégale des ressources extractives (3).

1- La soumission de l'exercice des opérations extractives au régime de l'autorisation

⁵⁴ Article 7.

⁵⁵ Article 8.

⁵⁶ Les zones d'interdiction sont des espaces exclus de toute opération extractive et destinées à assurer la protection des édifices, des agglomérations, des lieux culturels, des sépultures, des lieux d'endémisme, des sites touristiques, des points d'eau, des voies de communication, des ouvrages d'art, des travaux d'utilité publique, des sites archéologiques, des exploitations agricoles, des aires protégées au sens des lois forestières et environnementales, et de tous les points jugés nécessaires pour la préservation de l'environnement et de l'intérêt général.

⁵⁷ Article 126.

La souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles est appliquée de façon stricte en soumettant toute exploitation minière au régime de l'autorisation administrative préalable. Il se traduit par l'obligation d'obtenir au préalable une autorisation préalable afin de pouvoir exploiter une ressource. Cette autorisation est donnée sous la forme d'un titre minier. En effet, le code minier dispose que « *l'exercice de toute activité minière, (...) est subordonné à l'obtention préalable d'un titre minier* »⁵⁸. Le code pétrolier quant à lui énonce que « *une personne physique ou morale, y compris les propriétaires du sol, ne peut entreprendre des opérations pétrolières que si elle a été préalablement autorisée à le faire par l'Etat* »⁵⁹. En tant que propriétaire de ressources c'est l'Etat qui autorise toute activité d'exploitation de la ressource minérale à travers le titre minier qui est un acte administratif unilatéral. Contrairement dans d'autres systèmes où l'autorisation d'exploiter est un acte conventionnel entre l'Etat et l'exploitant ou encore entre le propriétaire du sol et l'exploitant⁶⁰, cette autorisation préalable est une manifestation de la sauvegarde de sa souveraineté sur son domaine minier. En tant qu'acte administratif unilatéral, il relève de la liberté et la souveraineté de l'administration de l'accorder ou de ne pas l'accorder.

Une fois que le titre minier est accordé, son exécution connaît une surveillance et le contrôle de l'Etat. A l'issue de ce contrôle ce titre peut également faire l'objet d'une suspension ou d'un retrait par son auteur⁶¹. En clair, il est l'expression même de la souveraineté de l'Etat sur la ressource naturelle sur son territoire.

2- La centralisation de la gestion minière

Au Cameroun en matière minière, les compétences de gestion sont en totalité retenues par l'administration centrale et les entités décentralisées ne bénéficient d'aucune parcelle de compétence en la matière. D'ailleurs le Professeur Ebang Mve affirme à ce sujet que : « *les transferts de compétences de l'Etat aux collectivités territoriales décentralisées n'ont pas été étendus à la gestion minière* »⁶². Presque la totalité de la compétence de la gestion des droits

⁵⁸ Article 15 al. 2.

⁵⁹ Article 4 al 1.

⁶⁰ C'est le cas dans système d'accession de droit minier où le propriétaire du sol est aussi propriétaire du sous-sol et donc des ressources naturelles qui s'y trouvent. Voir LAURIOL (Th.) et RAYNAUD (E.), *Le droit minier et pétrolier*, op. cit., p. 89.

⁶¹ Article 131 code pétrolier et Article 208 code minier.

⁶² EBANG MVE (U.N.), *L'encadrement juridique de l'exploitation minière au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 82.

miniers relève de l'administration d'Etat et l'administration décentralisée même avec le nouveau code général des collectivités territoriales décentralisées⁶³ ne bénéficie d'aucune prérogative en la matière. Allant dans le même sens, Leclerc affirmait que « *le secteur minier n'est pas une prérogative décentralisée et les représentants locaux n'ont aucun rôle dans ce secteur hormis un avis consultatif facilement ignoré du pouvoir central* »⁶⁴.

Le secteur minier en général est caractérisé par une très forte présence de l'Etat. En effet ce secteur est géré par un département ministériel dénommé Ministère des Mines de l'Industrie et du Développement Technologique (MINMIDT) chapeauté par la Présidence de la République. Dans l'exploitation des ressources minières le Cameroun s'est doté des sociétés publiques non seulement qui effectuent des opérations extractives pour le compte de l'Etat, mais aussi qui gèrent les intérêts de l'Etat dans ce domaine. Il s'agit en matière d'hydrocarbure de la Société Nationale des Hydrocarbure (SNH)⁶⁵ et en matière minière la Société Nationale des Mines (SONAMINES)⁶⁶. Mais en matière de gestion des droit miniers, il connaît une centralisation importante. En effet, il revient au Président de la République d'accorder les permis d'exploitation industrielles des mines⁶⁷, l'autorisation exclusives de recherche⁶⁸, autorisation provisoire d'exploiter⁶⁹ et l'autorisation d'exploiter les hydrocarbures⁷⁰. Le ministère en charge des mines accorde l'autorisation de prospection des hydrocarbures⁷¹ le permis de recherche⁷², permis de reconnaissance⁷³, les permis d'exploitation des carrières⁷⁴, permis d'exploitation de la petite mine⁷⁵ etc. L'attribution et la gestion des titres miniers sont une manifestation claire du contrôle de l'Etat sur le secteur puisque ces permis ne sont accordés que par le ministère des mines et le Président de la République.

⁶³ Loi N° 2019 du 24 décembre 2019, portant code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁶⁴ LICKERT (V.), « La privatisation de la politique minière au Cameroun », in *Revue de politique africaine*, 2013/3, n° 131, p. 111.

⁶⁵ Voir, Décret n°80/086 du 12 mars 1980 portant création de la SNH.

⁶⁶ Voir, Décret n°2020/749 du 14 décembre 2020 portant création de la SONAMINES.

⁶⁷ Article 55 code minier.

⁶⁸ Article 30 code pétrolier.

⁶⁹ Article 39 code pétrolier.

⁷⁰ Article 45 code pétrolier.

⁷¹ Article 27 code pétrolier.

⁷² Article 36 code minier.

⁷³ Article 31 code minier.

⁷⁴ Article 74 code minier.

⁷⁵ Article 50 code minier.

3- L'incrimination de l'exploitation illégale des ressources minières

La consécration du principe de la souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles traduit aussi une logique de protection de ses richesses naturelles. Ce mécanisme de protection se traduit par l'incrimination d'exploitation illégale et même de pillage des ressources naturelles. La législation minière et pétrolière s'est attelée à contenir des dispositions pénales en la matière. Elle érige en infraction pénale toute exploitation illégale de ressources minière et pétrolière. En effet, le code minier puni d'une amende de 500.000 (cinq cent mille) à 5.000.000 (cinq million) FCFA et d'un emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans celui qui exploite une mine ou une carrière sans titre ou sans autorisation d'exploitation préalable. Ces amendes sont doublées si l'auteur des faits use de fraude ou fait usage d'un titre ou d'une autorisation d'exploitation obtenu à l'aide d'un faux ou sur la base de fausses déclarations⁷⁶.

Si la législation minière camerounaise incrimine l'exploitation illégale par des personnes privées, elle ignore le pillage des ressources naturelles par des autorités publiques. Lorsqu'on examine les textes juridiques en matière minière et pétrolière aucun d'entre eux ne prévoit des dispositions pénales pour les autorités publiques qui seraient auteurs des actes de pillage des ressources naturelles. Ce qui fait constater que la logique est de préserver uniquement le patrimoine minier contre les personnes privées. Or, les autorités publiques sont aussi enclines en usant de leur autorité et leur pouvoir de piller ou de participer au pillage des ressources naturelles. Par exemple en République Démocratique du Congo c'est au niveau constitutionnel qu'on commence à trouver des incriminations au pillage des ressources naturelles, dans lesquelles il y'a une logique de préserver les ressources contre les autorités publiques. Dans l'article 56 de sa constitution⁷⁷, il ressort que « *Tout acte, tout accord, toute convention, tout arrangement ou tout autre fait, qui a pour conséquence de priver la nation, les personnes physiques ou morales de tout ou partie de leurs propres moyens d'existence tirés de leurs ressources ou de leurs richesses naturelles, sans préjudice des dispositions internationales sur les crimes économiques, est érigé en infraction de pillage punie par la loi.* ». Son article 57 indique que dans le cas où les actes de pillage et leur

⁷⁶ Article 219 code minier.

⁷⁷ Constitution de la RDC du 18 février 2006.

tentative sont commis par des personnes investies d'autorité publique, ces actes changent de qualification juridique en constituant l'infraction de haute trahison⁷⁸.

Au Cameroun, il est souvent relevée l'implication des autorités publiques civiles ou militaires dans l'exploitation sans titre minier, ce qui constitue des pillages des ressources minières. Le président de Transparency International-Cameroun affirmait que « *plus de 60% d'exploitants semi-mécanisés exercent en toute impunité sans autorisation ou du moins, ils disposent pour seul et unique document le numéro d'une personnalité influente du pays qui est prête à intervenir en cas de contrôle* »⁷⁹. L'absence de protection contre les actes de pillage des autorités publiques est une forte faiblesse dans la protection du patrimoine minier de l'Etat. Il est impératif et important que le législateur s'attarde sur ce point, car si la finalité de l'exploitation des ressources naturelles est le bien-être des populations toute exploitation qui ne serait pas autorisée dans ce sens est un pillage et doit être réprimée.

Conclusion

Le PSPRN est dans le contexte du nationalisme économique, conçu comme un antidote au modèle économique hérité de la colonisation et surtout comme protection contre le pillage de ressources et richesses naturelles des pays du Sud. Après sa consécration dans l'arsenal juridique international, il a vu sa légitimité s'accroître notamment avec sa reprise dans l'ordre juridique interne. Au Cameroun, sa réception se caractérise par sa consécration infra-constitutionnelle, ce qui est insuffisant pour la place et l'intérêt que représentent les ressources extractives pour l'Etat camerounais. Toutefois l'application de ce principe est stricte ce qui traduit le choix d'un système domanial dans la gestion minière. Une telle application est à même d'offrir une protection efficace aux ressources naturelles au Cameroun par le plein contrôle qu'il donne à l'Etat dans l'activité d'exploitation de ces ressources.

⁷⁸ Article 165 al. 1 Constitution de la RDC de 2006.

⁷⁹ METE (G.A.), « comment les autorités contrôlent l'exploitation minière », *Journal quotidien Lejour*, 19 février 2021, n° 3361, p. 6.

Coopération décentralisée et aménagement urbain dans le droit de la décentralisation au Cameroun*Decentralized cooperation and urban planning in the law of decentralization in cameroon*

Par :

MANGA Jérôme Manfred

Ph.D en Droit Public

Chargé de Cours, Enseignant permanent à l'INJS (Cameroun)

jeromemanfredmanga@yahoo.fr

Page | 577

Résumé :

Le code général des collectivités territoriales décentralisées récemment adopté consolide la notion et le régime de la coopération décentralisée. Ce mécanisme qui démontre son potentiel dans le développement des collectivités tarde à pleinement décoller en droit camerounais. Cela se justifie certainement par l'environnement global de la décentralisation qui en Afrique et au Cameroun se hate lentement. Partout où elle est expérimentée, la coopération décentralisée favorise l'essor des collectivités locales. L'aménagement urbain constitue son champ d'action privilégié. Cette coopération permet aux collectivités d'améliorer les politiques d'aménagement à travers l'appropriation des exigences de prévision et d'anticipation, et à travers la valorisation des expériences étrangères. Elle permet également de constituer une capacité financière pouvant soutenir les différents projets d'aménagement.

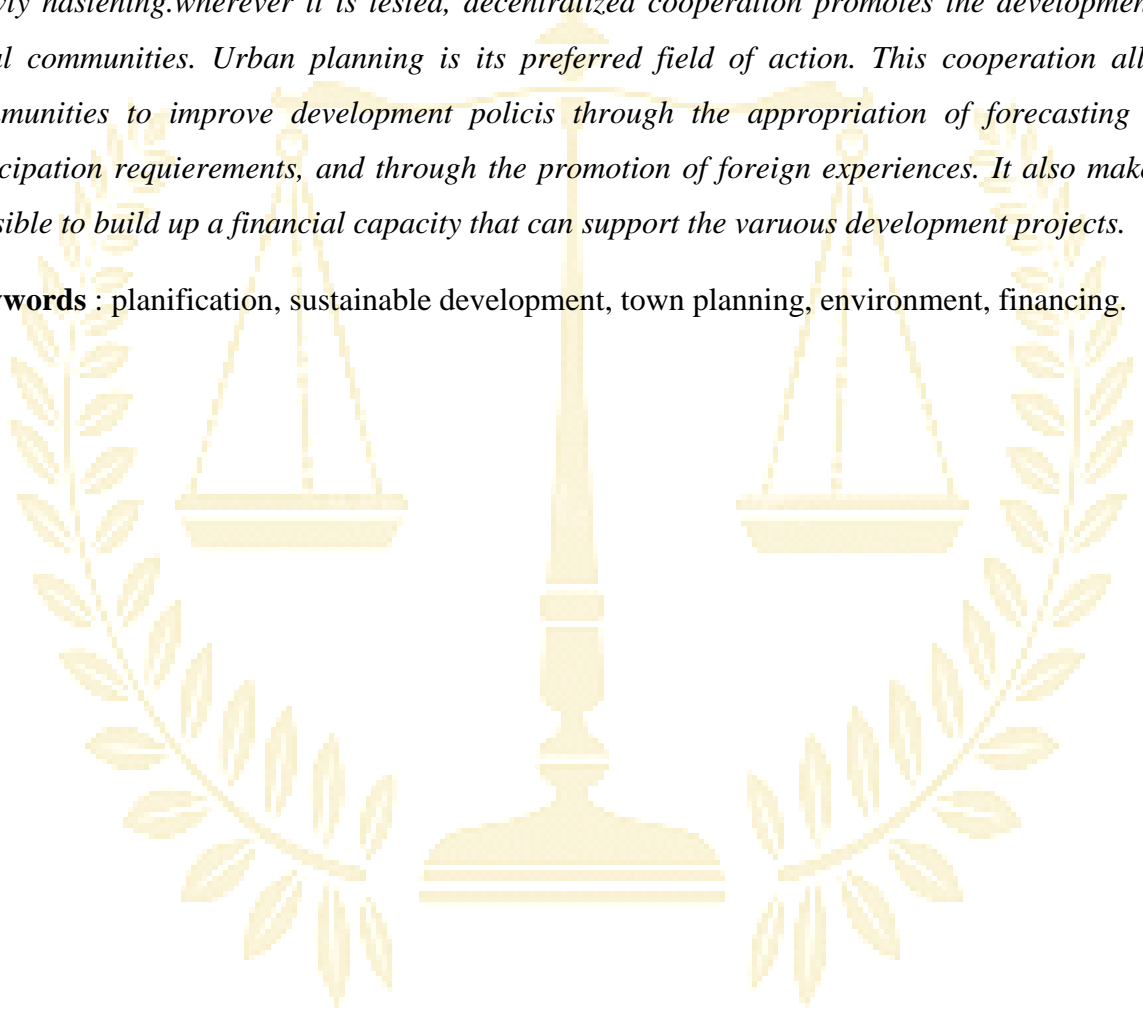
Mots clés : planification, développement durable, urbanisme, environnement, financement.

Abstract :

The general code of decentralized territorial communities recently adopted consolidates the notion and the system of decentralized cooperation. This mechanism which demonstrates its potential in the development of communities is slow to fully take off in cameroonian law. This is certainly justified by the overall environment of decentralization which in africa and cameroon is slowly hastening. wherever it is tested, decentralized cooperation promotes the development of local communities. Urban planning is its preferred field of action. This cooperation allows communities to improve development policis through the appropriation of forecasting and anticipation requierements, and through the promotion of foreign experiences. It also makes it possible to build up a financial capacity that can support the varuous development projects.

Page | 578

Keywords : planification, sustainable development, town planning, environment, financing.



introduction

La décentralisation connaît depuis les indépendances un formidable essor en Afrique. Cet essor s'est d'abord traduit par une généralisation de l'inscription de la notion dans les différentes constitutions avant d'être concrétisée par les textes législatifs et réglementaires. Sa vulgarisation s'appuie sur un certain nombre d'avantages qu'elle présente notamment le fait qu'elle « *représente un moyen essentiel pour réaliser le nouveau modèle de développement économique* »¹. Qu'elle soit l'un des principes sur lequel repose l'administration territoriale², un principe de l'organisation des collectivités territoriales³, ou bien un caractère de l'Etat⁴, la décentralisation est unanimement appréhendée comme « *l'antonyme de la centralisation, c'est-à-dire l'antidote de la concentration en un lieu unique (...) de toutes les activités et de tous les pouvoirs* »⁵. Elle est porteuse d'une nouvelle dynamique de la démocratie et du développement de l'Etat en Afrique.

C'est précisément au début des années 1990 que « *la décentralisation devient un instrument de modernisation de l'Etat avec, pour piliers, la démocratie locale et le développement local* »⁶. L'instauration de ce mécanisme emporte la consécration de nouvelles institutions auxquelles est accordée une certaine autonomie avec pour objectif la « *promotion du développement, de la démocratie et de la bonne gouvernance au niveau local* »⁷. Les collectivités territoriales décentralisées créées doivent fonctionner en synergie avec l'Etat afin d'apporter un mieux-être aux citoyens. Au Cameroun, la réforme récente de la décentralisation qui a conduit à l'adoption du code des CTD⁸ a renforcé le poids des collectivités locales dans le développement du territoire. L'un des axes sur lesquelles ces collectivités sont le plus attendu est le développement urbain encore appelé aménagement urbain. L'aménagement urbain peut être défini comme

¹ PROULX (P.-P), « La décentralisation : facteur de développement ou d'éclatement du Québec », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 25, 1995, p. 155.

² Article 164 de la constitution du Niger.

³ Article 141 de la constitution du Togo, article 128 de la constitution de la République centrafricaine.

⁴ La constitution camerounaise dispose en son article 1 que « *la République du Cameroun est un Etat unitaire décentralisé* ».

⁵ BAGUENARD (J), *La décentralisation*, Paris, PUF, 7^e édition, 2006, p. 8.

⁶ UCLG, *La décentralisation et la démocratie dans le monde*, premier rapport mondial, Coordonné par le Groupe de Recherche, 2007, p. 21.

⁷ Article 5 alinéa 2 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code général des collectivités territoriales décentralisées

⁸ Avant l'adoption du Code, la décentralisation était régie au plan légal par trois lois : la loi n° 2004/017 du 22 juillet 2004 portant orientation de la décentralisation, la loi n° 2004/018 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux communes, la loi n° 2004/019 du 22 juillet 2004 fixant les règles applicables aux régions.

l'ensemble d'opérations ayant pour objet d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil de l'habitat ou des activités, de réaliser des équipements collectifs, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels⁹. Autrement dit, il s'agit d'une opération d'amélioration de l'environnement quotidien des populations à travers la facilitation de la mobilité, de l'accès à l'habitat de qualité et aux services sociaux.

Les villes africaines et camerounaises en particulier souffrent de criards problèmes d'aménagement. Elles offrent pour la plupart une image de désordre qui obstrue la qualité de la vie, et qui ne favorise par l'attractivité. Les pouvoirs publics et les autorités locales conscientes de ce problème essayent de mettre en œuvre tant bien que mal tous les mécanismes possibles. C'est ainsi que le pouvoir central manifeste la volonté « *d'encourager les initiatives de développement participatif et local pour le bien être des collectivités publiques* »¹⁰. Le développement participatif ne signifie pas ou plus uniquement l'association des populations, de la société civile dans les projets de développement. La participation des populations concernées considérée comme « *le garant d'une approche intégrée* »¹¹, et appréhendée de manière globale comme une exigence de la démocratie locale¹² s'avère insuffisante à pallier les défis de l'aménagement urbain.

Les limites de tous les différents acteurs intervenants jusqu'ici invitent à élargir les champs des contributions. C'est ainsi que la coopération décentralisée se positionne de plus en plus comme une solution de renfort. La coopération décentralisée est appréhendée de manière stricte comme une relation de partenariat entre deux ou plusieurs collectivités territoriales décentralisées au plan local ou international. C'est le sens adopté par le législateur camerounais lorsqu'il affirme qu'il s'agit de « *toute relation de partenariat entre deux ou plusieurs Collectivités Territoriales ou leurs regroupements, en vue de réaliser des objectifs communs* »¹³. Dans son sens large qui permet de mieux saisir son essence, la coopération décentralisée est une relation de collaboration mise en

⁹ Article 51 de la loi n° 2004-003 du 21 avril. 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun.

¹⁰ GUESSELE ISSEME (L-P), « L'aménagement juridique de la coopération décentralisée au Cameroun », *RADP*. Vol. III, n° 5, juil. - déc. 2014, p. 86.

¹¹ D'ORAZIO (A), *S'associer pour habiter et faire la ville : de l'habitat groupé autogéré à l'habitat participatif en France (1977 – 2015). Exploration d'un monde en construction*, thèse pour le doctorat en Aménagement de l'espace, Urbanisme, Université Paris Nanterre, 2017, p. 14.

¹² BIRCK (J-N), *Les nouveaux enjeux de la démocratie participative locale. Pratiques et usages de la participation citoyenne à Nancy et au Conseil général de Meurthe-et-Moselle*, thèse de doctorat en science politique, Université de Nancy 2, 2010, 510p. V. également PARAZELLI (M), LATENDRESSE (A), « Penser les conditions de la démocratie participative », *Nouvelles pratiques sociales*, Volume 18, numéro 2, 2006, pp. 15–23.

¹³ Article 4 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales décentralisées.

œuvre et entretenue par une collectivité locale. Cette définition a le mérite d'intégrer toutes les formes de collaboration entretenues par les collectivités locales. elle est adoptée dans la mesure où dans la pratique, l'option privilégiée est celle de la coopération entre les collectivités locales nationales et celles étrangères, mais aussi par l'introduction d'autres acteurs internationaux tels que les ONG et les organisation internationales.

La consécration et la mise en œuvre de la coopération décentralisée se heurtent au plan théorique au principe de la souveraineté de l'État¹⁴ qui implique que les relations extérieures constituent une activité régaliennne de l'État. Elle se justifie néanmoins par l'évocation d'un autre principe constitutionnel qui est celui de la libre administration des collectivités territoriales décentralisées¹⁵. Même si la forme unitaire décentralisée de l'État ne conduit pas à élever les collectivités locales à la même dignité symbolique et juridique que l'État¹⁶, il demeure que la libre administration consacre une certaine autonomie de fonctionnement, « *une véritable liberté* »¹⁷ au profit de ces collectivités. Cette liberté autorise les collectivités à rechercher tous les moyens possibles et légaux pouvant leur permettre de réaliser leurs missions. A cet effet, l'exercice des compétences à elles dévolues peut les conduire « *à dépasser la frontière lorsque l'intérêt public local le demande* »¹⁸. Ce dépassement n'est possible au plan juridique que par la coopération décentralisée qui est nécessairement autorisée et encadrée par la loi¹⁹.

La coopération décentralisée intéresse au premier plan l'aménagement urbain dans la mesure où les collectivités locales étrangères, celles du Nord principalement, ont une longue expérience du développement urbain qui peut profiter aux collectivités du sud. C'est ainsi que des l'origine le développement urbain constitue le fer de lance de cette coopération²⁰, sa raison d'être. Pour les acteurs internationaux qui interviennent dans cette coopération, l'intérêt est surtout porté vers

¹⁴ NOIZET (C), *La coopération décentralisée et le développement local. Les instruments juridiques de coopération*, Le Harmattan, 2003, p. 24

¹⁵ Article 55 alinéa 1 de la constitution.

¹⁶ STAHL (J-H), « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/1 (N° 42), p. 32.

¹⁷ REGOURD (C), « Libre administration et intercommunalité », *AJDA*, 2018, p. 2329.

¹⁸ NOIZET (C), *La coopération décentralisée et le développement local. Les instruments juridiques de coopération*, op.cit., p. 35.

¹⁹ Le code des collectivités a consacré un organisme en charge du suivie et de l'évaluation de la coopération décentralisée, il s'agit de la Commission Interministérielle de la Coopération Décentralisée dont les missions sont précisées par le décret n° 2011/1116/PM du 26 avril 2011 fixant les modalités de coopération décentralisée.

²⁰ PETITEVILLE (F), *La coopération décentralisée. Les collectivités locales dans la coopération Nord-Sud*, L'Harmattan, 1995, p. 53.

l'amélioration du cadre de vie des populations, la protection de l'environnement, le respect des droits fondamentaux. Au Cameroun, la coopération décentralisée peine encore à dévoiler toutes ses potentialités. Il y a pourtant un mécanisme qui présente d'énormes atouts et qui peut être d'un apport certain pour l'aménagement urbain de nos collectivités locales. Au jour d'aujourd'hui, la coopération décentralisée s'est élargie en perspective. Son domaine privilégiée qui est le développement urbain s'est profondément transformé avec la prise en compte des exigences de développement durable. Influencée par les objectifs de protection de la nature et de rationalisation de l'action humaine, « *les enjeux d'environnement, de durabilité des actions et programmes, de choix inter générationnels* »²¹ ont finis par dominer l'action de l'État, et celle des institutions publiques en général. L'État ne pouvait être en marge de cette évolution. Malgré quelques turpitudes liées à la résistance manifestée par les Etats développés et ceux en voie de développement²², le mouvement s'est généralisée en s'appuyant sur le caractère réformable de l'État²³. Ainsi, « *de simple composante des politiques publiques, le développement durable en devient un concept cardinal et structurant* »²⁴. Initialement considérées comme relevant de la compétence de l'Etat, prenant appui sur le fait que certains États n'ont jamais transposés les conventions relatives au développement durable²⁵, les exigences du développement durable ont été décentralisées jusqu'à envahir le fonctionnement des collectivités locales. Aujourd'hui, ces collectivités sont en avant-garde de la mise en œuvre du développement durable en raison de leur proximité avec les populations et l'environnement local. L'introduction du développement durable dans l'action publique locale « *amène les collectivités locales à revoir leurs conceptions concernant l'aménagement du territoire, l'urbanisme, le transport, le logement, la santé* »²⁶. Les

²¹ DJEFLAT (A), « La coopération décentralisée face aux enjeux du développement durable », *Développement Durable et Territoires*, N°1 – Volume 1 – 2010, p. 4.

²² En effet, le développement durable a pendant longtemps été contesté par ces deux catégories d'Etats au regard de ce que cette idéologie imposait une utilisation rationnelle des ressources naturelles et une plus grande responsabilisation pour les Etats qui portent atteinte à l'environnement par leurs comportements.

²³ BONNAUD (L), LASCOUMES (P), « Quelle administration pour le développement durable ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2015/1 Volume 40, p. 9.

²⁴ CARRE (F), *L'essentiel du développement durable. La loi grenelle 2 et le verdissement des politiques publiques*, Paris, Gualino éditeur, Lextenso éditions – 2012, p. 3.

²⁵ TSHITENDE WA MPINDA (G), *Les piliers social et culturel du développement durable en droit*, thèse de doctorat en droit, université de Limoges, 2017, p. 24.

Les piliers social et culturel du développement durable en droit

²⁶ KAÏD TLILANE (N), « Le service public local au service du développement durable », *Marché et organisations* 2009/1 (N° 8), p. 87.

politiques publiques dans ces domaines doivent être plus soucieuses de l'environnement et ne pas porter atteinte au droit des générations futures.

La convergence des exigences de développement durable vers les collectivités nécessite la recherche des moyens d'action supplémentaires. La coopération décentralisée ayant fait corps avec le développement durable s'inscrit désormais dans l'ADN des collectivités locales. Cependant, cela reste encore très théorique au Cameroun. La coopération n'exprime pas encore son potentiel comparativement à certains États africains. Peut-être est-il question d'un manque d'incitation qui prendra appui sur un défaut de perception sur les avantages de cette coopération. Le problème soulevé est celui de savoir quel est l'apport de la coopération décentralisée en matière de développement urbain durable ? Le sujet est d'un intérêt qui est porté par l'actualité récente de la décentralisation au Cameroun. Elle est l'objet d'une nouvelle dynamique suffisamment influencée par les crises dans les deux régions anglophones dont elle est présentée comme la solution la plus indiquée. Si sur le plan théorique la décentralisation est effectivement un instrument de « *modernisation de l'État avec, pour piliers, la démocratie locale et le développement local* »²⁷, il faut encore qu'elle soit libérée de toutes les pesanteurs qui ont progressivement altéré son image. Elle doit être effective, et la coopération décentralisée concourt à assurer cette effectivité si et seulement si les différents acteurs se saisissent de ses potentialités. Les potentialités sont diverses et variées, mais elles sont principalement de l'ordre formel et matériel. À partir de là, l'on peut valablement que cette coopération concourt à l'amélioration de la conception des projets d'aménagement (I), et à l'accroissement du financement de ces projets (II).

I- LA RATIONALISATION DES POLITIQUES D'AMÉNAGEMENT URBAIN

De manière générale, la plupart des politiques publiques en Afrique ont des problèmes de conception. Les bonnes idées ne sont pas toujours bien conçues. C'est le cas des politiques d'aménagement urbain. La coopération décentralisée constitue un atout dans le sens où elle favorise la planification des programmes d'aménagement (A), et bonifie les opérations qui s'en dégagent (B).

A- La planification des programmes d'aménagement

²⁷ UCLG, *La décentralisation et la démocratie dans le monde*, Premier rapport mondial, Coordonné par le Groupe de Recherche sur l'Administration Locale en Europe, 2007, p. 22.

La réalisation d'une politique publique nécessite un travail préalable de planification, de préparation. Juridiquement, le terme consacré en matière de projet est celui de la maturation. La maturation s'entend du « *processus au cours duquel un projet est conçu, développé, planifié et bien exécuté tout en assurant sa pérennité* »²⁸. Tout projet public quel qu'il soit ne devrait pas relever d'une action spontanée. Il doit être planifié. Tel doit être le cas des programmes d'aménagement urbain. L'apport de la coopération décentralisée en la matière consiste en la promotion de l'anticipation dans la création des villes (1), et en la valorisation des expériences étrangères dans l'élaboration des documents d'urbanisme (2).

1- La promotion de l'anticipation dans l'élaboration des politiques urbaines

Les villes africaines se caractérisent en général par la spontanéité dans leur établissement. En d'autres termes elles ne sont pas pensées ni planifiées, c'est du moins l'interprétation la plus plausible au regard de l'image qu'elles renvoient. Elles reflètent l'image de leurs substrats scientifique à savoir un droit de l'urbanisme expérimental parce que reposant sur des besoins imprévus et commandés par les transformations des politiques urbaines et des modes de vie²⁹, et par un droit de la décentralisation qui reste à construire³⁰. Ces turpitudes des bases de l'aménagement urbain se traduisent par les échecs des politiques mises en œuvre en la matière. C'est ainsi que l'on peut observer les constructions anarchiques favorables à l'installation des bidonvilles, les manques d'espaces de loisirs, l'insalubrité dans les villes, l'absence de servitude, l'absence ou l'éloignement des services sociaux de base.

Ces difficultés sont en grande partie liées à l'absence d'anticipation, de planification et de programmation qui détériore l'objectif de durabilité environnementale qui « *met l'accent sur la lutte contre la pollution, la préservation des ressources non-renouvelables, les économies d'énergie, et la transmission du capital naturel aux générations futures* »³¹. En effet, la durabilité

²⁸ Article 2 du décret n°2018/4992/PM du 21 juin 2018 fixant les règles régissant le processus de maturation des projets d'investissement public.

²⁹ CARVAIS (R), « L'ancien droit de l'urbanisme et ses composantes constructive et architecturale, socle d'un nouvel « ARS » urbain aux XVIIe et XVIIIe siècles. Jalons pour une histoire totale du droit de l'urbanisme », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2005/1 n° 12, p. 17.

³⁰ POULIN (Y), « Les décentralisations en Afrique qu'avons-nous appris ? », *Télescope*, vol. 11, n° 3, juin 2004, p. 4. V. également KEUDJEU DE KEUDJEU (J.R), *recherche sur l'autonomie des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun*, thèse pour le doctorat en droit public, université de Douala, 2010/2011, p. 52.

³¹ BALLEST(J), DUBOIS (J-L), MAHIEU (F-R), « A la recherche du développement socialement durable : concepts fondamentaux et principes de base », *Développement durable et territoires* [En ligne], Dossier 3 | 2004, mis en ligne

environnemental d'une ville n'est possible que si elle est pensée. Cela doit se traduire par la maîtrise de la démographie et par la construction des infrastructures de base. L'accompagnement des collectivités étrangères en la matière est d'un apport considérable.

La maîtrise de la démographie est un problème pour les États africain et pour les collectivités locales. L'inertie en la matière démontre une absence de politique nationale et même locale. Pourtant la maîtrise de la démographie est un préalable à toute activité sociale. C'est la raison pour laquelle les villes sont débordées et parfois étouffées. En effet, « *l'étude démographique, une des plus importantes données de base, doit fournir les prévisions en nombre et en structure de la population pour la période sur laquelle porte le plan d'urbanisme* »³². Elle permet de maîtriser l'évolution de la population et de prévoir la création de nouvelles villes en cas de saturation de celles existantes. La coopération décentralisée en la matière peut permettre de corriger les lacunes et d'anoblir l'image des villes africaines ou « *l'habitat irrégulier y constitue la ville majoritaire* »³³.

La coopération décentralisée est principalement une coopération urbaine³⁴. Les collectivités locales étrangères s'engagent auprès de celles nationales pour des opérations d'amélioration de l'image des villes. Les collectivités africaines gagneraient à valoriser les techniques de création et de reformation des villes expérimentées par celles du Nord. Ailleurs comme en France, le droit de l'urbanisme et de la construction est constamment réformé pour permettre à l'État et aux collectivités d'améliorer les centres urbains. Les problèmes sont résolus à travers l'élaboration des mécanismes innovants. L'un des problèmes constants des centres urbains est celui de consommation foncière en raison de la densité urbaine. De manière globale, il n'est plus forcément question d'éparpiller la ville dans de nouveaux espaces pour résoudre le problème de la saturation. La densification se présente comme une solution efficace. Pendant longtemps appréhendée comme un élément facilitateur de l'insalubrité et de propagation des

le 22 juin 2004, consulté le 19 avril 2019. URL :<http://journals.openedition.org/developpementdurable/1165> ; DOI : 10.4000/

³² CHRAMIEC ANNA, « L'étude démographique pour les plans d'urbanisme en Pologne », *Population*, 18^e année, n°1, 1963. p. 148.

³³ GOSSE (M), « La crise mondiale de l'urbanisme quels modèles urbains ? », *Les Annales de la Recherche Urbaine* n° 86, 0180-930-VI-00/86/p. 85.

³⁴ PETITEVILLE (F), « La coopération décentralisée Nord-Sud : « vieux vin, nouvelle bouteille » ? », *Politique Africaine*, n°62, 1996, p. 137.

maladies³⁵, la densification est aujourd'hui présentée comme un « véritable facteur d'urbanité, et par là même une condition légale « concourant à la réalisation de la ville "compacte" réduisant les distances et économe d'espace et d'énergie »³⁶. La densification impose la concentration de la ville dans un espace donné en valorisant les constructions en hauteur. Ce mécanisme est pris en compte dans la législation camerounaise à travers la consécration de la copropriété d'immeuble³⁷ mais il l'est de manière timide. C'est ainsi que l'on peut observer un manque d'enthousiasme de la part des promoteurs immobiliers de s'engager dans ce mécanisme. Cela peut être justifié par des raisons d'ordre culturelles car l'Afrique a toujours pratiqué un modèle d'habitation fondée sur la propriété personnelle. On peut constater à partir de là que l'urbanité véhicule un type de comportement parfois en contradiction avec les valeurs traditionnelles. Il est donc important que les politiques de création et de rénovation des villes fassent converger les deux extrêmes.

2- valorisation de l'expérience étrangère dans l'élaboration des politiques d'urbanisme

La coopération décentralisée constitue pour les villes qui l'ont effectivement expérimentées une source d'amélioration des capacités locales. Elle permet une valorisation de l'expertise étrangère au profit du développement urbain local. Elle est encore plus importante par le fait que sa vocation première est la coopération urbaine³⁸. Son apport dans la logique de planification peut consister en l'amélioration des exigences formelles des politiques d'urbanisme.

La planification urbaine nécessite l'élaboration des documents dans lesquelles les politiques d'aménagement sont matérialisées. Au terme de la loi sur l'urbanisme, ses documents sont : Le Plan Directeur d'Urbanisme ; Le Plan d'Occupation des Sols ; Le Plan de Secteur ; Le Plan Sommaire d'Urbanisme³⁹. La consécration de ses différents documents n'est pas suffisante en elle-même, il faut encore attribuer aux dits documents un contenu précis dont la finalité doit être une utilisation rationnelle des sols tournées vers l'amélioration du cadre de vie des populations et vers la protection de l'environnement. Avant les indépendances, cet objectif faisait déjà partie des préoccupations des pouvoirs publics. Un décret de 1946 disposait déjà que les projets d'urbanisme

³⁵ SCHELLENBERGER (T), « Encadrer la densité et la consommation foncière dans les SCOT et les PLU. Réflexions sur le rôle et la place des normes en droit de l'urbanisme », *Droit et Ville*, 2014/2 N° 78, p. 77.

³⁶ Ibid., p. 76

³⁷ v. loi n°2010/022 du 21 décembre 2010 relative à la copropriété des immeubles.

³⁸ PETITEVILLE (F), *La coopération décentralisée...* op.cit., p. 53.

³⁹ Article 26 de la loi n° 2004-003 du 21 avril. 2004 régissant l'urbanisme au Cameroun.

peuvent prendre les formes de Projet directeur (enquête, exposé des motifs, plan directeur, programme) ;Projet d'aménagement (enquête, exposé des motifs, plan d'aménagement, règlements d'urbanisme, de voirie et d'hygiène) ;Plan partiel de protection des parcs nationaux et des sites (rapports, plans, règlements). Quel que soit le type de projet, la texture du dossier d'enquête et de justification, la forme et l'échelle des plans, les normes des règlements de zonage, de voirie et d'hygiène devaient précisées par arrêté du ministre⁴⁰. Les documents de planification urbaine ne doivent plus être laissés à l'entière discrétion des collectivités locales dans la détermination de leurs contenus. Ils doivent faire l'objet de concertation avec l'Etat et être réceptifs à l'apport des expériences étrangères, cette expérience pourra permettre une facilitation dans la mise en œuvre des objectifs du développement durable dans les politiques locales. Les questions actuelles comme celle de la disponibilité de l'énergie qui le moteur essentiel d'activités au quotidien⁴¹, celle du logement en rapport avec l'insuffisance des moyens financiers des populations qui éprouvent des « difficultés pour accéder à un logement ou pour s'y maintenir »⁴², les problèmes de la disponibilité des services sociaux en terme de qualité et de quantité, de la sécurité et de la salubrité sont autant de préoccupations qui doivent être prises en compte au moment de la planification urbaine. Elles font partie des exigences du développement durable.

Les documents d'urbanisme doivent conduire à assurer un logement décent pour les populations, un logement qui permette une vie paisible et sécurisé. L'on ne devrait plus vivre les scènes actuelles de logement indécents car se loger et bien se loger « participe de la construction d'une certaine humanité »⁴³. Cette humanité reste tristement altérée dans certaines zones, là où des millions de personnes vivent dans des conditions mettant en péril leur vie ou leur santé, dans des bidonvilles ou des établissements spontanés surpeuplés, ou dans d'autres conditions qui attentent à leurs droits fondamentaux et à leur dignité⁴⁴. La consécration du droit au logement impose des

⁴⁰ Article 2 du décret du 18 juin 1946 fixant les modalités d'établissement, d'approbation et de mise en vigueur des projets d'urbanisme pour les territoires relevant du Ministère de la France d'outre-mer.

⁴¹ BONNIN (M), *Habitable et confortable modèles culturels, pratiques de l'habitat et pratiques de consommation d'énergie en logement social et copropriétés*, Thèse de doctorat en architecture, université Paris ouest Nanterre la défense, 2016, p. 1.

⁴² BARRE-PEPIN (M), « Quelles solidarités pour le logement ? », *Droit et Ville*, 2013/1 N° 75, p. 198.

⁴³ OUAHAB BOUREKHOUM, *Le droit au logement en France et en Italie*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulon, 2012, p. 8.

⁴⁴ ONU HABITAT, *Le droit à un logement convenable*, Fiche d'information n° 21/Rev.1, p. 1.

obligations aux Etat telles que prévu par les instruments juridiques internationaux⁴⁵. A partir de là, le droit au logement n'apparaît plus comme un vœu pieu⁴⁶, mais comme un droit opposable à l'Etat et aux collectivités locales. Les collectivités locales vers lesquelles l'Etat semble avoir confié la mise en œuvre de ce droit par la consécration de l'initiative des documents d'urbanismes doivent recourir à l'appui étranger.

B- La consolidation des piliers du développement durable dans les opérations d'aménagement

Le transfert des expériences a toujours été à l'origine de l'impulsion du développement des nations sous-développés. La coopération décentralisée s'inscrit dans cette logique. En matière d'aménagement elle permet une bonification des politiques des collectivités locales. Concrètement, cela se traduit par l'insertion des objectifs de développement durable dans les opérations d'aménagement (1) et par la priorisation de la qualité de vie comme objectif des politiques d'aménagement (2).

1- L'insertion des objectifs de développement durable dans les opérations d'aménagement

Une ville pour être pérenne doit satisfaire aux exigences de développement durable. Il s'agit d'un ensemble de contraintes qui deviennent des droits opposables aux pouvoirs publics par lesquelles ils assurent les conditions d'une vie meilleure aux population actuelles sans compromettre celles des populations futures. Ces différentes contraintes qui ont été établies au plan international doivent être transposées dans les programmes d'aménagement des villes. Il est au préalable nécessaires d'identifier de manière précise les objectifs ici concernés. Parmi les objectifs on retrouve : Objectif 11 villes et communautés durables, Objectif 6 : eau propre et assainissement, Objectif 1 : pas de pauvreté, Objectif 15 : vie terrestre.

⁴⁵ L'article 2 du le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que « *Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives* ».

⁴⁶BENDAOU (M), « Le droit au logement tel que vu par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : sa mise en œuvre québécoise est-elle conforme ? »,23.2 (2010) *Revue québécoise de droit international*, p. 57.

Le dernier objectif, le 17^e est sans doute le plus important en rapport avec la coopération décentralisée car il en constitue le fondement en ce qui concerne les opérations d'aménagement urbain. Cet objectif s'intitule partenariat pour la réalisation des objectifs. La recherche du partenariat nécessite comme préalable la déclinaison des axes ou des exigences du développement durable dans le système normatif. A ce propos, le Cameroun a adopté une loi qui va dans ce sens, il s'agit de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable⁴⁷. Cette loi appréhende le développement durable comme « *mode de développement qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre les capacités des générations futures à satisfaire les leurs. Privilégie la recherche de l'harmonie entre la rentabilité et la croissance économiques, l'acceptabilité sociale et la viabilité écologique* »⁴⁸. Le développement durable se présente fondamentalement comme une notion économique qui ambitionne redéfinir les contours des politiques de croissance. Toutefois, le développement ne peut être projeté sans considérations relatives au territoire, sans prise en compte du droit de l'environnement. C'est dans ce sens que la loi ne fait pas de distinction en consacrant l'expression *politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire*⁴⁹.

L'aménagement et le développement durable du territoire sont des exigences essentielles à la stabilité d'un Etat, d'une collectivité locale. Elles le sont encore plus en Afrique en raison du fait que la terre est ici le patrimoine le plus important pour l'homme et pour la collectivité coutumière ou traditionnelle, mais aussi parce qu'elle est l'élément pour les économies encore embryonnaires comme les nôtres⁵⁰. L'action de l'Etat et des collectivités locales s'impose donc pour réguler, pour consolider l'unité de la nation, les solidarités entre citoyens et l'intégration des populations⁵¹. Cela nécessite une appréhension globale de la terre à travers l'élaboration des programmes d'inclusion sociale, des programmes de facilitation de l'exercice des libertés et des

⁴⁷ Loi n° 2011/008 du 06 mai 2011 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire au Cameroun.

⁴⁸ Article 5 de la Loi n° 2011/008 du 06 mai 2011 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire au Cameroun.

⁴⁹ Article 2 de la Loi n° 2011/008 du 06 mai 2011 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire au Cameroun.

⁵⁰ L'économie dans la grande majorité de nos collectivités locales repose sur les activités agricoles. Même dans les principaux centres économiques où l'industrialisation est un peu plus accentuée, la question foncière se pose avec acuité au regard de certaines revendications des communautés face à l'utilisation de « leurs terres ».

⁵¹ Article 2 de la Loi n° 2011/008 du 06 mai 2011 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire au Cameroun.

activités des citoyens. C'est dans ce sens que l'on peut dire que la terre ou le foncier constitue « la matière première d'un processus de production de terrains à bâtir ou, plus généralement, de terrains aménagés »⁵². Le développement durable impose une gestion globale qui prend en compte toutes les dimensions de la vie en société. Les aspects climatiques et écologiques, environnementaux, esthétiques doivent être jugulés au même moment. La dimension économique doit toujours conserver sa priorité car l'on ne doit pas oublier que « les fonctions économiques viennent apporter au territoire leur propre logique d'implantation entre flux et foncier disponible »⁵³.

L'aménagement et le développement durable nécessitent au final une politique de programmation, d'équité, de participation dans les différentes actions institutionnelles. C'est dans cette logique qu'ils peuvent effectivement permettre de corriger les disparités naturelles ou celles liées au développement par la recherche d'une répartition judicieuse, équilibrée et aussi intégrée que possible des hommes, des activités de production, des infrastructures et des équipements sur l'ensemble du territoire⁵⁴. La mise en œuvre de ces exigences nécessite une action concertée, un échange d'expérience, un partenariat avec les différents acteurs du développement. C'est donc tout naturellement que les instances onusiennes encouragent la recherche de partenariat pour la mise en œuvre des objectifs de développement durable.

En effet, la mise en œuvre des objectifs de développement durable dans les programmes d'aménagement du territoire nécessite une réelle appropriation des exigences du développement, et du développement durable. Ces exigences sont aussi bien financières, humaines, scientifiques et technologiques. Elles dépassent en général les capacités des collectivités locales. Les partenaires au développement instituent des programmes de facilités d'investissement⁵⁵ envers les pays en voie de développement. Ces programmes nécessitent en amont la définition de la nature juridique des rapports d'assistance⁵⁶. A cet effet, ils sont mis en œuvre au plan formel par les contrats de

⁵² BERGER (U), « Un territoire unique, urbain et rural, bien aménagé », *La revue foncière*, n° 28, mars-avril 2019, p. 8.

⁵³ MARIOLLE (B), « Les transformations des territoires de faible densité ne se limitent pas à celles des centralités héritées », *La revue foncière*, n° 13, septembre-octobre 2016, p. 19.

⁵⁴ Article 3 alinéa 1 de la Loi n° 2011/008 du 06 mai 2011 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire au Cameroun.

⁵⁵ OUEDRAOGO (S.M), « La promotion des contrats de partenariat public-privé par les aides publiques dans l'espace UEMOA », *AFRILEX*, p. 17.

⁵⁶ ZEGHDOUDI-DURAND (Z), *Le partenariat en droit international du développement*, thèse de doctorat en Droit, Université d'Avignon, 2013, p. 334.

partenariats dont la plus part des Etats ont élaborés le régime⁵⁷. Seulement, au niveau de la promotion de cet instrument de collaboration, le régime de la décentralisation manifeste une attitude confuse. Après avoir fixé que « *les collectivités Territoriales peuvent, dans le cadre de leurs missions, exécuter des projets de partenariat entre elles, avec l'Etat, avec (...) des partenaires extérieurs* »⁵⁸, le code des CTD semble adopter une position contraire en excluant les contrats de partenariat du champ de la coopération décentralisée⁵⁹. L'objectif de développement durable requiert l'ouverture à tous les mécanismes qui peuvent concourir à sa mise en œuvre, et s'agissant de la coopération décentralisée il faut dire qu'elle n'est que le reflet de la politique étrangère des Etats. Elle ne peut que suivre les politiques d'investissements mis en place par ces Etats.

2- La priorisation de la qualité de vie comme objectif des opérations d'aménagement

Nul ne peut être insensible à la situation de désastre humanitaire de la plupart des villes africaines. Ces villes sont par l'absence de planification le centre de prolifération de toutes les atteintes aux droits de la personne humaine, droit à la santé, droit à un environnement sain, droit au logement. Pourtant, les législations ne cessent d'affirmer que « *l'accès à un logement décent est un droit fondamental du citoyen garanti par l'État* »⁶⁰ et par les collectivités locales. Toutefois, « *Si la compétence logement est entre les mains de l'État, garant de la solidarité nationale et de l'égalité entre les territoires, sa mise en œuvre s'est accompagnée, depuis une trentaine d'années, de la montée en responsabilité des collectivités territoriales au premier rang desquels figurent les communes* »⁶¹. Il appartient donc aux collectivités de mettre en œuvre les programmes de logement. Les opérations d'aménagement qui constituent des phases de ses programmes doivent être soutenues par l'objectif d'amélioration de la qualité de vie et non de son altération.

La coopération décentralisée est orientée vers le sens d'une relation d'aide aux collectivités locales africaines. Le déséquilibre entre le développement des collectivités locales nationales et celles étrangères consolide la logique d'assistance. A cet effet, les partenaires étrangers des

⁵⁷ Loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat.

⁵⁸ Article 10 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁵⁹ Article 94 alinéa 4 du code général des collectivités territoriales décentralisées.

⁶⁰ Article 4 de la Loi n°2019-576 du 26 juin 2019 instituant Code de la Construction et de l'Habitat en Côte d'Ivoire.

⁶¹ BUGNONL (C), « le rôle des partenariats public-privé dans la production de logement social », *RDP*, 01 septembre 2015 n° 5, p. 1256.

collectivités locales orientent leurs actions de collaboration vers les activités de promotion et de protection des droits fondamentaux, les activités d'amélioration du bien-être des populations.

Par la coopération décentralisée il y a une insertion prioritaire de l'amélioration de la qualité de vie comme objectif des opérations d'aménagement. Elle se traduit par la répulsion des procédés autoritaires d'aménagement au profit des actions concertées faisant participer les populations intéressées, faisant intervenir les organismes de la société civile et les ONG de défense des droits de l'Homme. Le Cameroun ne se caractérise pas toujours pas la concertation dans la mise en œuvre de ses politiques d'aménagement. Au plan légal, les instruments juridiques ont certes consacré des opérations d'aménagement⁶² avec des pouvoirs bien précis, mais aujourd'hui l'autoritarisme est un facteur de désapprobation des politiques publiques. En 2008, l'on a assisté à Yaoundé à une vaste opération de déguerpissement des populations installées dans un quartier de la ville. Les objectifs affichés étaient la lutte contre le désordre urbain, la suppression des bidonvilles, la destruction des habitations érigées sur des zones inconstructibles. Les populations s'en sont offusquées, certaines personnes se prévalant des titres de propriété sur les espaces. Certes « *La constructibilité de principe des zones urbaines n'est jamais ni générale, ni absolue* »⁶³, mais toute opération de restructuration ou de rénovation doit avoir pour finalité l'amélioration de la qualité de vie des populations, et doit se mettre en œuvre au travers des procédures conciliantes. Elle doit donc nécessiter des actions d'accompagnement des populations délogées de leurs habitats, et par l'effectivité des actes de rénovation sur les terrains affectés.

Les opérations d'aménagement dans les différentes collectivités sont insipides en termes d'amélioration de la qualité de vie. Elles sont orientées principalement vers des considérations économiques. C'est ainsi qu'elles portent de manière privilégié sur la construction des marchés, des parkings payants. Les actions ayant un impact direct sur la qualité de vie telles que la construction des points de distribution d'eau potable, le drainage des cours d'eau, la gestion des déchets⁶⁴, le traitement des espaces naturels urbains sont minorées. Pour ce dernier exemple, il faut dire que la quasi-totalité des collectivités locales sont déficientes. Pourtant, « *le sol naturel*

⁶² On pense ici aux opérations de restructuration et de rénovation urbaine.

⁶³ SEYDOU TRAORE, « Le droit de l'urbanisme dans ses rapports avec les droits fondamentaux... », *op.cit.*, p. 54.

⁶⁴ L'on peut observer pour s'en offusquer que le centre de traitement des déchets de la ville de Yaoundé se trouve en plein centre urbains. Les populations cohabitent au quotidien avec les odeurs qui constituent un risque pour leur santé. Ce lieu avait certes été adopté au moment la ville ne s'étaient pas encore aussi répandue, mais la prévision aurait pu permettre une déportation vers un endroit plus reculé.

représente avant tout un patrimoine collectif remplissant une fonction de détente et de repos dans le respect des règles de la domanialité publique »⁶⁵. Les populations sont privées de la jouissance de ces espaces dans les collectivités qui en bénéficient en grand nombre et donc la seule action attendue est celle de l'aménagement.

II-LA DENSIFICATION DU FINANCEMENT DES PROJETS D'AMENAGEMENT URBAIN

La constitution du financement est l'un des éléments qui paralyse la mise en œuvre des projets d'aménagement urbain. On peut le constater actuellement avec le retard et les complications rencontrées par le projet de construction d'une nouvelle capitale pour l'Egypte, lesquelles difficultés sont principalement liées à la disponibilité du financement. Les opérations de restructuration des villes existantes sont également concernées par ces difficultés. La coopération décentralisée constitue un atout dans ce sens par sa capacité à faciliter l'aide au développement (A), et de constituer l'emprunt extérieur (B).

A- L'intégration des collectivités dans le bénéfice de l'aide au développement

L'aide au développement est un apport financier constitué sous la forme d'une contribution volontaire et non lucrative ou quasi non lucrative aux projets de développement. De ce fait, elle apporte un plus au financement des projets initiés dans les États ayant suscité le besoin. L'accroissement du financement se traduit par l'inscription des collectivités au bénéfice des programmes de désendettement (1), et par la facilitation de l'accès à la générosité internationale (2).

1- La participation aux programmes de désendettement de l'État

Les programmes de désendettement sont des initiatives visant un allègement de la dette de l'État, voir sa suppression totale. Par le désendettement, l'État rembourse sa dette, mais les sommes restituées sont réinvesties par l'État ou l'organisme créancier dans les projets de développement de l'État emprunteur.

⁶⁵BOUTET (D), YENGUE (J-L), « Le traitement diversifié des espaces naturels urbains », *La revue foncière*, n° 8, novembre-décembre 2015, p. 14.

Un cas concret de financement est l'initiative PPTE auquel le Cameroun a été éligible. Les fonds remboursés par le Cameroun ont été réinvestis par les prêteurs dans les projets de développement sous des formules bien précis. Dans le cadre des relations de prêt entre le Cameroun et la France, la dette a été réinvestie sous la forme des contrats C2D c'est-à-dire contrat de désendettement et développement.

Les contrats C2D financent de manière prioritaire les projets sociaux. L'on y retrouve le financement des projets d'assainissement urbains dont ont bénéficié les communautés urbaines de Douala et Yaoundé. Organisé en phase, le programme C2D a plutôt pris l'orientation du financement des projets régionaux. Il a en effet été mis en place un volet C2D capitales régionales qui permet d'améliorer l'aménagement de nos principaux centres urbains.

- La ville de Bertoua a bénéficié de l'illumination des rues grâce à la construction de 60 candélabres solaires
- La construction de 254 équipements de services urbains (latrines scolaires, kiosques à eaux, toilettes publiques, candélabres solaires)
- Le désenclavement de certaines villes par la construction de nouvelles routes (Bafoussam, Garoua, Bertoua)

Pour cette dernière vague du C2D (2019-2022), il a été décidé d'apporter un appui à la décentralisation, de participer à la reconstruction des régions sinistrées par les conflits. Les collectivités locales trouvent ainsi un appui financier aux programmes d'aménagement.

2- L'accès à la générosité internationale

La générosité internationale est une contribution non intéressée aux politiques de développement manifestée par les organismes internationaux, les États ou les collectivités locales étrangères. C'est un appui financier qui se met en œuvre généralement en période de catastrophes, de conflits subit par un territoire. Les partenaires extérieurs de l'État apportent leur concours, leur soutien, aux opérations de reconstruction des zones sinistrées.

Le 15 mars 2015 s'est tenue une conférence mondiale des Nations Unies sur la réduction des risques de catastrophes. L'objectif était d'adopter un cadre de réduction des risques de catastrophes pour l'après 2015 et définir des modalités pour la mise en œuvre d'un nouveau cadre. L'objectif

est de contribuer à renforcer la résilience face aux catastrophes en intégrant la réduction des risques dans les mesures de développement en particulier l'aménagement du territoire et l'amélioration des normes et des codes dans le domaine du bâtiment. Il existe également des programmes particuliers avec des objectifs bien précis. On pense ici à l'orientation du fond vert pour le climat vers l'appui à la mise en œuvre du cadre de réduction des risques de catastrophe post-2015. Plus d'une dizaine d'entités mondiales et régionales en ont déjà bénéficiées.

Les ONG sont également d'un appui financier. Il s'agit principalement des ONG d'assistance humanitaire, de défense et de protection des droits de l'Homme. L'assistance et plus globalement le secours aux citoyens rentre dans la mission d'une ONG, elle qui « *est une association déclarée ou une association étrangère autorisée conformément à la législation en vigueur, et agréée par l'administration en vue de participer à l'exécution des missions d'intérêt général* »⁶⁶. Les ONG contribuent financièrement aux programmes de reconstruction des zones sinistrées, aux projets d'aménagement urbains permettant l'insertion de la femme, des personnes défavorisées, des personnes handicapées. Il existe bien des exemples qui montrent « *comment une ONG peut participer à la volonté des politiques nationales et multilatérales de restructuration politico-sociale des communautés dans une logique économique particulière tout en agissant au nom de la « promotion d'initiatives communautaires* »⁶⁷.

La survenance d'un sinistre dans une partie du territoire emporte la compétence première des autorités locales pour trouver des solutions. Cela est d'autant plus logique dans la mesure où l'élargissement des compétences revendiquées par les collectivités et même par les populations locales signifie aussi plus de responsabilité. Il ne s'agit pas de dédouaner l'Etat de ses responsabilités, mais de mettre ces collectivités en face de leurs devoirs. Certaines catastrophes qui se sont déroulées au Cameroun ont une grande part de cause dans le laxisme, l'inertie et la négligence manifestés par les collectivités locales. L'éboulement de terrain qui s'est produit en 2019 dans la région de l'Ouest en est un parfait exemple. Les populations se sont progressivement installées dans des flancs de montagne qui sont des zones inconstructibles au vu et au su des autorités locales. La coopération décentralisée aurait pu servir à juguler ce genre de problématique

⁶⁶ Article 2 alinéa 1 de la loi n°99/014 du 22 décembre 1999 régissant les organisations non gouvernementales.

⁶⁷ LEWANDOWSKI (S), « Les compromis d'une ONG burkinabè entre politiques de « bonne gouvernance » et pouvoirs locaux », *Afrique contemporaine* 2007/1 n° 221, p. 138.

qui de tout point de vue semble être au-dessus des capacités des collectivités locales. Dans la région du Centre qui abrite la capitale, des problèmes similaires sont fréquents. Ils sont surtout portés sur la gestion des marécages qui ont été envahis par les populations. Ces dernières malgré les risques de divers natures auxquels elles y sont exposées se maintiennent dans ces espaces avec pour mobile la rareté des espaces constructibles mais surtout des coûts exorbitants d'acquisition des terrains et même ceux de constructions.

B- L'incitation à la mobilisation du financement extérieur

Les collectivités locales ont la possibilité de recourir aux concours extérieurs pour le financement de leurs projets d'aménagement urbain. Cette possibilité qui est une nouveauté dans le régime camerounais de la décentralisation s'accompagne d'un régime incitatif. Celui-ci consacre plusieurs formes d'emprunt (1) avec un régime unique allégé (2).

1- La diversification des modes d'emprunt

Dans leurs projets d'aménagement urbain, les collectivités locales peuvent recourir à l'emprunt qui au regard du nouveau code des collectivités locales peut prendre plusieurs formes. L'emprunt peut être intérieur c'est-à-dire que le financement peut être constitué par un prêt contracté chez les personnes physiques et morales à l'intérieur du territoire national. L'emprunt peut également prendre la forme internationale⁶⁸. Il s'agit des prêts contractés auprès des entités extérieures. C'est cette forme de prêt qui nous intéresse ici principalement car elle s'insère dans les relations extérieures des collectivités locales. La loi n'a pas spécifié de manière formelle les modalités de cette catégorie de financement.

A cet effet, l'emprunt peut être effectué aussi bien auprès des collectivités locales étrangères, qu'auprès des organisations internationales, des organisations non gouvernementales et de toute autres institutions publiques ou privées. Dans la pratique, l'emprunt extérieur des expériences de certaines villes africaines se fait auprès des collectivités locales étrangères. La nouvelle législation marque une nouveauté en matière d'emprunt, et les collectivités locales ont la un instrument d'amélioration de leurs financements. Toutefois, il faut dire que les collectivités locales étrangères sont impactées par les politiques d'austérités pratiquées par leurs États. Les populations là-bas ne

⁶⁸ Article 399 alinéa 3 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code générale des collectivités territoriales décentralisées.

voient plus fortement d'un bon œil l'appui financier de leurs collectivités aux collectivités du Sud, elles qui sont « *sont à l'origine de la grande majorité des travaux d'infrastructures et de réseaux permettant d'assurer une large palette de services publics : transport, voirie, alimentation en eau et en énergie, traitement des déchets et des eaux usées, équipements culturels et sportifs...* »⁶⁹.

La solidarité imposant le dépassement de ses propres intérêts, les collectivités locales étrangères ne manquent d'agir dans le sens de l'appui aux collectivités africaines. De plus, dans son principe, la coopération décentralisée Nord-Sud ne repose pas sur une volonté d'intérêt pécuniaire. Le jeu des intérêts qui irriguent les relations diplomatiques sont certes présents mais ils sont ici atténués par les besoins d'existence manifestés par les populations locales africaines très souvent privées des services de base. La coopération décentralisée a principalement une vocation humanitaire⁷⁰. A cet effet, elle constitue une solution face aux difficultés financières rencontrées par les collectivités du sud. Un accent doit donc être mis sur cet outil dans le sens de sa vulgarisation car ailleurs elle témoigne de toute la vitalité des collectivités territoriales⁷¹. Les organisations internationales font la promotion d'un partenariat entre collectivités dans le but d'instaurer dans toutes les villes un développement durable. En tant qu'acteur institutionnel et institution la plus rapproché du citoyen, la ville « *doit se faire le relais du développement durable au niveau territorial* »⁷². Elle doit pour cela utiliser tous les moyens de financement institués par la loi, ce d'autant plus qu'elles sont protégées par l'État.

2- La consécration d'un régime unique allégé

Quelle que soit la forme de l'emprunt, le régime applicable est identique. C'est un régime qui repose sur la double logique de l'autorisation et du contrôle et qui protège implicitement les collectivités locales.

Les emprunts intérieurs pour le financement des projets et opérations d'aménagement urbain sont autorisés par délibération de l'organe délibérant soumise à l'approbation du représentant de

⁶⁹ DOYEN (Y), « L'emprunt et le besoin de financement des collectivités locales : les leçons de l'histoire », *RFFP*, févr. 2019, n° 145, p. 98.

⁷⁰ PETITEVILLE (F), *La coopération décentralisée...*, op.cit., p. 169.

⁷¹ CAUDAL (S), ROBBE (F), *Les relations entre collectivités territoriales*, Actes du colloque organisé le 28 janvier 2005 par l'institut d'Etudes administratives de la Faculté de droit de l'université Jean moulin – Lyon 3, L'Harmattan, 2009, p. 9.

⁷² BLED (E), *Analyse du développement durable local et de ses facteurs d'influence*, Thèse de doctorat en Sciences de gestion, université de Pau et des pays de l'Adour, université du Pays Basque, 2016, p. 20.

l'Etat. Cette autorisation vise à cantonner l'emprunt d'abord dans le respect de l'objectif légalement consacré qui est le financement des investissements. Ensuite, l'approbation du représentant de l'État concourt à s'assurer que les opérations d'emprunt ne portent pas atteinte à la souveraineté de l'Etat, aux relations extérieures de l'Etat. Elle manifeste ainsi une atténuation a la liberté des collectivités locales qui n'est jamais totale dans le cadre d'un état unitaire⁷³. Elles visent également à s'assurer que la prévision de l'emprunt s'inscrit dans la réalisation d'une mission effective confiée à ces collectivités. En tant que garant de l'endettement des collectivités locales, l'État exerce un contrôle strict⁷⁴ qui lui permet d'anticiper sur tout potentiel dérapage car très souvent il redoute de devoir rembourser des emprunts, surtout, que les collectivités locales sont en général insolvables. Le premier niveau de précaution commence lors de la délibération des conseils des collectivités.

La délibération de l'organe délibérant fixe le montant de l'emprunt. L'exécutif local est dans l'obligation de recueillir cette délibération avant tout engagement de l'opération de prêt. Le financement par l'emprunt doit s'inscrire dans la perspective de la bonne gouvernance. Elle doit être purifié de toute action pouvant mettre en malla gestion des fonds qui pourront être octroyés. C'est l'une des raisons pour lesquelles les textes disposent clairement que « *Sont interdits les emprunts contractés auprès des personnes physiques ou morales ayant un lien direct ou indirect avec la Collectivité Territoriale* »⁷⁵.

Enfin, les emprunts extérieurs autorisés par délibération, soumise à l'approbation du représentant de l'État sont garantis par l'État. En d'autres termes, l'État se porte garant du remboursement en cas de défaillance des collectivités locales emprunteuses. Dans la plupart des cas, l'État fini toujours par rembourser les emprunts. Ceci ressort du poids financier énorme des compétences transférées aux collectivités, mais aussi et surtout de la mauvaise gestion qui les caractérisent. Cette gestion doit être revue afin que nos collectivités locales soient toujours éligibles aux programmes de financement. Cela nécessite un basculement total du model de management. De plus en plus l'on parle de nouveau management public qui repose sur les

⁷³ BAGUENARD (J), *La décentralisation*, op.cit., p. 56.

⁷⁴ SIMON (A), *Les emprunts des collectivités territoriales et la libre administration*, Master 2 administration et droit de l'action publique, université Pierre Mendès France, juin 2015, p. 8.

⁷⁵Article 399 alinéa 2 de la loi n°2019/024 du 24 décembre 2019 portant code générale des collectivités territoriales décentralisées.

méthodes du secteur privé plus efficace⁷⁶. Les services publics locaux qui bénéficient des financements doivent s'inscrire dans une logique de rentabilité.

La garantie de l'Etat n'est pas une garantie automatique. L'État lui-même fait face à des difficultés financières liées à la complexité sans cesse croissante des besoins à satisfaire. Il effectue de ce fait un contrôle strict sur l'action des collectivités locales en général et sur leurs actions extérieures. En ce qui concerne l'aménagement urbain, *il est question de « mettre fin à « l'urbanisme d'opportunité » et à la « consommation » inconsidérée des espaces agricoles et naturels* »⁷⁷. Les besoins d'emprunt soutenus sont ceux qui s'inscrivent effectivement dans cet objectif. Toutefois, le pouvoir de contrôle qu'induit le devoir de garanti ne doit pas consister en une pérennisation de la logique centralisatrice. Les collectivités locales doivent être maîtresses de la coopération décentralisée, maîtresse des politiques d'aménagement urbain car les expériences de la politique autocentrée de l'Etat n'ont pas réussi à améliorer l'image des centres urbains et le cadre de vie des populations. La question aujourd'hui est celle de savoir s'il ne faut pas « au contraire, *confectionner des types de stratégies urbaines et d'habitat susceptibles de s'adapter à des contextes locaux contrastés* »⁷⁸. La réponse s'impose avec évidence. Les collectivités locales offrent des niveaux de disparités et de spécificités qui doivent être prises en compte dans toutes les politiques publiques. Le financement apporté par la coopération décentralisée ne peut manquer d'action à soutenir. Les problèmes économiques, climatiques⁷⁹, de santé, de lutte contre la ségrégation urbaine⁸⁰, de protection des espaces naturels⁸¹ sont autant de problèmes sur lesquelles les collectivités sont attendues.

Conclusion

⁷⁶ ALISTAIR COLE, « un laboratoire de richesses : administration territoriale, gouvernance régionale et adaptation locale en Grande Bretagne », in NEMRY (J.C), *Décentralisation et intercommunalité en France et en Europe*, L'Harmattan, 2003, p. 38.

⁷⁷ TRAPITZINE (R) « Revisiter les méthodes de planification pour conserver aux communes la maîtrise de leur développement », *La revue foncière*, n° 7, septembre-octobre 2015, p. 14.

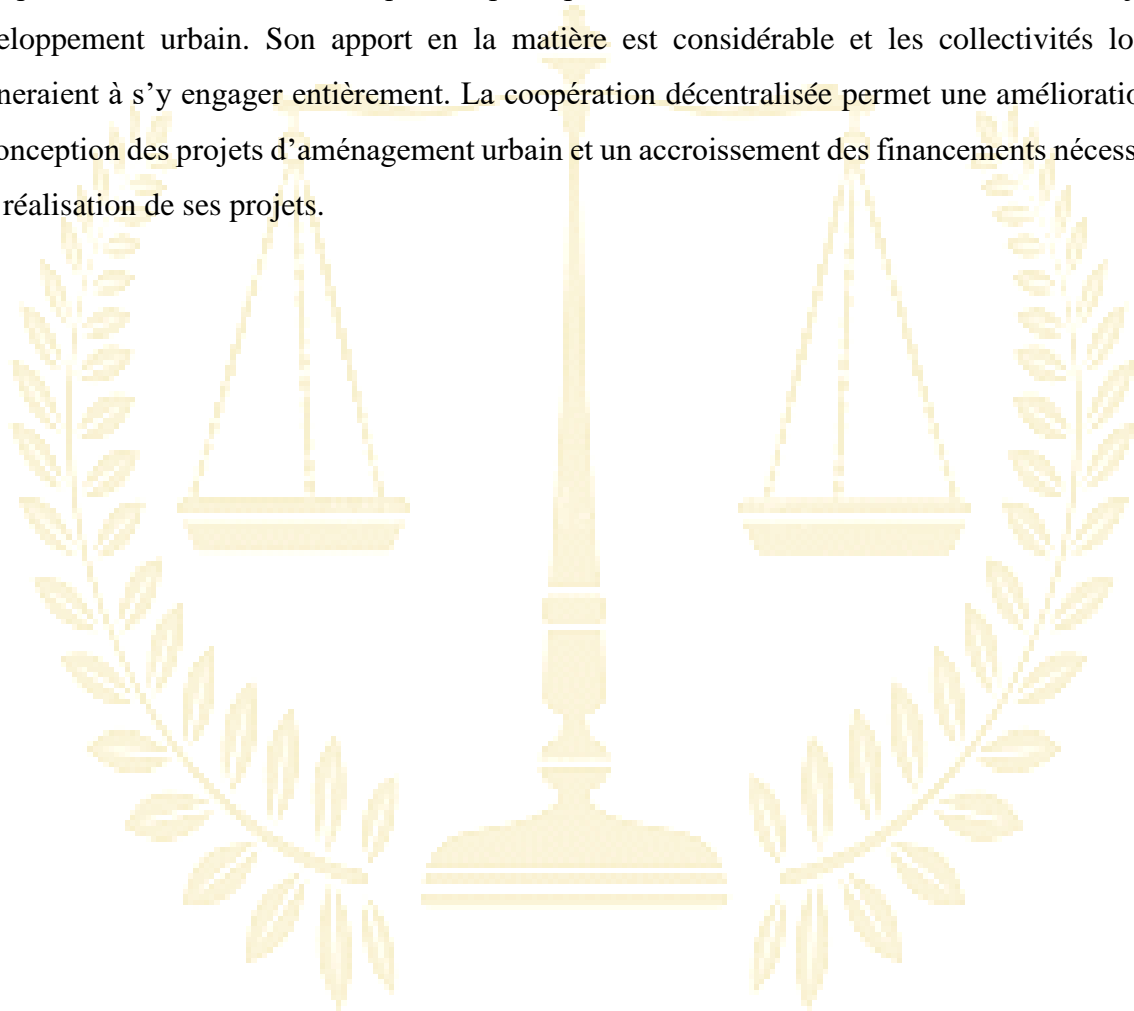
⁷⁸ BOURDON (D), NOYE (C), « L'impact des projets de rénovation urbaine », *La revue foncière*, n°11, mai-juin 2016, p. 16.

⁷⁹ TRIBILLON (J-F), « Comment produire massivement des villes capables de faire face aux défis climatiques ? », *La revue foncière*, n° 28, mars-avril 2019, pp. 19-23.

⁸⁰ BICINI (V), *Le droit de l'urbanisme et la ségrégation urbaine*, thèse de doctorat en droit, université côte d'azur, 2016, 715p.

⁸¹ CADIOU (P.Y), *Le droit de l'urbanisme et les zonages écologiques- Contribution à l'étude de l'intégration de la protection des espaces naturels*, thèse de doctorat en Droit, Université de Bretagne occidentale - Brest, 2008, 557p.

Les collectivités locales africaines et camerounaises sont limitées aussi bien financièrement qu'en terme de savoir-faire pour réaliser certaines compétences qui leur sont transférées. Toutefois, cette faiblesse n'est pas une fatalité. Des pistes de solutions sont possibles et même consacrées dans les différents textes applicables. L'un des mécanismes les plus en vogue aujourd'hui est la diplomatie des villes ou plus précisément la coopération décentralisée. La pratique de ce mécanisme révèle qu'il est principalement et même fondamentalement un objet de développement urbain. Son apport en la matière est considérable et les collectivités locales gagneraient à s'y engager entièrement. La coopération décentralisée permet une amélioration de la conception des projets d'aménagement urbain et un accroissement des financements nécessaires à la réalisation de ses projets.





SCIENCE POLITIQUE

De la prévention de la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun : Entre acteurs, éducations et programmes.

From the prevention of the fight against illegal emigration in Cameroun : Between actors, educations and programs.

Par :

Olivier Magloire MANGA

Doctorant / Ph. D en Science Politique à la faculté des sciences Juridiques et Politiques de L'Université d'Ebolowa (Cameroun)

oliviermagloiremanga773@gmail.com

Page | 601

Résumé :

L'objet de cette communication porte sur les politiques en matières d'émigration clandestine au Cameroun. En effet les textes de lois et de décisions significatives sur la question datent de l'époque coloniale. À ce sujet, la loi la plus récente promulguée en 1997 par le président de la république et révisée en 2008 est encore embryonnaire. Les politiques de lutte contre l'émigration irrégulière y sont partiellement abordées. La nature et l'évolution de ce phénomène sont relativement étudiées en sciences sociales et s'y intéresser permet de cerner une fois de plus sur ce que fait l'État du Cameroun et ses partenaires au développement dans la lutte contre ce phénomène. À ce niveau de la réflexion, la scène politique camerounaise révèle qu'au-delà du discours l'État et ses partenaires déploient comme mécanisme la prévention afin d'éradiquer ce phénomène. Au-delà de la surveillance des frontières, cette stratégie est rendue possible par une forte campagne d'information et une coopération préventive à distance via les programmes. Si l'objectif à l'évidence est la construction de l'État et l'incitation des jeunes à participer au développement local, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève deux questions fondamentales : Comment se pratique la prévention de la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun ? Quels sont les acteurs notamment nationaux et internationaux qui se partagent cette stratégie ?

Mots clés : prévention, lutte contre l'émigration clandestine, émigration clandestine, émigration, clandestine, acteurs, éducations, programmes.

Abstract :

The subject of this communication concerns policies on illegal emigration in Cameroon. Indeed, the texts of laws and significant decisions on the issues date from the colonial era. The most recent law promulgated in 1997 by the president of republic and revised in 2008 is still embryonic. Combating illegal emigration are partially dealt with there. The nature and evolution of illegal emigration in Cameroon are relatively studied in social sciences. Taking an interest in it makes it possible to identify once again what the state of Cameroon and its development partners are doing in the fight against illegal emigration. However, the cameroonian political society reveals that beyond the discourse the state and its partners are deploying prevention as a mechanism in order to eradicate this phenomenon. Beyond border surveillance, this strategy is made possible by strong awareness-raising and remote preventive cooperation. If the objective of this policy is obviously to build the state and encourage young people to participate in local development, the fact remains that it raises two fundamental questions : How is prevention practiced in the fight against illegal emigration in Cameroun ? Who are the national and international actors who share this strategy ?

Keys words : prevention, fight against illegal emigration, illegal emigration, actors, educations, programs.

Introduction

Le XX^e siècle a connu plus de mouvements de personnes qu'aucune autre période, en lien avec la démographie, comme les opportunités de mobilités de plus en plus développées dans un monde où les distances géographiques et culturelles se réduisent quotidiennement, en raison des modes de transports rapides et à moindre coût ou en lien avec le développement des technologies de l'information et de la communication. Ce faisant, tous ces éléments contribuent à la mobilité des ressortissants des pays en développement que ce soit par choix ou dans l'optique de conditions de vie et de travail plus favorables : ce sont les migrations internationales. Elles sont devenues un enjeu majeur du XXI^e siècle dont on ne sait de manière absolue ou certaine les retombées. En nous intéressant à ce que le gouvernement camerounais fait pour empêcher ou réduire les départs clandestins de ses citoyens vers l'extérieur, la présente recherche s'inscrit dans une évaluation de l'action publique¹ migratoire mise en œuvre par le Cameroun. Ainsi, face à ce phénomène d'émigration clandestine les États deviennent plus faibles dans leurs capacités à gérer les flux migratoires et à mettre en œuvre une politique publique migratoire ou une action publique de lutte contre l'émigration clandestine. Ils sont très souvent soutenus et aidés par les acteurs publics de lutte contre ce phénomène par les réseaux transnationaux ou supra-étatiques tels que les ONG et Organisations intergouvernementales (OIG) dans l'énoncé d'une gouvernance mondiale des migrations.

Au Cameroun, les flux migratoires actuels se traduisent par deux mouvements : un mouvement général des campagnes² vers les villes et une tendance à l'émigration vers l'Europe (Espagne, France, Italie). Cependant, La France est le pays privilégié de destination des émigrants camerounais au nombre de 38530³. La plupart d'entre eux sont des émigrants de longue durée ; 40% demeurant plus de 10 ans dans leurs pays d'émigration et 16% sur la période de 5 à 10⁴. L'émigration clandestine camerounaise hautement qualifiée est importante : en 2000, 17% de la population camerounaise ayant un niveau d'enseignement supérieur à émigrer. malgré sa diversité, le Cameroun subit depuis des années une forte émigration clandestine de ses citoyens vers

¹ LASCOUMES (P.) et Le GALES (P.), *Sociologie de l'action publique*, Paris, PUF, 2013.

² PIGEAUD (F.), « Les citadins précèdent les ruraux », *Défis Sud*, Vol. (6), n°77-Bimestriel mai - juin 2007, pp. 105-108.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

l'extérieur à « tout prix » et par « tous les prix » et ceci pour diverses raisons (facteurs économiques⁵, sociaux, éducatifs, environnementaux, sanitaires et culturels)⁶. Ceux qui veulent quitter le Cameroun sont en tout cas très nombreux. En 2007, une petite association, l'Association de Lutte Contre l'émigration clandestine (ALCEC), avait mené une enquête auprès de 500 jeunes : ses conclusions montraient que 83% des jeunes 15-35ans interrogés avaient l'intention de quitter le pays. Comme l'affirme un jeune collégien rencontrée⁷ dans la capitale économique : « *si je reste au Cameroun, ma vie est foutue. Rien n'est fait pour encourager les jeunes alors que notre pays est riche* », pour ce jeune entrepreneur qui fait dans le recyclage des déchets plastiques : « *quoi qu'on fasse, l'État tue les initiatives. Quand quelque chose marche ici, au lieu de l'encourager, il le freine* ». Alors l'émigration clandestine encore très rare au début des années 90 est en augmentation⁸. Dans ce désir de partir à « tout prix » en Europe, on assiste à l'émergence d'une émigration irrégulière par « étape ». C'est ainsi que « des réseaux⁹ » s'étendent du Cameroun jusqu'aux pays du bassin du Lac Tchad, Niger et du Sénégal pour relier l'Europe. Ce trajet repose sur de multiples réseaux de « facilitateurs-passeurs¹⁰ » et malgré son caractère périlleux il entretient et suscite de nombreuses vocations. Les émigrants clandestins camerounais qui les alimentent n'hésitent pas à traverser le Sahel et le Sahara¹¹ parfois au prix de leurs vies pour se rendre dans les pays européens en passant par Tamanrasset, Sabha, Tanger, Benghazi, Tripoli, Oran etc..... Où ils sont à la recherche du travail ou mieux des meilleures conditions de vie qui fait défaut chez eux dans le pays de départ. C'est le cas de cette camerounaise nommée Léa Carine Madjo KOUOTSO née le 24-07-1988 et son fils Ange Yanis NYANSI KOUOTSO¹² né le 17-10-2019 qui perdent la vie le 29-05-2021 par noyade en cherchant à rejoindre l'Italie. Isabelle MPUMA¹³ âgée de 37 ans coiffeuse de profession qui perd la vie au désert du Niger en tentant de rejoindre l'Eldorado le 25-07-2021. de ces 55 africains dont une trentaine de camerounais (10 de

⁵ Selon le président du GICAM Célestin TAWAMBA, 13000 personnes ont été licenciés au Cameroun par les entreprises en 2021, cité par le journal *ecomatin* du 4 juillet 2021.

⁶ Docquier et Marfouk, *International Migration by educational attainment*, 2005.

⁷ Entretien du 5 janvier 2022.

⁸ PIGEAUD (F.), *Au Cameroun de Paul Biya*, Paris, Éditions Karthala, 2011, pp. 224-225.

⁹ YAMBENE (H.), « Du Bassin du Lac Tchad vers l'Afrique du Nord. Acteurs, Itinéraires et configurations territoriale d'un système migratoire », *Revue internationale des sciences humaine et sociale*, Vol 1, n1, 2006, pp. 91-112.

¹⁰ YAMBENE (H.), « Acteurs et filière du système migratoire du bassin du Lac Tchad » in *communication lors du colloque international sur la circulation migratoire et reconfiguration territoriale entre l'Afrique Noire et l'Afrique du Nord*, le Caire, 17 au 18 novembre 2005, p. 17.

¹¹ MAZZELLA (S.), *Sociologie des migrations*, Paris, PUF, p. 104.

¹² Source : VOA (Consulté le 29 novembre 2022).

¹³ CRTV News, (Consulté le 30 novembre 2022).

Bépenda) qui perdent la vie par noyade au large de l'Italie le 30-07-2021¹⁴. Des 15 corps retrouvés abattus par balles à la tête en plein désert (8camerounais, 1nigérien, 3malien, 2ivoirien et 1burkinabé) identifiés par les autorités libyennes. De 70 migrants morts au large de la Libye dont 32 camerounais¹⁵ et la mort de 45 africains au large du Maroc¹⁶ tentant de rejoindre l'Europe. De 130 morts suite à un naufrage migrant d'une embarcation en méditerranée au larges des côtes libyennes le 15 mai 2022¹⁷, la mort d'un jeune camerounais¹⁸ à la frontière algérienne le 22 juillet 2022.

Depuis 2015 , plus de 7000 personnes sont mortes dans le « Ventre de l'atlantique¹⁹ » ou mieux en méditerranée centrale en tentant de rejoindre « l'Eldorado » faisant de cette route vers l'Europe l'une des plus meurtrières au monde .cependant, on n'a pas d'information sur celles qui sont mortes avant même d'atteindre la mer en traversant le désert mortel et sans fin du Ténére au cœur du Sahara malgré les efforts des États. En 2016, les statistiques de l'OIM parlent de plus de 7500 morts et principalement victimes par noyade, en 2017 plus de 100 milles personnes mortes et en 2018, environ 75000 personnes ont péri dans la méditerranée. Ces records comptent le Mali, la Cote d'Ivoire, le Maroc, le Nigeria, le Cameroun, la Guinée comme pays d'origine et les USA, la Russie, l'Allemagne, l'Italie, la France, l'Espagne comme pays d'accueil. L'émigration clandestine ayant longtemps fait l'objet de médiatisation dans l'espace public et de saisine par les autorités publiques et acteurs divers (le député Cathy Meba, le Ministre Jean de Dieu MOMO²⁰, l'honorable Nourane FOSTER²¹, père Ludovic LADO²², Célestin NJAMEN²³) a poussé certains artistes camerounais comme Sergeo Polo, Coco Argenté à chanter à ce propos « l'Europe n'est pas le paradis », « il y a aussi la galère là-bas ». L'on pourrait penser que leurs textes sont de nature à

¹⁴ Source : groupe les Bozaryeurs sur leur page Facebook. <http://m.facebook.com/r.php?next=fm.Bozaryeurs/> (Consulté le 10 octobre 2022).

¹⁵ [Http// : www.iom.int/sites/default/statistics-migration/files/our-work/key-highlights.pdf/](http://www.iom.int/sites/default/statistics-migration/files/our-work/key-highlights.pdf/), (Consulté le 17 octobre 2022).

¹⁶ Ibid.,

¹⁷ France 24, (Consulté le 16 octobre 2022).

¹⁸ Source : *Info Migrant confère*, <https://www.infomigrants.net/index/category/h-migration-africa-traffic/> (Consulté le 23 octobre 2022)

¹⁹ DIOME (F.), *Le ventre de l'Atlantique*, Paris, Éditions Anne Carrière, 2003, p. 220.

²⁰ Ministre délégué à la justice du Cameroun.

²¹ Député du Parti Politique PCRN Sur leurs comptes Facebook.

²² Dans l'émission Sacré matin sur Radio Balafon du 04 août 2021.

²³ Dans l'émission ABK matin sur ABK Radio du 5 août 2021.

décourager. Pourtant, il retrace par expérience les réalités vécues. Le discours de : « laissez-nous aller découvrir que Mbeng²⁴ n'est pas le paradis » doit cesser.

Par ailleurs, la logique juridique et la migration au Cameroun n'est pas à délaissier à cause de la place importante de la réglementation sur la question. Cet aspect nous amène inévitablement à visiter les politiques publiques en matière de migration. Politiques publiques qui sont pour l'essentiel régies par des lois et des accords. Cette réglementation est soit nationale²⁵, soit internationale. Les textes en amont, soit dans le cadre de la protection des droits Humain, soit dans les cadres régionaux (UE, CEDEAO, CEMAC, ACP-Caraïbes...) et sont entrés dans les ordonnancements juridiques nationaux à travers la ratification. Ces textes visent, soit à régler l'entrée, le séjour et la sortie des territoires nationaux, soit la gestion des flux migratoires, soit la garantie et la protection de certains droits des migrants et des catégories précises d'individus vivant hors de leurs pays d'origine ou de ce qui est supposé en tenir lieu. Sans être exhaustif citons : la DUDH 1948 (art. 13 ;14 ; 15) ; le pacte des droits civils et politiques 1966 (art. 12 ; 13 ; 16) ; protocole contre le trafic illicite des migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. De même, le 13 septembre 2012 le premier ministre a signé un décret portant création, organisation et fonctionnement du comité de pilotage et de suivi des flux migratoires au Cameroun. Ces différentes mesures institutionnelles qui contribuent à asseoir les bases institutionnelles des activités de gestion de la migration de manière générale témoigne avec évidence de l'intérêt que le Cameroun accorde au phénomène. Ainsi, la loi n°64-LF-14 du 26 juin 1964, relative à la répression de l'émigration clandestine des nationaux camerounais²⁶ et celle n°74-21 du 05 septembre 1974, portant sur la répression de l'émigration et de l'immigration clandestine. Ces deux lois édictent à tout camerounais désireux de quitter le territoire de faire une demande de sortie auprès des services de police²⁷ (art.1^{er}). À ce niveau, le Cameroun dispose d'un groupe de travail interministériel sur les questions de migrations

²⁴ France ou par extension Europe, dans le jargon camerounais.

²⁵ Pour le Cameroun, une loi essentielle existe, elle est l'instrument principal de de l'État en matière des migrations au Cameroun ; il s'agit de la n°97/012 du 10 janvier 1997, relative aux conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. Loi entrée en vigueur grâce au décret d'application n°2007/255 du 04 septembre 2007 fixant les modalités d'application de la loi de 1997 ; ce décret d'application a été modifié et complété par un autre plus récent n°2008/052 du 30 janvier 2008. Une autre loi régit le statut des réfugiés au Cameroun ; c'est la loi n°2005/006 du 27 juillet 2005.

²⁶ SINDJOUN (L.), *État, individus et réseaux dans les migrations africaines*, Paris, Karthala, 2004.

²⁷ L'article 2 de la loi de 1974 stipule : « Tout camerounais ou étranger qui désire quitter le territoire national doit présenter à l'autorité compétente de police un passeport ou un laissez-passer ou tout autre titre de voyage en cours de validité revêtu d'un visa de sortie ».

et de développement. Ce comité est piloté par le service des migrants, situé au Ministère des Relations Extérieures et opérationnel depuis 2007. Ce comité a déjà eu à collaborer avec l'Organisation Internationale pour les Migrations. La question des migrations étant transversale, ce comité est constitué de tous les départements ministériels de l'administration camerounaise (MINREX, MINATD, MINFOP, DGSN, MINJUST etc.) chaque département ministériel doit identifier des thèmes portant sur la migration. Leurs contributions sont transmises au MINREX chargé de rédiger le nouveau cadre de la politique migratoire du Cameroun avec la DGSN au cœur de la mise en œuvre de la politique d'émigration, d'immigration et de sécurisation/gestion des frontières nationales.

La lutte contre l'émigration clandestine rend donc compte des stratégies que les acteurs nationaux et internationaux utilisent pour éduquer et moraliser les potentiels émigrants irréguliers. Cette prévention se pose donc, en tant que construite par les acteurs qui agissent sur « *l'arène politique*²⁸ », sur « *l'espace public* », en fonction de leurs « *ressources*²⁹ » et des « *structures d'opportunités*³⁰ » qui s'offrent à eux. Les acteurs peuvent mettre fin à ce phénomène par de nombreux stratagèmes. La plupart des mécanismes mis en place par ceux-ci, oscillent entre volonté d'ouverture à une campagne d'information et à une constante coopération transnationale du phénomène³¹. L'enjeu demeure toutefois le même et est défini en fonction du niveau d'implication des autorités et en fonction du degré des campagnes d'information destinées à l'émigration irrégulière en décourageant les potentiels émigrants clandestins de quitter le Cameroun. L'objectif est de sensibiliser les populations des régions de départ à propos des dures conditions de vie des migrants en situation irrégulières pendant leurs trafics dans les pays de destinations, de façon à ce qu'elles perçoivent l'option migratoire non comme une opportunité ou une chance mais comme une source de danger et de vulnérabilité.

La lutte contre l'émigration non réglementaire s'assimile tout aussi, à une occasion pour les acteurs de prendre conscience de la valeur du capital humain dont le pays dispose. Il en est ainsi en ce qu'elle « *est un moyen de mobiliser, de conserver les jeunes camerounais et de*

²⁸ DAHL(R.), *L'analyse politique contemporaine*, Paris, R. Laffont, 1973.

²⁹ Sur les ressources politiques lire, LACAM (J.P.), « Le politicien investisseur : un modèle d'interprétation de la gestion des ressources politiques », *Revue française de Science politique*, n38, 1988, pp.

³⁰ John KINGDOM, *Agenda, alternatives and policies*, Boston, Little Brow, 1984.

³¹ PECOUD(A.), « Contrôle des frontières, campagnes d'information et crédibilité des politiques d'immigration », *Revue Asylon(s)*, n8, juillet 2010-septembre 2013, p. 3.

développer en eux le sens de la responsabilité pour leurs pays. Ils doivent donc renoncer au projet d'émigration clandestine³² ». C'est donc pour ainsi dire, une prévention qui nécessite au regard des acteurs et des bénéficiaires un encadrement spécifique en considérant les nombreux enjeux qui la sous-tendent.

Il nous échoit dans l'objet de cette communication de cerner les enjeux de la prévention au travers de son encadrement public et privé, de son ouverture transnationale et de sa logique conscientisante. C'est pourquoi à partir du cas camerounais, nous ferons valoir dans cet article que la sensibilisation est une arme de dissuasion pour stopper l'émigration clandestine (I) sans toutefois occulter une coopération transnationale au service d'une prévention effective (II).

I- LA SENSIBILISATION : UNE ARME DE DISSUASION POUR STOPPER L'ÉMIGRATION CLANDESTINE.

L'idée soutenue ici est que, les promoteurs des campagnes de sensibilisation justifient cette action par la nécessité de lutter contre les départs clandestins des jeunes, le trafic et la traite d'êtres humains, qui prospèrent sur l'illusion des migrants potentiels quant à une vie meilleure à l'étranger. C'est ainsi qu'en les informant sur des risques liés à l'émigration irrégulière, les campagnes d'information devraient contre carrer ces faux espoirs et en conséquence, lutter contre les filières clandestines des « passeurs-facilitateurs³³ ». Par le biais de la sensibilisation, les méthodes traditionnelles de contrôle des flux migratoires, comme la surveillance des frontières sont complétées par des tentatives de convaincre les jeunes migrants camerounais de rester chez eux. Il s'agit notamment, de voir l'influence de certains acteurs dans cette politique. Une idée nous renseigne sur le rôle décisif de la société civile (A) et sur ce que font les médias et les réseaux sociaux (B)

A- Le rôle décisif de la société civile

La société civile « intègre les acteurs associatifs, les organisations internationales ou de groupes catégoriels, aux organisations communautaires, aux ONG, aux organisations religieuses, aux organisations intellectuelles, aux organisations professionnelles avec une connotation positive, pour désigner tous les groupes, acteurs et institutions qui s'organisent et

³² Entretien avec l'honorable NOURANE FOSTER, député du parti PCRN, Douala, 22 avril 2022.

³³ YAMBENE (H.), Op.cit., p.17.

*interviennent hors de l'État et/ou entendent rester hors du champ de la compétition politique*³⁴ ». C'est en ce sens que nous comprenons la société civile dans le cadre de cette communication.

Au printemps 2006, le ministre de l'intérieur belge lançait une campagne en République Démocratique du Congo pour décourager les congolais de migrer et de demander l'asile en Belgique. Un réalisateur³⁵ Belgo-congolais a ainsi été engagé pour réaliser un film destiné à être diffusé sur les chaînes congolaises. Intitulé « *Vanda na Mboka*³⁶ ». Ce film dépeint les plus sombres parcours des émigrants clandestins, il décrit en particulier les conditions de vie dans un des centres de détentions. Le ministre de l'intérieur de cette époque s'est défendu suite à la colère des organisations de protections des droits de l'homme qu'il est juste d'informer les migrants potentiels de ce qui les attends en Belgique et de les décourager de payer des sommes importantes à des passeurs. Cette histoire met en lumière l'apparition des campagnes d'information dans la lutte contre l'émigration clandestine. L'objectif de cette stratégie est de convaincre les émigrants de ne pas partir. Ces derniers doivent être sensibilisés aux conditions de vie des émigrés clandestins afin qu'ils perçoivent plus l'émigration clandestine comme source de dangers. En diffusant des informations sur les risques encourus, ces campagnes entendent contrer ces espoirs.

Au Cameroun, on note une société civile plus dynamique sur la question avec des actions éducatives et d'encadrement qui mérite une attention particulière en notre sens. C'est le cas de l'OIM³⁷ qui mène des campagnes de sensibilisation sur l'émigration irrégulière. On peut retenir ici une formation des partenaires de sensibilisation sur les objectifs de la sensibilisation où nous avons effectué une observation participante le 1^{er} Mars 2022 dans la salle de conférence de l'OIM à Yaoundé et le 19 décembre 2022 à Douala avec les membres du SYNAMOCAM (Syndicat National des Mototaxis du Cameroun). C'est autour du slogan « *Mollah briss*¹⁰⁸ *au Cameroun c'est possible* » que le bureau national de l'OIM a circonscrit son terme. En effet, depuis le début de l'initiative conjointe UE-OIM pour la protection et la réintégration des migrants de retour au

³⁴ NAY (O.), *lexique de science politique*, Paris, 4^e édition Dalloz, 2017, p. 1048.

³⁵ « Assieds-toi au pays », le Soir (Bruxelles), 4 mai 2006. (Consulté le 10 Juin 2022).

³⁶ Assieds-toi au pays dans le jargon congolais.

³⁷ Créée en 1951, l'OIM est une agence internationale basée à Genève ; sans être membre du système des Nations Unies, elle constitue l'organisation de ce type-là plus importante dans le domaine des migrations. Sa présentation souligne que « les migrations organisées, s'effectuant dans des conditions décentes, profitent à la fois aux migrants et à la société toute entière ». En l'absence d'étude indépendante sur les activités et le fonctionnement de l'OIM, son site web représente la principale source d'information. ¹⁰⁸ Réussir dans le jargon camerounais.

Cameroun en Juin 2017, l'OIM met en œuvre une campagne de sensibilisation dont l'objectif est de permettre aux migrants et aux potentiels émigrants clandestins de prendre des décisions informées quant à leurs parcours migratoires et sensibiliser les communautés sur la migration clandestine.

La présente campagne de sensibilisation inscrite sous le « *Special Measure Project* » (SMP) de l'initiative conjointe, a été orienté vers deux thématiques principales : présenter à la cible des conséquences psychosociales de la migration irrégulière sur les retournés et leurs communautés afin d'éveiller une prise de conscience des conséquences sur le long terme de cette initiative ; et promouvoir l'auto-emploi et le développement local à travers l'économie verte. Pour cette année de campagne, les activités ont été gravies autour des causeries éducatives avec en prime l'accompagnement des clubs et associations scolaires qui rendra pérenne la sensibilisation en milieu scolaire ; les causeries communautaires avec les leaders associatifs, communautaires, religieux et administratifs ; les causeries au sein des clubs sportifs ; l'organisation d'émission radiophoniques ; la gestion d'une ligne WhatsApp afin de permettre à la cible de rester en contact permanent avec les agents de sensibilisation et de gestion d'une campagne digitale accentuée.

Trois partenaires dont des associations de la société civile ont été choisis pour mettre en œuvre les activités de sensibilisation. On note : l'Association des Rapatriés et de lutte contre l'Émigration Clandestine au Cameroun (ARECC) et l'Organisation pour l'Éveil des jeunes sur la Migration Irrégulière et la Traite des personnes (OEMIT), qui sont toutes deux des associations formées par les migrants de retour ayant eu des expériences migratoires difficiles ; et la Community Humanitarian Emergency Board (COHEB Int'l) qui est une organisation de jeunes avec pour vocation d'apporter une assistance aux populations affectées par des crises. Comme nous l'avons constaté sur le terrain, en plus du slogan défini avec les partenaires de sensibilisation et testé sur un échantillon de jeune ; trois messages de sensibilisations ont été apposés sur les outils de visibilité : « *Rester, c'est aussi un choix de réussite !* » ; « *Pour ma sécurité, je fais des choix informés !* » ; « *Ma terre promise c'est chez moi !* » ces différents messages ne se limitent pas à des simples slogans. Ils visent à influencer les décisions et la psychologie des jeunes dans leurs visions du parcours migratoires. « *Ils ont été les reflets de la volonté des parties prenantes de l'initiative d'aider les jeunes non seulement à prendre des décisions informées quant à leurs*

parcours mais, également de les sensibiliser sur les possibilités de réussite locale³⁸ ». De manière générale, « ce sont 10000 personnes qui devront être touchées par les messages de sensibilisation dans les régions du Centre, du Littoral et de l'Ouest. Depuis 2017, date du démarrage de l'initiative conjointe UE-OIM pour la protection et la réintégration des migrants au Cameroun, environ 50000 personnes ont été touchées par les campagnes d'information sur les risques et les dangers de la migration irrégulière¹¹⁰ ».

Lors de ces campagnes éducatives, l'OIM et ses partenaires ont également eu recours à des affiches publicitaires collées sur les murs ; poteaux ; véhicules ; établissements scolaires dans les villes tels que Douala ; Yaoundé ; Ngaoundéré et Bafoussam avec des slogans et sans ambiguïtés comme : « *Vous n'êtes pas à vendre* » ; « *L'être humain n'a pas de prix* » ; « *Ouvrez les yeux !* » ; « *Ne vous laissez pas piéger* ». Certaines affiches représentaient de belles femmes blanches, souvent à moitié nues, dans des structures de détresses et dans des attitudes caractéristiques des travailleuses du sexe. Des annonces typiques assimilables à des agences qui offrent des emplois ont été reproduites « *Agences honnêtes offrent aux femmes de bons emplois à l'étranger* » complétées par des slogans tels que : « *Le retour à la maison ne sera pas facile* » ; « *Es-tu certaine de savoir ce qui t'attend ?* ». Un court texte un peu plus en bas à la première personne ici relate ce qui est arrivé à la femme sur l'affiche, comment elle souhaitait quitter son pays, comment elle a été abusée par des mafieux et forcée à se prostituer. D'autres affiches montrent des femmes dans les situations vulnérables, comme dans une cage avec les slogans comme : « *Veux-tu échanger ta dignité, ta liberté et ta santé pour une cage ?* » ou dans les mains d'un homme l'échangeant contre de l'argent : « *Tu seras vendu comme une poupée* ».

Par ailleurs dans la même mission, l'association SMIC (Solution aux Migrations Clandestine) en connivence avec l'association Our destiny³⁹, Welcome Back Cameroun ont organisé une campagne pour sensibiliser les jeunes sur les risques de l'émigration clandestine au centre de formation Don Bosco dans le quartier Mimboman à Yaoundé et à l'institut français de Douala le 25 et 29 Avril 2018. En présence des représentants du ministère de la jeunesse et de

³⁸ Propos recueilli auprès de MOUKOKO Henri, Agent sensibilisateur de l'OIM à Douala. ¹¹⁰

Propos recueilli auprès de Gisèle MASSINA du bureau national de l'OIM à Yaoundé.

³⁹ Association créée par le rappeur Général Valsero.

l'observatoire national de la jeunesse, cet événement s'est animé des causeries éducatives avec les lycéens et jeunes conviés. La campagne ayant été lancée officiellement quelques jours plus tôt à Bafoussam dans la région de l'Ouest du Cameroun avait accueilli près de 400 jeunes. En présence de plusieurs migrants clandestins de retour qui témoignaient leurs espoirs et leurs regrets en Libye, au Niger et en Italie, la réunion débutait par un mot d'introduction des organisateurs tous revêtu de t-shirt de la campagne sur lequel s'affichait : « *Je ne mourais pas en Mer* ». Il est d'autant plus important que la jeunesse prenne conscience des enjeux avenir et sache qu'elle est un capital humain incontournable pour le développement du Cameroun. En tant que président du SMIC, « *j'avais insisté sur le fait que la migration n'est pas une mauvaise chose. Le message principal était de dire à ces jeunes réunis de ne pas être prêts à tout pour partir car il ne faut pas exposer la vie pour partir .avant tout départ, ils doivent avoir un projet*⁴⁰ ».

Sensibiliser sur l'émigration clandestine au Cameroun, « *c'est dire aux jeunes qu'en Europe, on ne peut pas ramasser l'argent par terre, ni avoir un emploi garanti à peine la frontière traversée. Il faut donc pour leurs gouverne un changement de mentalités et les inciter à trouver la place qu'ils ont dans la solution à leurs problèmes* » rappelait le rappeur valsero présent à cet événement par le biais de son association Our destiny. « *Utilisant les modes de communications dont les jeunes camerounais sont familiers, j'entends leurs faire prendre conscience que la migration n'est pas toujours la meilleure solution. je leurs avais dit lors de cette campagne que l'énergie qu'ils dépensent pour traverser le désert, ils peuvent dépenser la moitié pour commencer à changer les choses au pays*⁴¹ ».

Bien plus, lors de nos différentes enquêtes de terrain nous avons par le biais d'un tiers contacté l'ONG ORLUCCEJA⁴² pour son rôle important dans la sensibilisation à la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun. Cette ONG dans le but d'élargir sa campagne de sensibilisation a recruté 4000 jeunes⁴³ qui ont eu la mission de se déployer⁴⁴ dans les huit régions du pays (Nord- Ouest et Sud- Ouest exclu de la campagne d'information pour des raisons d'insécurité) afin d'éduquer les populations notamment les jeunes et les familles sur les dangers

⁴⁰ Propos recueilli auprès d'Yves TSALA, ancien président du SMIC.

⁴¹ Propos recueilli auprès du rappeur Valséro lors d'un entretien à Facebook, le 17 Juin 2022.

⁴² Voir l'Arrêté N° 00000000/9/MINAT/SG/DAP/SDLP/SAC du 28 Juin 2018.

⁴³ Voir la note N° 0032/BCG/SGBCG/BNC/SGBNC/ORLUCCEJA du 1^{er} Octobre. (Consulté le 15 Juin 2022)

⁴⁴ *Quotidien mutation* du 21 décembre 2021. (Consulté le 05 mai 2022)

d'un départ clandestin des jeunes soutenues le plus souvent par leurs familles. Le but est donc d'empêcher les jeunes valeureux camerounais de risquer leurs vies alors qu'ils peuvent réussir sur place⁴⁵. Dans la pratique, pour parvenir à un tel objectif Édouard

YIGUIN⁴⁶ affirmait lors d'un entretien qu'il nous a accordé dans ses locaux au siège de l'ONG sis à l'immeuble Mater au quartier Biyemassi à Yaoundé que « *deux activités majeures ont marquées cet évènement du 17 Mars 2022* ». « *La formation et le déploiement sur le terrain des agents sensibilisateurs. Des consignes et recommandations ont été donnés aux supervisions générales des régions concernées afin que chaque chef d'antenne dans sa zone de compétence avec un cahier de charge puisse atteindre toutes les catégories de la population pour une sensibilisation effective* » poursuit-il. Le 22 Mars 2022 lors d'une observation participante, nous avons constaté que cette ONG éduquait sur les besoins d'une Afrique suffisante à travers des slogans tel que : « *Rêver de l'Europe et vivre en Afrique* ». On pouvait voir des banderoles dans les rues de la capitale économique. On notait également les descentes dans les différents quartiers tout en partageant des tracs. C'est donc ces multiples évènements qui ont permis à certains médias et journaux à titrer : « *Lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun : les jeunes montent aux créneaux* ⁴⁷ ». Les campagnes de sensibilisation ou mieux d'information visent à Conscientiser le public au sujet de certains problèmes liés à l'émigration non réglementaire des jeunes camerounais.

Au regard de tout ce qui a été dit, l'idée sous-jacente aux campagnes d'information au Cameroun est que les candidats à l'émigration ne disposent pas d'information nécessaires pour élaborer un projet migratoire et prendre de bonne décisions en la matière. Ils seraient soit ignorants des réalités migratoires, soit exposés aux promesses inexactes et malhonnêtes véhiculées par les passeurs et les trafiquant. Dans les deux cas, nous pensons qu'il y a lieu de fournir des informations objectives afin de remédier à cette situation. Cela nous informe donc sur la question de la relation entre décision de migrer et information ; laquelle serait une variable clé pour expliquer pourquoi les jeunes camerounais choisissent de quitter leurs pays ; le

⁴⁵ C. NIEUWENHUYTS et A. PECOUD, « Peut-on convaincre les migrants de ne pas partir ? Les campagnes d'informations dans la lutte contre la traite des êtres humains et l'immigration irrégulière », in Cédric AUDEBERT et Emmanuel MA MUNG (dir.), *Les migrations internationales : enjeux contemporains et questions*, Bilbao, Université de Deusto, 2007, pp. 21-33.

⁴⁶ Coordonnateur général de l'ONG ORLUCCEJA Cameroun.

⁴⁷ *Cameroun tribune* du 14 avril 2022. (Consulté le 15 Juin 2022)

comportement des émigrants clandestins façonné par la diffusion de l'information. Au Cameroun, c'est un enjeu politiquement sensible, dans la mesure où le gouvernement fonde sa politique sur l'idée que les émigrants clandestins optent pour les pays de destinations sur la base des informations dont ils disposent à leur sujet et choisiraient le plus favorables en termes d'emploi, d'État providence, d'hostilité envers les étrangers⁴⁸ etc....

La sensibilisation comme stratégie de lutte contre l'émigration clandestine a été fortement déployée par les acteurs de la société civile et a aussi permis de mettre en visibilité les médias et les réseaux sociaux.

B- Le rôle des médias et réseaux sociaux

Depuis son apparition, les moyens de communication de masse (presse, télévision, radio, internet) ont profondément transformé les formes de l'activité publique. Ils ont aussi bien contribué au développement de l'espace public démocratique, qu'à la démultiplication des possibilités de propagande politique. « *Dans les sociétés modernes, les démocraties politiques, autrefois canalisées par l'activité des partis, sont désormais des démocraties d'opinion*⁴⁹ ». Dans le cadre de cette recherche, l'accès aux médias de masse et aux réseaux sociaux y est déterminant pour tous les prétendants à la sensibilisation aux risques de l'émigration clandestine. L'impératif de la communication s'est imposé dans les campagnes de sensibilisation et d'information. Pour les acteurs, le cadrage médiatique de la prévention est une contrainte qui ne peut être ignoré. Pourtant, la toute-puissance supposée des médias et réseaux sociaux doit être relativisée. Si avec la sociologie politique les médias ont pu influencer les comportements des individus dans les campagnes électorales, elle peut tout de même influencer le comportement ou les décisions des potentiels émigrants clandestins au

Cameroun. L'idée ici est que, si l'émigrant clandestin camerounais était informé il ne partirait pas. De surcroît, les médias et réseaux sociaux s'avèrent fortement suivistes à l'égard de l'agenda des acteurs.

⁴⁸ NEUMAYER (E.), « Asylum destination choice. what make some west European countries more attractive than others ? », *European Union politics*, N°5, pp. 155-180.

⁴⁹ NAY (O.), *Op.cit.*, p. 658.

Il reste que si les médias et réseaux sociaux à eux seuls ne peuvent imposer des façons de penser, ils limitent fortement les frontières du pensables et du dicible dans le domaine de prévention migratoire. L'enjeu de la propriété des médias de masse, dans les démocraties contemporaines, est donc central. Le développement des médias tels que nous allons voir ici, permet une plus grande fluidité entre émetteur et récepteur, génère de ce fait des attentes considérables et, sans doute, excessives.

Même si ces campagnes d'information sur l'émigration clandestine ne sont pas régulières au Cameroun, on note quand même depuis la mort au désert de la jeune Isabelle MPUMA⁵⁰ et des 12 jeunes de Bépenda⁵¹, une certaine mobilisation médiatique. C'est le cas de la Radio ABK⁵² situé dans le cinquième arrondissement de la ville de Douala qui avait invité Jean FOKA FOTSING. Ce media avait invité cet ancien migrant afin qu'il sensibilise les auditeurs sur le risques de ce phénomène. Il faisait état des trafics humains qui existent sur les routes migratoires, de la manière donc certains arabes de la Libye maltrahaient les filles et les utilisaient comme des objets sexuels. À cet effet, il parlait de son visage défiguré par les passeurs libyens qui cherchait à le forcer à faire des travaux forcés sans rémunération dans une vaste plantation. Célestin NDJAMEN⁵³ l'un des invités à cette émission faisait d'ailleurs remarqué que *« les jeunes sont submergés par les images, c'est un problème de culture. La sensibilisation et la moralisation doivent commencer par les parents qui doivent transmettre et enseigner aux enfants les valeurs. Pourquoi penser toujours que l'herbe est verte ailleurs ? L'Europe n'est pas le paradis, il faut rester au Cameroun : c'est notre terre promise. Nous condamnons ces actions avec la dernière énergie et par l'entremise de cette émission nous leurs demandons d'être conscient sur les enjeux avenir qui se profilent »*.

Par ailleurs dans une chaîne concurrente notamment Radio Balafon⁵⁴, on pouvait noter la présence des invités tels que le père Ludovic LADO et le sociologue Marcelle SIMO pour évoquer ces questions. Le premier martelait que : *« la vie est difficile au pays, nous sommes conscients.*

⁵⁰ CRTV News du 30 mai 2021. (Consulté le 18 juin 2022) cette Jeune camerounaise, coiffeuse de profession avait perdu la vie au désert du Niger en tentant de rejoindre l'Europe. Celle-ci laisse derrière elle un enfant de 4 ans.

⁵¹ OIM, Op.cit., du 29 mai 2021.

⁵² Dans l'émission ABK matin sur ABK Radio du 06 Août 2021.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ L'émission sacré matin sur Radio Balafon du 08 août 2021.

C'est donc l'occasion de décourager la jeunesse camerounaise sur le chemin périlleux qu'ils entreprennent. Ce grand capital humain qui meurt dans la méditerranée constitue une grande perte pour les familles et pour notre pays. Il y a donc un paradoxe entre les jeunes qui considèrent L'Europe comme une terre d'opportunité et les Européens qui considèrent l'Afrique comme une terre d'opportunité : ce n'est pas du hasard. Chez jeunes soyons responsables ». Le second invité analysait les causes de ce phénomène et conseillait les jeunes pour un usage responsable des réseaux sociaux.

C'est un engagement rentable d'inciter les jeunes à être utiles au Cameroun. Si les jeunes sont constamment invités à prendre la parole pour faire valoir leurs points de vue ; leurs compétences sur les questions d'emplois et de jeunesse, ils pourront s'intéresser aux affaires du Cameroun et réduire leurs différents mouvements migratoires vers l'étranger.

À ce niveau, longtemps avant la mort de ces jeunes cités plus haut la VOA Afrique⁵⁵ avait d'ailleurs organisé le premier forum culturel sur les risques de la migration clandestine qui s'est tenu à Yaoundé. Il avait été question de sensibiliser les jeunes notamment, sur les dangers de la migration irrégulière, de leurs présenter aussi les avantages de la migration régulière, ainsi que les opportunités d'insertions socio- professionnelles existantes au Cameroun. De nombreux élèves, étudiants et jeunes en quête d'opportunités d'emploi ou de formation à l'étranger ont pris part à l'évènement. Des anciens migrants camerounais et le promoteur de la page Facebook du groupe « *Buzz migratoire*⁵⁶ » ont fait part de leurs expériences et évoqué les dangers de la migration non réglementaire. Le promoteur de groupe présentait sur sa page les photos et vidéos des émigrants clandestins morts dans le désert et dans le « *cimetière méditerranéen*⁵⁷ ». Toutefois, au cours de ce forum les invités de la VOA

(Alain Georges LIETBOUO⁵⁸, Boubacar SEYDOU⁵⁹) ont mis l'accent sur les secteurs pouvant permettre aux jeunes de gagner leurs vies au Cameroun. « *Les camerounais comprennent de plus en plus la dynamique de la migration irrégulière, ses enjeux et ses difficultés. Le fait que des*

⁵⁵ VOA Afrique du 28 Octobre 2019. (Consulté le 19 mai 2022)

⁵⁶ Groupe « *Buzz migratoire* » sur leur page Facebook.

⁵⁷ WIHTOL de Wenden (C.), *L'Immigration : découvrir l'histoire, les évolutions et les tendances des phénomènes migratoires*, Paris, Eyrolles, 2017.

⁵⁸ Fondateur de l'Association « Un diplômé, un champ ».

⁵⁹ Chef de la mission de l'OIM au Cameroun en 2019.

jeunes migrants de retour au Cameroun et les promoteurs de certains pages des réseaux sociaux sensibilisent les autres est un canal d'information intéressant » s'est réjoui Frank MENGUE⁶⁰ l'un des administrateurs du groupe « Buzz migratoire ».

En somme, dans la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun les médias et réseaux sociaux ont eu une position unique à la fois comme transmetteurs et destinataires de l'information. Ils jouent un rôle important de garde-fou favorisant la responsabilisation des jeunes. Au regard de notre analyse, leurs messages ont façonné et continuent à façonner l'opinion, influencer leurs décisions et définir les agendas individuels. Cela fait donc du secteur médiatique un acteur très influent et un puissant outil de sensibilisation et de communication. Ces médias responsables et utilisés de manière appropriée ont permis de renforcer la prévention et de contribuer de façon crédibles et plus inclusives à des campagnes d'information effectives dans les différentes villes du Cameroun notamment Douala et Yaoundé.

La prévention à la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun était une occasion pour la société civile, les médias et les réseaux sociaux de valoriser les campagnes de sensibilisation et de fidéliser les potentiels émigrants clandestins à leurs pays. Même si les enjeux et buts sont similaires, il reste que celle-ci est aussi l'un des mécanismes déployés à distance par les autres acteurs dans une coopération transnationale concertée.

II- UNE COOPÉRATION TRANSNATIONALE CONCERTÉE POUR UNE PRÉVENTION EFFECTIVE

Une coopération transnationale rend compte de « la collaboration entre les acteurs nationaux et internationaux en vue de participer à une œuvre commune ⁶¹». Ainsi, pour lutter efficacement contre l'émigration clandestine au Cameroun plusieurs moyens ont été déployé pour développer les échanges de toute nature (dans le domaine culturel, économique, diplomatiostratégique, technique, financier, etc....) dans le cadre des négociations ponctuelles, régulières et institutionnelles entre le Cameroun (pays de départ) qui veut empêcher les départs clandestins de ses ressortissants et les pays d'accueil qui ne veulent pas « *accueillir toute la misère*

⁶⁰ Propos recueilli auprès de celui-ci lors d'un entretien sur sa page Facebook.

⁶¹ NAY(O.), Op.cit., p. 227.

du monde⁶² » car « l'homme est de tous les bagages le plus difficiles à déplacer⁶³ ». À l'heure de la mondialisation, la coopération transnationale concertée dans la prévention migratoire associe de plus en plus souvent acteurs privés et publics ; États du Sud et États du Nord ; États Africains et États Européens ; stratégies cinématographiques, bandes dessinées et informations.

Prévenir sur les risques de l'émigration clandestine au Cameroun revient à souligner une coopération préventive à distance à travers le cinéma et les bandes dessinées (A) et une transformation des modes de contrôle de l'émigration clandestine par les programmes (B).

A- Une coopération préventive à distance : cinéma, bandes dessinées et politique migratoire

La prévention étant une politique publique déployée par les États de départ et les États de destination use des moyens artistiques pour toucher des candidats potentiels mettant en évidence le lien entre cinéma et politique migratoire d'une part (1) et d'autre part bandes dessinées et politiques migratoires (2).

1- Cinéma et politique migratoire

On ne saurait limiter la thématique « *Cinéma et migration*⁶⁴ » à la question de la politique migratoire dans le cinéma, il faut également penser le cinéma dans la migration. Le medium filmique ne se limite pas à représenter le phénomène migratoire, il vise aussi à influencer : l'existence des films expressément créés et diffusés pour agir sur la migration en témoigne la pertinence. Ce type de production consiste essentiellement en des films de communication qui informent sur les bénéfices ou les dangers de la migration et qui sont produits par des organismes impliqués dans les processus politiques ou humanitaires de la gestion migratoire.

Nous envisageons ici une partie de cette production « *mal* » connu du public camerounais. Composée de très courts métrages visant à prévenir à distance les migrants des dangers de la migration irrégulière, tant au niveau du voyage qui se réalise dans des conditions inhumaines,

⁶² Michel ROCARD, repris par Nicolas SARKOZY lors de la campagne électorale de 2007.

⁶³ SMITH Adam cité par NORMAND (D.), « Sauf-conduits et passeport, en France, à la renaissance », in CEARD (J.) et MARGOLIN (J.C.) (dir.), *Voyager à la renaissance*, acte du Colloque de tours, 30 Juin 13 Juillet 1983, Paris, Maisonneuve et Larose, 1987, pp. 31-32.

⁶⁴ ROBERT (V.) & al., *Politics migration and cinema*, California, University of California Press, 2014, pp. 51-66.

s'appuie sur des réseaux criminels et mène chaque année à des milliers de morts anonymes ; qu'au niveau des conditions de vie dans le pays de destination où, contrairement à l'imaginaire paradisiaque cultivé dans les pays d'origine, le migrant illégal est confiné à la précarité, exposé à l'exploitation. Ces films peuvent prendre des formes très différentes. On distingue deux modes majeurs : celui du témoignage, qui donne la parole à des victimes racontant le supplice des clandestins lors de leurs voyages et celui de la dénonciation, qui déconstruit les discours idéalistes de personnages « *menteurs*⁶⁵ » pour dévoiler visuellement les conditions réelles du migrant irrégulier⁶⁶. La catégorie des films visant à agir sur la migration englobe par ailleurs aussi des longs métrages de cinéastes ou de reporters indépendants qui choisissent de témoigner des réalités migratoires via des documentaires ou des fictions.

Dans la pratique, l'exemple le plus célèbre à ce jour est sans doute le film « *Paris à tout prix* » réalisé par la camerounaise Joséphine NDAGNOU dans le but de « *prévenir les jeunes qui partent* » et d' « *interpeler les gouvernements, qu'ils soient occidentaux ou africains*⁶⁷ ». Il s'agit de comprendre comment le film, sous forme non seulement de spot télévisuel mais aussi de long métrage cinématographique est capable d'agir sur la migration irrégulière. Depuis plus de dix ans, l'OIM et les États européens affectés par les flux migratoires clandestins venant de l'Afrique en général et du Cameroun en particulier ont globalement été chargé d'organiser via des médias tels que le spot-Tv des campagnes d'information sur la migration surtout dans les pays d'origine et/ou de transit pour lutter contre l'émigration clandestine.

Au Cameroun, un « *spot télévisuel en 2007 et le 19 décembre 2022, mettait en scène l'appel téléphonique qu'un jeune migrant fait à son père camerounais depuis une cabine de téléphone de son pays de destination. Tandis qu'il prétend mener une vie digne et prospère, des images venaient par flash révéler les conditions de vie du clandestin : sans domicile fixe, il doit mendier, souffrir de la faim et du froid et est pris en chasse par la police dans un environnement urbain occidental lugubre et dangereux*⁶⁸ ». Totalemment financé par l'ODM, cette campagne de

⁶⁵ Fernand DUMONT, *Récit d'une émigration*, Québec, éditions du Seuil, 2007, p. 25.

⁶⁶ Rappelons que la plupart de ces spots télévisuels peuvent être visionnés gratuitement sur internet. Ceux que nous avons abordés sont précisément recensés. Ajoutons que l'un des clips qui montrent la misère d'un clandestin camerounais en Suisse avait suscité une polémique.

⁶⁷ Citations de Joséphine NGAGNOU tirées d'un entretien qu'elle avait accordé à Olivier BARLET en Mai 2008 au Festival de Cannes, retranscrit par Thibaud FAGUER-REDIG sur www.africultures.com

⁶⁸ Ce spot peut être visionné sur www.iom.int/Sénégal/Camerounvidéo.html/migration-prevention.

prévention au Cameroun a été mise en œuvre par l'OIM. Le partenaire principal de l'OIM était l'agence de communication MW Marketing Services sise à Douala. Le clip télévisuel n'en était qu'un matériau parmi bien d'autres. Il va s'en dire que, même si c'est la Suisse qui finance la campagne, son message est générique et vise à (1) prévenir des dangers souvent mortels de la migration irrégulière, quel qu'en soit le pays de destination ;(2) souligner les possibilités de « s'en sortir » au Cameroun (le mot d'ordre de cette campagne est « *Sortir ne suffit pas pour s'en sortir* ») ; (3) rappeler qu'il existe l'alternative de la migration régulière. L'aspect générique du message, visant à englober la migration irrégulière dans ses manifestations et destinations les plus variées est sensible dans l'affiche, qui représente un bateau comme voie de départ alors que les migrants vont souvent à pied ou utilisent l'avion pour sortir du territoire camerounais. Le but de cette prévention était donc de trouver des visuels à valeurs symboliques (du départ, du danger, de la précarité), ayant un impact émotionnel global.

Cet aspect général et presque allégorique du message est sensible dans le spot qui ne révèle le pays de destination que par la grisaille de ses trottoirs, de ses murs et de ses routes, les sinistres silhouettes de ses usines et la froide cabine téléphonique publique sur laquelle ruisselle la pluie. Toutefois, malgré cet « *anonymat* » de la Suisse ? La sortie de ce spot a été reçue comme scandaleuse par certains médias helvétiques, qui ont usé de raccourcis pour associer cette campagne aux affiches xénophobes du parti libéral-nationaliste UDC, ou s'étonner que « *la Suisse paie pour diffuser une telle image d'elle-même*⁶⁹ ».

La conception et la diffusion de tous ces messages étaient dirigées vers les jeunes de 18ans à 30ans, considérés comme la principale population migrante du pays parce qu'enfin de formation et gageant d'une résistance physique maximale pour un voyage dans les pires conditions. Ainsi, sur l'affiche on pouvait apercevoir le mot « *Kamer* » qui signifie « *Cameroun* » en langue vernaculaire camerounaise et qui correspond à un code spécifiquement utilisé par les jeunes. Bien plus, le spot-TV programmé sur la chaîne nationale camerounaise CRTV pendant dix jours (du 3 au 13 décembre 2007) avant et après le journal télévisé, autrement dit aux heures de plus grande audience, était le noyau de cette diffusion de « *Masse* » pour qu'il soit reçu par tous les téléspectateurs possibles, quel que soit leur âge. Le format du clip et le style étaient bien considérés afin de toucher au premier plan les potentiels

⁶⁹ Voir notamment l'article du Blick du 25 Septembre 2007.

émigrants clandestins c'est – à – dire les jeunes camerounais sensibles à la modernité du langage audiovisuel. Dans le but de transmettre un message, ce clip voulait faire office « d' *électrochoc* » dans les idées reçues localement sur l'émigration clandestine et les flashes violents semblaient un format idéal.

Pour revenir à la projection du long métrage camerounais « *Paris à tout prix* » de la réalisatrice Joséphine Ndagnou, on pouvait apercevoir le destin de Suzy, une fille de 24 ans (Incarnée par la réalisatrice elle-même), qui va tout sacrifier jusqu'à son corps pour aller à Paris. Mais si elle croyait trouver en Paris un lieu d'épanouissement et de bonheur, l'intégration s'avère impossible, ses efforts trahis et ses espoirs laminés. Dans ce film narratif, les spectateurs pouvaient pleinement se mettre à la place de cette protagoniste, se projeter dans ses sacrifices et participer émotionnellement à sa déception. « *Si c'est ça Paris, eh bien il vaut mieux rester chez nous !* » ces répliques conclusives de l'auditoire semblaient témoigner d'une prise de conscience réelle. Rappelons ici que le long métrage de cette réalisatrice camerounaise était totalement financé par le ministre des Affaires étrangères de la France. En clair, cette campagne vise à contribuer à la réduction des flux migratoires irréguliers, via une information ciblée.

2- Bandes dessinées et politiques migratoires

Si la bande dessinée et les migrations ne sont pas explicitement associées dans l'études des sujets liés à l'immigration, ni dans les programmes officiels des différentes disciplines tous niveau confondu, ni dans les manuels scolaires, l'enseignement par ce canal use de la liberté pédagogique pour mettre en place des situations d'apprentissage originales selon le objectifs historiques et culturels marqués par une « *thérapie pour le lecteur*⁷⁰ ». Dans la pratique, L'OIM Cameroun a créé du 17 au 23 décembre 2022 une bande dessinée diffusée en 13 épisodes tous les jours sur sa plate-forme à 19h. Centré autour du slogan « *Mollah briss*⁷¹ *au Cameroun c'est possible* », « Mollah est un jeune bachelier qui est épris d'admiration pour Djégou, un ancien du Kwat⁷² qui était allé en aventure il y a dix ans et semble avoir réussi. Mollah qui ne jure plus que par lui, décide de lui emboiter le pas. Ses parents papa Michel et maman Mado vont déployer toutes les

⁷⁰ Derder (P.), « La bande dessinée, alliée pédagogique de la transmission de l'histoire de l'immigration », *hommes et migration*, (en ligne), 1303 / 2013 publié le 22 juin 2014.

⁷¹ « Réussir » dans le jargon camerounais.

⁷² « Quartier » dans le jargon camerounais.

stratégies pour que Mollah ne prenne pas ce risque... car il peut briss au pays ». Pour être mieux éclairer sur le rôle de ces bandes dessinées, on peut les résumer comme suit :

Épisode 1 : les résultats d'examen du baccalauréat sont connus et de nombreux élèves débarquent babillard du lycée afin d consulter leurs noms. Mollah vient de réussir avec mention. Son ami patson, devenu drogué le congratule. Mollah, enthousiaste, court annoncer la nouvelle à ses parents.

Page | 622

Épisode 2 : Mollah arrive au domicile de ses parents et annonce la nouvelle de sa réussite aux siens. Tous sont contents à l'exception de l'ainé de la famille, Alain qui joue les rabats joies. Il est pris en partie par tous.

Épisode 3 : maman Mado qui soutient sa nombreuse famille grâce à son petit commerce se fait du souci quant à l'avenir de son fils Mollah. L'ainé de la famille, Alain qui bille par ses écarts de conduites rentre tardivement et ivre. Papa Michel l'interpelle et le ton monte. Mollah est troublé.

Épisode 4 : il fait jour : les deux enfants des frères aînés de Mollah pleurent de faim sous la menace de Victor le second de la fratrie dont le sommeil est perturbé après une nuit de travail en boîte de nuit où il officie comme DJ. Mollah arrive transportant des sacs de victuailles avec maman Mado qui leur offre des beignets ... Mollah assiste à la scène choquée, lorsque les cris de joie des voisins lui parviennent.

Épisode 5 : Djégou, un ancien du Kwat était allé en aventure par route il y a dix ans est de retour et en grande pompe. Mollah, admiratif comme tout le monde lui souhaite la bienvenue et lui annonce sa réussite au Baccalauréat. Djégou saute sur l'occasion et l'invite à se joindre à lui pour célébrer sa réussite.

Épisode 6 : Djégou invite ses voisins donc Mollah à partager un verre avec lui dans un café huppé et célébrer sa réussite au baccalauréat. La bière coule à flot. Mollah est si frustré qu'il se rend compte combien la vie au pays est si triste : il revoit ... son ami qui est assombrie par l'échec de ses frères aînés ainsi que la pauvreté de ses parents ... il perd espoir pour une vie meilleure ici au pays.

Épisode 7 : Mollah sort de son cauchemar. Il est toujours assis au café et Djégou lui impose la boisson alcoolisée sous les rires moqueurs des autres invités. Proposition que Mollah décline. Il a déjà une idée en tête, partir en Europe... il se projette déjà sous la tour Eiffel.

Épisode 8 : Mollah vient de prendre la décision de prendre la route. Il va en compagnie de son ami patson rencontrer Coach, un facilitateur et propriétaire d'un prêt à porter au marché central. Ce dernier lui liste les modalités de départs par « route » donc la somme de 800000 FCFA comme cout total du voyage. Mollah a déjà un plan.

Épisode 9 : Mollah a besoin de 800000 FCFA pour la route. Comme il n'a pas cette somme exigée, il va voir sa maman afin de solliciter son soutien financier.

Épisode 10 : les parents de Mollah tentent de le dissuader d'abandonner son projet de départ pour l'Europe par traversée de la méditerranée. Il ne supporte plus leur vie misérable et veut sortir sa famille de la pauvreté car en Europe, la vie est nettement meilleure. Faute de ne pas pouvoir le convaincre son père l'invite à le suivre.

Épisode 11 : papa Michel en compagnie de son fils Mollah débarque au domicile familial de Djégou dont il a entamé sa rénovation. Papa Michel qui souhaite donner des conseils afin de dissuader son fils des dangers de l'émigration clandestine, assiste plutôt à son autoglorification. Laure la fiancée de Djégou l'écoute choquée.

Épisode 12 : Laure court après Mollah et papa Michel pour leur raconter les atrocités subies par Djégou. Mollah est choqué qu'il demande des excuses à ses parents et se résout à aller s'inscrire dans une Université d'État et de se trouver sa voie sur place déjà qu'il a leur soutien. Pendant ce temps Djégou subit les reproches de sa fiancée qui désapprouve son attitude.

Épisode 13 et FIN : cinq ans plus tard, Mollah est ingénieur agronome et est à la tête de son entreprise d'élevage qui fait dans la production des poulets de chair et pondeuse. « Briss au Cameroun est possible » Mollah est un modèle.

Lorsque les bandes dessinées de ce genre s'approprient l'image du migrant, elle n'évite pas toujours les stéréotypes. Travailler sur les représentations des émigrants et immigrants dans

la bande dessinée, dans leurs profondeurs historiques en cherchant à éduquer est une activité pédagogique particulièrement fructueuses.

Cet état de la sensibilisation et des communications éducatives sur l'émigration clandestine laisse entrevoir une transformation des modes de contrôle de l'émigration clandestine à travers les programmes.

B- Les programmes : une transformation des modes de contrôle de l'émigration clandestine

Le codéveloppement à travers les programmes n'est pas une idée nouvelle. Cette notion est apparue au cours des années 70 quand les associations d'immigrés en France (première destinations des migrants de l'Afrique noire francophone) ont commencé à agir en direction de leur pays d'origine. Il s'agissait surtout des migrants originaires des pays de la vallée du fleuve Sénégal ayant connu et mis en œuvre des projets dans leurs villages pour faciliter l'accès à l'eau, la santé et la scolarisation, fournir des infrastructures de base et prévenir à distance les départs clandestins dans les pays de départs. Ces initiatives recevaient l'appui de certaines ONG internationales telles que le Groupe de Recherche et de Réalisation pour le Développement Rural dans le tiers monde (GRDR). De ce fait, dans les années 80 le travail des associations des migrants s'accroît et se formalise. Ce processus a été accéléré par l'adoption en 1981 d'une loi permettant aux étrangers résidents en France de se constituer en association dans les mêmes conditions que les français.

Depuis le début, les pouvoirs publics français appuient ces initiatives dans une double perspective visant à l'aide au retour pour diminuer la présence étrangère et le développement des pays d'origine en vue de limiter de nouveaux départs clandestins⁷³. Au milieu des années 90, avec le changement de majorité parlementaire, fut créé la délégation interministérielle au codéveloppement à travers les programmes et à la gestion des flux migratoires. L'idée était de maîtriser l'émigration clandestine dans les pays du Sud tout en contribuant au développement de ces pays⁷⁴.

⁷³ DAUM (C.), « Ici et là-bas, immigrations et développement : Les associations des immigrés Ouest-africains en France », *Migrations et Société*, Vol (32), 1997, p. 99.

⁷⁴ D'autres pays européens comme la Belgique, l'Italie et les Pays-Bas avaient repris à leur compte l'approche de codéveloppement. Pour l'Italie voir TAROZZI (1999), CAMPAMI et al. (1999).

Par ailleurs, la notion de « *gestion internationale*⁷⁵ *migratoire* » par les programmes est devenue de plus en plus fréquente pour désigner un ensemble disparate d'initiative visant à renouveler la façon dont les gouvernements élaborent leurs politiques migratoires. Cela comprend notamment l'organisation des conférences régionales et internationales sur les questions liées à la migration, la publication par diverses institutions, de rapport décrivant les défis posés par les migrations, des réponses possibles et l'activisme croissant affichés par certaines organisations et certains états sur cette question.

Au Cameroun, un fond européen de développement est disponible pour les jeunes afin de prévenir les départs clandestins à travers les programmes. Appelé « *Projets anti- migratoires* », ce fond a été évalué à 1.179 milliards de Francs CFA⁷⁶ et attend des projets nationaux anti migration. « Le Cameroun pour le moment a obtenu le financement de cinq projet d'une valeur de 40 millions d'euros », déclarait Carla MONTESI⁷⁷. Dans le détail, 36 communes de l'extrême Nord du pays avaient bénéficié des dits financements. L'idée ici était que ces communes devaient donner aux populations des services sociaux de base afin qu'ils n'émigrent pas clandestinement vers les autres pays. En 2018, 3500 jeunes camerounais⁷⁸ de 18 à 35ans ont été formés et 1500 jeunes ont été insérés sur le plan professionnel local dans cette région impactée par les attaques terroristes qui conduisaient certains jeunes à établir des projets migratoires clandestins. « *Ces fonds sont donc orientés sur l'emploi des jeunes, des femmes, la gestion des flux migratoires* » expliquait le Gabonais Pascal MOUSSAVOU MBINA⁷⁹.

Rendre les fonds fiduciaires plus efficaces à travers les programmes était l'un des objets de la rencontre au Cameroun de l'Union européenne et ses partenaires économiques de l'Afrique centrale. Dans la même mission, L'ONG ORLUCCEJA avait reçu un financement de cent

⁷⁵ DIOMBERA (M), « Pour une meilleure communication entre ici et là-bas », *Hommes et Migrations*, Vol 11, N° 65, pp. 13-23.

⁷⁶ VOA Afrique du 29 Aout 2018. (Consulté le 22 Juin 2022)

⁷⁷ Directeur de la commission de l'Union européenne pour l'Afrique centrale.

⁷⁸ Rappelons ces jeunes avaient bénéficiés des clauses des Accord Frances – Cameroun relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire du 21 mai 2009. La Tunisie, le Cap vert, le Sénégal, le Benin et le Burkina Faso avait aussi signé de pareil accord.

⁷⁹ Rappelons qu'il était le coordonnateur des Projets du Fond européen pour le développement de la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale.

soixante millions d'euro (160 000 000 £) de la Fundacion Democratica Italia-America (FDIA⁸⁰) pour les programmes « POZA⁸¹ » et « EDIPROCOM ». Pour ainsi satisfaire aux exigences de ces projets, un recrutement de trois mille cinq cent (3500) jeunes a été fait par la coordination générale de cette ONG « *afin de prévenir les départs clandestins des jeunes camerounais vers l'eldorado européen, une carrière professionnelle au sein de l'ONG a été accordé à ces jeunes* » déclarait ANANFACK EFOZO R.G. cadre humanitaire et secrétaire générale de cette ONG.

De nombreux programmes comme ceux que nous avons évoqués ici ont permis de Transformer les modes de contrôle à distance de l'émigration clandestine. Cet état des choses rend tout aussi compte de la volonté des États étrangers notamment européens de limiter l'immigration clandestine des jeunes camerounais dans leurs espaces. C'est donc une certaine possibilité de rendre les jeunes Africains en général et camerounais en particulier plus dynamique et de contribuer au développement de leurs pays.

Conclusion

En somme, il était question dans cette communication de comprendre, d'enseigner et de renseigner sur la valeur de la prévention comme stratégie de la lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun. Les campagnes d'information analysées ici rappellent que, pour être respectés les lois et politiques ne peuvent compter uniquement sur la coercition, mais doivent aussi inspirer un respect minimal de la part des personnes concernées et des acteurs impliqués. À cet effet, la campagne d'information apparaît pour les acteurs comme une mesure efficace pour stopper l'émigration clandestine au Cameroun. Ainsi, lorsqu'ils prennent de telles mesures les acteurs affirment d'une part leurs volontés à envoyer un message aux potentiels émigrants clandestins ciblant un nombre potentiellement illimité de personnes et d'autre part aspirent à élever dans l'esprit de ceux-ci les dangers qu'ils n'arrivent pas à évaluer tout en promouvant une « culture de l'immobilité ». Toutefois, ces campagnes d'éducation témoignent d'une gestion de la lutte contre

⁸⁰ Voir à ce sujet l'accord N° 004/CM-092020 signé par le président de L'ONG ORLUCCEJA et du directeur mondial de la FDIA impliquant l'État du Cameroun à travers le Ministère de la Santé publique, Ministère tutelle comme partie prenante à ce projet.

⁸¹ Voir la note N° 0015BCG/SGBCG/BNC/SCBNC de L'ONG ORLUCCEJA.

l'émigration clandestine au Cameroun dans une dynamique où les potentiels émigrants doivent être encadrés et formés pour contribuer au développement local.

À ce jour, de nombreuses contraintes limitent l'évolution des politiques de lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun. Les contraintes financières et les campagnes de sensibilisations saisonnières semblent les plus prononcées. En fait, l'État du Cameroun et ses partenaires ne sauraient inciter les jeunes à rester dans leurs pays lorsqu'ils n'arrivent pas à résoudre le problème du chômage ; à assouplir les procédures de créations d'entreprises sur le territoire national dans un contexte où l'absorption du capital humain pose un véritable problème. Sur le marché du travail, la demande est très supérieure à l'offre. L'état embryonnaire des politiques en matière de lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun n'incite donc pas véritablement les jeunes à rester en état d'immobilité. En outre, les campagnes d'informations ou de sensibilisations au Cameroun sont plus soutenues par l'UE conjointement avec l'OIM.

Cependant, vue comme de véritables opportunités d'éducation et de moralisation des jeunes, la prévention est davantage une politique de lutte contre l'émigration clandestine au Cameroun. Même les programmes de développement solidaires, de codéveloppement et d'éducatons sont plus bénéfiques pour l'Europe que pour l'Afrique. Ce mécanisme permet aux pays de destinations de stopper l'immigration des camerounais en Europe tout en rejetant les immigrants indésirables. Ainsi, lorsque cette stratégie semble inefficace l'Union Européenne interrompt le financement : cela dit, aucune prévention n'est donc véritablement permanente et active dans la lutte contre l'émigration irrégulière au Cameroun.

Une analyse micro-sociologique d'un parti politique : le MDR¹ ou l'autopsie de l'opposition camerounaise.

micro-sociological analysis of a political party: the MDR or the autopsy of the cameroonian opposition.

Page | 628

Par :

FENDJONGUE HOULI,

Docteur/HDR en Science Politique

Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Maroua - Cameroun.

Résumé :

Au Cameroun depuis 1990, une multitude de partis politiques ayant émergé aux côtés du RDPC, le parti au pouvoir, ont été caractérisés, dont le parti(MDR) qui fait l'objet de notre discussion. En particulier, nous suggérons que l'analyse d'un parti politique doit 'accompagner d'une démarche qui aura permis de mettre en lumière la trajectoire de son principal leader. Nous suggérons également qu'il est plus judicieux de dissocier la carrière de l'homme politique et les circonstances de l'émergence de ce parti politique au sein duquel les acteurs et les entrepreneurs politiques se disputent la légitimité et les ressources afin d'investir davantage les espaces et/ou les positions institutionnelles.

Mots clés : Parti politique, MDR, Opposition, démocratie, entrepreneuriat politique,

¹ M.D.R. signifie Mouvement pour la Défense de la République, Parti Politique né à la suite des multiples lois libéralisant la vie politique camerounaise en 1990, des lois dites libérales. Voir Recueil des lois

Abstract:

In Cameroon since 1990, a multitude of political parties that have emerged alongside the CPDM, the party in power, have been characterized, including the party (MDR) that is the subject of our discussion. In particular, we suggest that the analysis of a political party must be accompanied by an approach that will have allowed us to shed light on the trajectory of its main leader. We also suggest that it is more judicious to dissociate the career of the politician and the circumstances of the emergence of this political party within which actors and political entrepreneurs compete for legitimacy and resources in order to further invest spaces and/or institutional positions.

Key words: political party, MDR, opposition, democratization, politician.



Introduction

Le Cameroun, tout comme les autres pays africains au sud du Sahara, n'est pas resté indifférent au mouvement de démocratisation qui a soufflé depuis 1990. Cette étape capitale de la vie étatique est marquée par de profondes mutations observées au niveau de l'éclosion et de la production des structures d'animation de la scène politique. C'est ainsi qu'on a observé une multitude des partis politiques qui ont émergé aux côtés du RDPC², parti au pouvoir ; des formations politiques qui rentrent dans ce que l'on a appelé l'opposition camerounaise.

Page | 630

En effet, la réflexion qui sous-tend les lignes qui suivent porte sur l'analyse d'un parti politique faisant partie du panorama de l'opposition partisane, phénomène assez nouveau qui impose le renouvellement du débat qui puisse permettre d'apprécier la dynamique politique toute entière du processus démocratique enclenché depuis 1990. Ce débat semble s'inscrire dans la durée tant les démocratisations connaissent des fortunes diverses, comme l'a remarqué Gueye à partir de l'Afrique en général.³

Ainsi le processus de transition opéré au Cameroun depuis 1990 a instauré un cadre politique dans lequel évoluent désormais des organisations politiques partisanes plus ou moins formellement et légèrement structurées pour un certain nombre d'entre elles, y compris le parti, objet de notre réflexion. La question qui se pose est celle de savoir comment saisir la nature et la dynamique de l'opposition qui œuvre désormais dans le jeu politique à partir d'un parti politique, le MDR. Aussi les questions liées à l'émergence c'est-à-dire à sa naissance, à sa logique, aux conditions d'exercice de la compétition politique sont autant de sujets critiques qui ont servi de germes, de matériaux à notre réflexion. Tout compte fait, notre axe de raisonnement reste dominé par le besoin scientifique de comprendre et d'expliquer la logique de fonctionnement, la capacité managériale de l'opposition camerounaise dans son ensemble dans sa quête, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique, comme le souligne Célestin Keutcha⁴, depuis l'avènement de la nouvelle ère démocratique où le paysage politique est fortement atomisé⁵.

² R.D.P.C. : Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais, parti au pouvoir.

³ B Gueye, « La démocratie en Afrique. Succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp 16-20.

⁴ C. Keutcha Tchapinga, « Droit Constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », in *Revue Française de Droit Constitutionnel* 63, n°3, 2005, 453 p.

⁵ L'on dénombre actuellement au Cameroun 339 partis politiques légalisés. Source : les archives du Ministère de l'Administration Territoriale.

De ce qui précède, nous soutenons l'idée selon laquelle, pour sa cohérence et sa valeur heuristique, l'analyse d'un parti politique doit s'accompagner d'une démarche qui aura permis de mettre en lumière la trajectoire de son principal leader. Mais avant d'entrer dans la démonstration de nos hypothèses, il convient de revisiter brièvement les productions théoriques sur la notion fondamentale ici d'entreprise politique. Autrement dit, pour éviter toute ambiguïté, comment se définit cette notion ?

En fait, l'entrepreneuriat politique est une notion qui a fait l'objet d'abondantes littératures politiques et économiques comme l'ont démontré les auteurs comme Donald P. Green et Shapiro⁶. Dans ce panorama d'auteurs, figure François Facchini⁷ qui dit que la science politique met essentiellement l'accent sur la recherche du pouvoir et doute que l'on puisse réduire l'action politique à la recherche du profit monétaire. La science économique est par nature plus intéressée par la définition des profits politiques. Cet auteur distingue l'entrepreneur politique de l'entrepreneur économique. Des auteurs comme Attarca Mourad et Lassalle-De-Salins⁸ ont fait une véritable recension en la matière et ont rendu compte de cette controverse quant à l'existence de la distinction ou de la complémentarité entre les deux types d'investisseur. Mais c'est Jean-Patrice Lacam qui viendra trancher le débat en définissant le concept d'entrepreneur politique en ces termes : « *A l'instar d'un chef d'entreprise, l'homme politique est un entrepreneur. Il l'est, non pas au sens commun ou, élu, il gère les affaires de la collectivité, mais au sens où, d'une part, il se constitue un capital de ressources utiles à sa carrière, et où, d'autre part, son capital constitué, il active ses ressources dans le but de produire du pouvoir*⁹ ».

Sans toutefois être prolix quant à la recherche de la définition de l'entrepreneuriat politique, qu'il nous soit permis de dire à la suite de Lacam, Mourad et Maryvonne, que la « *notion d'entrepreneuriat politique peut en effet être vue comme une transposition au champ politique des principes de l'entrepreneuriat*¹⁰ ».

⁶ Donald P. Green et Shapiro, « Choix rationnels et politiques. Pourquoi en savons-nous toujours aussi peu », *Revue française de Science Politique*, 1995, 96 p.

⁷ F. Facchini, L'entrepreneur politique et son territoire, *Revue d'économie régionale et urbaine*, n°2 2006, 264 p.

⁸ M. Attarca and Salins M.L.-D. « Quand l'entrepreneur devient entrepreneur politique... le cas du développement de la méthanisation agricole en France », in *Revue française de gestion* 232, n3 2013, pp 25-44.

⁹ J. P. Lacam « le politicien investisseur. Un modèle d'interprétation de la gestion des ressources politiques » op. cit. p. 25

¹⁰ M. Attarca and Salins M.L.-D. op. cit., p 27.

A la suite de cette littérature sur la notion d'entrepreneuriat politique, il y a lieu de dire, certes que l'homme politique et le chef d'entreprise ne sont pas nécessairement opposables, mais cette complémentarité trouve des limites à partir du moment où l'homme politique n'est pas un entrepreneur au sens d'un administrateur gestionnaire mais il est plus un stratège qui vise l'accumulation des ressources qu'il capitalise dans le but de conquérir et d'exercer le pouvoir politique.

Si tel est dépeint l'homme politique, dans quel registre faut-il loger Dakole Daissala et son parti politique. D'où l'intérêt de penser la trajectoire politico-bureaucratique du Coordonnateur National du MDR.

I- DAKOLE DAISSALA¹¹ ET LE MDR : UN INVESTISSEUR ET SON ENTREPRISE POLITIQUE

Pour une bonne et rentable appréhension de cet acteur politique et de son entreprise, il nous paraît plus judicieux de dissocier le parcours de l'homme politique et les circonstances de l'émergence de ce parti politique au sein duquel acteurs et entrepreneurs politiques se disputent les légitimités et les ressources pour investir davantage les espaces et/ou les positions institutionnelles. Et cet exercice jette un éclairage sur la manifestation concrète du processus de démocratisation amorcée en 1990 et donc sur les consultations électorales concurrentielles aussi bien pour les législatives que les présidentielles. Ces opérations inaugurent le renouvellement des expériences pluralistes entre l'opposition dans son ensemble et le pouvoir pour le contrôle de l'échiquier politique local et national.

A- Dakole Daissala ou l'itinéraire d'un homme politique à la croisée du traditionnel et du moderne

S'interroger sur l'itinéraire d'un acteur politique au Cameroun renvoie à la question de l'objectivation de l'activité politique en tant que forme de la pratique sociale quotidienne, comme le recommande Auguste Nguelieutou¹². Autrement dit, l'exercice du métier politique en tant

¹¹ Il convient de clarifier dès le départ que le véritable nom de Dakole est Menwa qui deviendra après l'initiation Menkamla. Dakole est le nom d'une promotion d'initiation qui a eu lieu en 1955 et d'après nos investigations, il serait né pendant cette période où le Président français, le Général De Gaulle venait de libérer la France. Aujourd'hui, toutes les pièces officielles de l'intéressé portent le nom de Dakole suivi du nom de son père Daissala.

¹² A. Nguelieutou, Tchad, le peuple dans la vie politique postcoloniale, Thèse de Doctorat en Science Politique, Université de Yaoundé II, Juillet 2004, p 314.

qu'activité professionnelle nécessite un certain nombre de paramètres non négligeables dans le contexte camerounais de l'heure ou certaines compétences¹³ que l'on peut qualifier de prérequis sont exigées pour l'exercice du métier ou l'engagement dans la carrière politique. Nguelietou cite dans ce panorama de critères, l'origine sociale, le diplôme, la profession exercée avant l'entrée dans la carrière politique¹⁴. Dans le même sens, Roberto Michels estime que « grâce à la compétence qu'elles procurent dans les métiers peu ou pas accessibles à la masse, les connaissances techniques des chefs leur assurent virtuellement une inamovibilité. Elles élèvent les chefs au-dessus de la masse et assujettit celle-ci au commandement de ceux-là ».¹⁵

En effet, en s'appuyant premièrement sur le critère primordial et naturel, l'intérêt que suscite la variable d'origine sociale caractéristique d'une bonne frange de l'élite politique camerounaise se situe surtout au niveau des rapports que le pouvoir entretient avec celle-ci, et par conséquent, avec les types de féodalités¹⁶ productrices d'un certain nombre d'acteurs politiques disposant déjà des légitimités de type traditionnel au Cameroun contemporain. C'est le lieu de relever que l'évocation du phénomène des féodalités trouve son intérêt dans ce travail parce que ces dernières jouent un rôle de ressort et de support au pouvoir. Elles ont permis à l'Etat postcolonial de remplir les fonctions féodales qui sont entre autres l'entretien de la masse dans l'obscurantisme, la sujétion et la dépendance à des fins de prélèvements de toutes sortes de ponctions, surtout dans la partie septentrionale où sévit le type de féodalité traditionnelle le plus rétrograde¹⁷. Par conséquent, l'existence et la complicité de ces structures archaïques avec le pouvoir rendent « illusoire tout principe de rigueur et les difficultés d'enfantement de la démocratie demeurent insurmontables car elles constituent un vrai défi pour l'émergence d'une véritable culture et société démocratique à telle enseigne que tout analyste averti est amené à se demander si le Cameroun est une République ou une juxtaposition des féodalités ».¹⁸

¹³ Sur les critères relatifs à la capacité pour exercer des responsabilités politiques, Voir D. Gaxie, Le sens cache, inégalités culturelles et ségrégation politique, Paris, Seuil, 1978, 268 p.

¹⁴ A. Nguelietou, op. cit.

¹⁵ R. Michels, Les Partis Politiques, Paris, Flammarion, 1914, p. 17.

¹⁶ La féodalité comme thème de recherche est à l'origine de nombreux travaux parmi lesquels M. Bloc, La société féodale, Paris, Michel Albin, 1968, 762 p., M. Dobb et P. M. Sweezy, Du féodalisme au Capitalisme, problème de la transition I ET II, Paris, Maspero, 1977, 238 p et 191 p.

¹⁷ Nous faisons allusion au lamidat de Rey-Bouba où trône le 1^{er} vice-président du Senat camerounais.

¹⁸ Voir H. Fendjongue, La démocratisation chez les Toupouri. Deux élites, deux trajectoires politiques au Nord-Cameroun », *Revue africaine d'études politiques et stratégiques*, n°4 (2007), pp. 165-187.

Ceci étant, il convient d'opérer un retour au social pour comprendre les logiques et les trajectoires de construction des pouvoirs à l'œuvre dans le Cameroun contemporain. Ceci pose par conséquent le problème de la définition préalable du social.

D'une manière générale, le social est constitutif de tout ce qui concerne la société sans excepter l'économique, le culturel et le politique. L'on peut dire à la limite que tout est social ou revêt des aspects sociaux.

Pour mieux comprendre notre propos et la manière dont se structure ou se construit le pouvoir, il convient de relever les différents capitaux dont parle Bourdieu¹⁹ c'est-à-dire le capital culturel, le capital symbolique, le capital social et le capital économique. Tous ces capitaux, en se compénétrant et en s'enchevêtrant commandent des interactions, des stratégies, d'acteurs ou d'agents sociaux dont l'intelligence ne peut être logée que dans les rapports sociaux. L'accumulation de ces capitaux et leur mise en valeur engendrent pour les détenteurs la construction des espaces de pouvoir car ces capitaux sont d'autant plus importants qu'ils assurent le monopole de la domination légitime.

De ce qui précède, comme le disait Jean-François Médard²⁰ à propos de Charles Njonjo au Kenya, pour analyser la puissance d'un homme politique, il faut commencer par faire l'inventaire de ses ressources politiques, c'est-à-dire des moyens de pouvoir qui sont à sa disposition à la suite d'un processus d'accumulation progressif.

Ainsi dans le cas présent, Dakole est né le 15 Avril 1943 dans la chefferie de Goundaye²¹. Prince, il est auréolé d'une origine sociale féodale qui lui confère la qualité, l'ascendance et la compétence pour l'exercice du métier de dirigeant politique tout comme beaucoup d'autres acteurs politiques qui constituent la classe dirigeante camerounaise de nos jours²². Il hérite d'atouts

¹⁹ A propos des différents capitaux, voir P. Bourdieu, « Les trois états du capital culturel », *Actes de la recherche en Sciences Sociales*, 30, 1979, pp 3-6, Le sens pratique, Paris, Minuit, 1980, 447 p.

²⁰ J.F. Médard, « Charles Njonjo. Portrait d'un Big Man au Kenya » in E. Terray (sous la dir. de), *L'Etat contemporain en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 1987, pp. 49-87.

²¹ Goundaye est situé dans l'arrondissement de Taibon, chef-lieu Dziquilao, département du Mayo-Kani, chef-lieu Kaelé, Région de l'Extrême-Nord, chef-lieu Maroua.

²² Au Cameroun contemporain, l'origine sociale est plus que valorisée pour l'exercice du métier politique. Les chefferies traditionnelles ont produit au système politique camerounais ses plus hauts dirigeants tels que. Inoni Éphraïm, Sadou Hayatou, Simon Achidi Achu, Bello Bouba Maigari, anciens Ministres et Premiers Ministres, Ayang Luc, ancien Ministre et Premier Ministre et actuel Président du Conseil Economique et Social, Cavaye Yegue Djibril, actuel Président de l'Assemblée Nationale, Aboubakary Abdoulaye, ancien Secrétaire d'Etat et actuel 1er Vice-Président du Senat, Ibrahim Mbombo Njoya, roi des Bamouns (décédé), ancien Ministre, Dr Adamou Ndam Njoya,

familiaux de première importance qui lui donnent un capital social qui va lui permettre d'accéder d'emblée aux premières positions lorsque les cartes seront distribuées aux moments des indépendances.

Cette naissance le prédispose à la gestion de l'espace public, à l'ascension sociale comme le dit Philippe Braud²³, c'est d'autant plus que depuis la période coloniale jusqu'à nos jours, le pouvoir politique camerounais s'est toujours servi des familles royales pour la sélection du personnel administratif et politique. Le même statut de prince voue Dakole à un début d'acquisition du capital de notoriété et de popularité, un surcroît de crédit individuel et personnel que requiert l'exercice du métier politique.

Sous le bénéfice de ce capital familial, Dakole aura droit à la scolarisation, privilège qui n'était réservé pendant longtemps qu'aux fils des chefs dans la partie septentrionale du pays²⁴. Il faut déjà dire qu'en conférant la légitimité à certains acteurs ou agents sociaux, le capital culturel que représente l'école, constitue un véhicule, un canal, voire une logique et une trajectoire à l'œuvre pour la fabrique du pouvoir. Au Cameroun en général, l'école assure non seulement la fonction de production et de reproduction de la classe dirigeante, mais aussi de façonnement des inégalités où les titres scolaires permettent à certains agents de se classer toujours dans les sommets sociaux. Autrement dit, l'école est un instrument de fabrique de l'élite, un véritable « *Homo academicus* », donnant forme à son tour à un réel « *Homo hierarchicus* »²⁵ dans les « *Sommets de l'Etat*²⁶ » ou de la société civile.

Ces généralités évacuées, Dakole fait son entrée dans la cour de l'école de Goundaye, de l'école pilote de Pitoa et le Lycée Classique de Garoua où il sortira nanti du diplôme de Baccalauréat, parchemin qui lui permettra d'aller en France continuer ses études qui seront couronnées par le diplôme de l'Ecole des Hautes Etudes d'outre-mer, option Economie. Ce qui lui permettra d'intégrer l'administration camerounaise dès son retour au pays où il assumera tour

prince et ancien Ministre, Jacques Fame Ndongo, chef traditionnel et actuel Ministre d'Etat, Ministre de l'Enseignement Supérieur etc., la liste est loin d'être exhaustive.

²³ Ph. Braud, *La vie politique*, Paris, PUF, 1985, 127 p.

²⁴ A propos des difficultés liées à la scolarisation au Nord-Cameroun par rapport au reste du Cameroun, voir J. Y. Martin, *l'école et les sociétés traditionnelles au Cameroun septentrional*, Cah. O.R.T.O.M., ser. Sci. hum., vol. VIII, n3-1971.

²⁵ A propos de « *l'homo academicus* » ou de « *l'homo hierarchicus* », voir P. Bourdieu, *Homo academicus*, Paris, Minuit, 1984, 299 p. et L. Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Paris, Gallimard, 445 p.

²⁶ Voir à propos, P. Birnbaum, *Les sommets de l'Etat. Essai sur l'élite du pouvoir en France*, Paris, Seuil, 1977.

à tour de nombreuses responsabilités au sein de l'appareil d'Etat. Parmi les fonctions occupées, il y a le Secrétariat de l'Administration Fédérale du Nord-Cameroun à Garoua de 1968-1969, les postes de 1^{er} Adjoint Préfectorale à N'Gaoundéré, de Sous-Préfet dans la même ville, de Directeur Adjoint de l'Administration Générale au Ministère des Finances, de Directeur de la Société des Transports Urbains du Cameroun, avant les charges ministérielles, fruit de son alliance dans le jeu de la démocratisation.

L'exercice de ces responsabilités est à la base de l'accumulation des différents capitaux que nous avons évoqués plus haut dans la mesure où l'on acquiert beaucoup d'expériences qui servent comme soubassement à un acteur social pour construire et élargir sa surface sociale et politique. Ainsi, de façon caractéristique, Dakole a cumulé des responsabilités importantes dans divers domaines²⁷ qui lui ont permis de constituer un immense capital relationnel qui s'étend jusqu'au Tchad²⁸, pays dans lequel il semble séjourner de temps en temps pour se ressourcer sur le plan de la magie africaine²⁹.

Une question mérite d'être posée. Comment a été vécue la réussite scolaire de Dakole, non musulman, dans une région acquise aux Islamo-Peuls ? Il faut s'en tenir à l'imagerie populaire pour tenter une réponse à cette préoccupation. En effet, le commun des Toupouri pense que le prince de Goudaye est un homme hors commun et crédité d'une qualité exceptionnelle qui lui a permis de franchir toutes les barrières, les embuches dressées par le système Ahidjo pour bloquer les apprenants Kirdi. Dans ce contexte de politique scolaire discriminatoire de la France, parce que « *dans les régions islamisées, l'école publique européenne était presque perçue avec suspicion (...) doute sur son caractère laïc et certitudes quelle était le vecteur des étrangères corruptrices*³⁰ » comme l'avait relevé A. Dadi, le jeune apprenant qu'est Dakole réussit à s'imposer à cause de son origine de fils de chef.

²⁷ De retour au Cameroun, Dakole occupa tour à tour un certain nombre de responsabilités, lesquelles lui ont permis d'accumuler des capitaux qu'il mettra à profit dans le jeu politique depuis l'amorce de la démocratisation. Il a été Secrétaire General de l'Administration Fédérale du Nord-Cameroun, Sous-Préfet de l'arrondissement de N'Gaoundéré, Directeur Adjoint des Affaires Générales au Ministère des Finances, Directeur de la Société des Transports, Directeur General de la Société des Transports Urbains du Cameroun, dernier poste de responsabilité qu'il occupa avant son emprisonnement en 1984.

²⁸ Dakole est d'une mère de Youaye, toupouri d'origine tchadienne, d'où sa familiarité avec ce pays. Il assiste régulièrement aux cérémonies rituelles annuelles qu'organise le Wang Doré, le chef spirituel toupouri basé dans la région du Mayo-Kebbi Est, arrondissement de Fianga, au Tchad.

²⁹ Source : entretien.

³⁰ A. Dadi, Tchad, l'Etat retrouvé, Paris, l'Harmattan, 1987.

Toujours dans le registre des événements historiques qui ont permis au prince de Goundaye d'accumuler des capitaux, figure en bonne place l'histoire de la pratique de l'initiation ou *Goni* chez les Toupouri. En effet, toute proportion gardée, Dakole est considéré dans le milieu local comme le défenseur farouche de la pratique de l'initiation que les pouvoirs publics ont interdite depuis 1961 au cours d'une réunion tenue à Yagoua et présidée par le vice-premier ministre Mohaman Lamine. Mais bravant cette interdiction, l'initiation a été organisée en 1975³¹ et les pouvoirs publics ont saisi cette occasion pour réprimer les contrevenants en brulant des greniers contenant du mil. Ce qui n'a pas plu à Dakole qui aurait exprimé son amertume auprès du Président Ahidjo. Et cette prise de position en faveur de l'initiation affuble Dakole, non seulement du statut de défenseur de la cause des non-musulmans en général et des Toupouri en particulier, mais aussi d'un franc-parler, de courageux et d'audacieux, car il était le seul chrétien à exprimer son sentiment, sentiment d'approbation ou de désapprobation au Président Ahidjo dans un contexte où tout geste était susceptible d'être qualifié d'acte subversif et méritait une répression adéquate et appropriée.

Pour compléter le tableau des considérations sur les atouts de Dakole dans le processus d'accumulation des capitaux, il faut mentionner, son style de vie sobre et sa sociabilité, car au cours de nos enquêtes, il se raconte qu'il affectionnait les pratiques des populations telles que la danse *Gourna*³², les bières locales comme le *bil-bil* en vogue chez les Non-musulmans du Nord-Cameroun. Bref, c'était le fils du terroir qui ne ménageait aucun effort pour la promotion de la culture des siens d'où le nom Menkamla³³ qui matérialise et traduit son passage à l'initiation, promotion de 1955 dite *debsia*.

Pour satisfaire une certaine curiosité, il convient de relever un phénomène qui paraît anodin mais plein de signification, à savoir le choix de l'emblème du M.D.R. constitué par un bâton placé

³¹ En 1975 a eu lieu l'initiation en pays Toupouri. Il s'agit de la promotion dénommée *Ndikdandi Dolé* qui a drainé beaucoup des jeunes gens et la répression a été de taille puisque des greniers de mil ont été brûlés sur ordre du Préfet du Mayo-Danay de l'époque Monsieur Bassoro.

³² *Le Gourna* est l'une des danses emblématiques des populations Toupouri de l'extrême-Nord du Cameroun. Il offre aux jeunes gens de s'empiffrer de la bouillie de la farine du mil surtout rouge malaxée au lait de vache pour avoir de l'embonpoint et ces jeunes exhibent leur torse nu pour animer les cérémonies comme les visites des personnalités de haut niveau comme les chefs d'État, les cérémonies des funérailles etc. L'ancien Membre du Gouvernement enquisse souvent les pas de cette danse quand l'occasion se présente à lui pour marquer sa sympathie avec les siens et gagner davantage leur confiance. Ici se dégage toute l'attitude d'un politicien populiste.

³³ Menkamla est le vrai nom familial du Coordonnateur du M.D.R. Celui de Dakole qu'il porte est la traduction version toupouri de De Gaulle, nom d'un ancien Président de la France, collé à lui parce que né lorsque cet homme politique français était aux affaires et son nom était le symbole d'un homme fort, puissant, sauveur.

en diagonale sur la carte du Cameroun. Pourquoi la préférence pour le bâton. L'observateur impartial pense que ce choix est dicté pour honorer la mémoire de sa défunte génitrice qui s'appelait *Woing Grao*, c'est-à-dire la femme bâton, version pour certains, et pour d'autres, ce choix du bâton est orienté par son affection pour la danse Gouna et l'usage du bâton pour l'exécution de cette danse locale est systématique. Les deux options semblent acceptables pour les observateurs de la société toupouri.

Ceci étant, c'est l'occasion de dire que l'évocation de son nom d'initiation à lui seul suffit pour qu'il soit considéré comme l'authentique fils du terroir. C'est aussi une marque de sa personnalité d'homme intègre et de défenseur de la cause Kirdi, qualités très affectionnées dans son milieu tribal. IL activera toute cette réputation en faveur de son parti quand celui-ci va connaître une existence légale et pendant les consultations électorales qui vont s'en suivre. Tous ces atouts ont permis à l'homme politique de construire un immense empire relationnel, mais l'élément qui a le plus marqué les esprits, reste son emprisonnement, son incarcération comme tant d'autres à la suite du coup d'Etat manqué du 06 avril 1984 où certains éléments de l'armée³⁴ se sont insurgés pour renverser le régime du Président Biya.

En effet, pour le commun des mortels, Dakole a été victime de son origine géographique. Il n'est nullement impliqué dans cette aventure périlleuse de 1984. Mais ce qui nous importe n'est ni la raison de son arrestation ni les conditions de sa détention, mais plutôt les conséquences politiques et l'instrumentalisation de cette arrestation qui ont fait de Dakole une icône, un mythe chez les populations non musulmanes du Nord Cameroun. C'est ce qui explique d'ailleurs son choix comme coordonnateur du MDR et plus tard l'enthousiasme et l'adhésion massive des électeurs pour ce parti lors des premières consultations locales de l'ère démocratique. Bref, Dakole sort de la prison en 1991 comme un martyr victime de l'injustice, et du coup, il accumule davantage des ressources à vocation persuasive, d'éveil des consciences pour la vulgarisation de son parti le MDR. Sans exagération aucune, pour certains, c'était le « *Mandela* » des Kirdi marginalisés comme l'atteste l'accueil qui lui a été réservé à l'aéroport international de Maroua-Salak lorsqu'il atterrissait pour la première fois fraîchement sorti de la prison. Cet immense accueil

³⁴ Au Cameroun, il y a eu une tentative de Coup d'Etat visant à renverser le régime du Président Paul Biya en 1984. De l'avis des observateurs, ce coup a été orchestré par une partie des éléments de la Garde Républicaine constituée pour la plupart des ressortissants de la région du grand nord du pays. De connivence avec les putschistes ou non, Dakole, ressortissant du grand Nord comme les insurgés fut emprisonné et ne recouvrira sa liberté qu'après l'adoption de la loi d'amnistie de 1991.

galvanisant était un signe prévisible pour la réussite d'un leader politique en cas de concurrence électorale.

Nous ne saurions clore ce chapitre sans dire que Dakole, issu des milieux politico-administratifs comme les cadres de sa génération, est le seul à avoir, non seulement refusé l'islamisation, mais à la dénoncer comme une méthode violant le caractère laïc de l'Etat, donc une brimade anticonstitutionnelle. Cela a contribué à faire de lui un héros de la cause kirdi contrairement à certains de ses compatriotes³⁵. Cela peut-il expliquer sa non promotion au poste ministériel sous l'ère Ahidjo ? Toute proportion gardée, tout porte à croire que son refus d'embrasser l'Islam fut un des motifs ayant concouru à ne pas lui confier la charge de la gestion d'un portefeuille ministériel alors qu'il ressort que ses ressources institutionnelles liées aux multiples fonctions politiques et administratives qu'il assumait le prédisposaient à la gestion d'une charge ministérielle, il n'assumera cette responsabilité que dans le contexte de la démocratisation avec les retombées de son parti dans le cadre du jeu d'alliance avec le parti au pouvoir, le R.D.P.C.

B- Le M.D.R. : du cercle de réflexion au parti politique

Rappelons d'abord que l'option pour le Cameroun d'une civilisation de modernité politique s'est traduite concrètement par la libéralisation et la déconstruction du système autoritaire dont le support juridique demeure la loi libérale n 90/056/du 19 décembre 1990 relatives aux partis politiques. C'est à la faveur de cette disposition que le MDR vit le jour sous l'impulsion de Dakole Daissala malgré les controverses qui tournent autour de sa création, c'est-à-dire que pour les uns et les autres le Mouvement pour la Défense de la République a été dans ses fonts baptismaux un cercle de réflexion mis sur pied par des cadres non musulmans issus de diverses couches socio-professionnelles.³⁶

³⁵ L'histoire politique du Cameroun a connu deux élites non musulmanes qui se sont islamisées pour des ascensions sociales : nous pouvons citer Hakassou Jean, Massa, qui obtiendra le poste de Ministre sans Portefeuille et Sadjo Engokai sera promu Ministre de l'Education après s'être converti à l'Islam.

³⁶ Différents groupes de cadres d'obédience Kirdi se disputent la paternité de ce parti qui n'était autre qu'un cercle de réflexion en prélude à l'annonce de l'ouverture du paysage politique. Ces personnes estimaient qu'il fallait être armé le moment venu, c'est-à-dire disposer d'une marchandise le temps opportun sur le marché politique. Dans ces groupes et selon les villes, l'on peut citer à Maroua : Ritouandi François, Toupouri et cadre des Banques, Matourwa Tchakréo, Toupouri et cadre des services de la Météorologie, Mbesso Saidou, Toupouri et Ingénieur des Travaux Publics, Waichoué Justine, Toupouri et Cadre du Ministère du Sport et Education Physique, Dr Ali Toupouri, Toupouri et Médecin, Dr Dourwé, Toupouri et Pharmacien, Zouané Jonas, Moundang, Pagou Taidandi, Moundang, Warai Mesmin, Toupouri et Ingénieur Agronome. Dans la ville de Yagoua, l'on peut citer : Djona Jean, Massa et Ingénieur Agronome, Bambé Justin, Toupouri et Inspecteur du Travail, Dr Djonlaye Wanribelé, Toupouri et Pharmacien,

Au-delà de cette guerre de paternité, cette structure politique reste, aux côtés du RDPC au pouvoir, le parti qui a le plus contribué à imprégner le processus de démocratisation en milieu non musulman au Nord-Cameroun. Des ruraux aux citadins, des jeunes aux moins jeunes, des hommes aux femmes, des nantis aux moins nantis, dans leur majorité, chacun s'est plus ou moins reconnu dans cette formation politique. C'est ce qui semble expliquer la victoire de ce parti aux élections législatives de mars 1992 et municipales de janvier 1996. Evidemment, il s'agit d'une des variables explicatives parmi tant d'autres, car pour beaucoup de non-musulmans, c'est un parti de libération, de remise en cause de l'hégémonie peule, c'est aussi un parti à l'intérieur duquel l'on peut s'épanouir. Telle est l'option de la majorité des électeurs non musulmans pendant cette période où ce fut pour ce parti son baptême en tant que formation politique en quête des suffrages pour son inscription sur la scène politique en pleine mutation. Ce fut véritablement l'opportunité pour l'irruption des pauvres³⁷ dans le jeu politique national après plusieurs décennies d'exclusion et de marginalisation.

De manière générale, le M.D.R. a eu une vie légale au lendemain de la réinstauration du multipartisme éclipsé pendant longtemps par une longue période du monopartisme de fait. Du cercle de réflexion des cadres non musulmans à sa transformation en formation partisane, ce parti a joué un rôle remarquable dans le jeu politique national comme les autres qui meublent le paysage politique camerounais. Dakole s'en servira comme instrument, voire comme marchandise politique pour faire décoller sa carrière.

A la lecture de ce qui précède, s'atteler à mettre en lumière l'architecture politique d'un pays sous l'angle de la vie partisane s'avère intéressant. Il convient ainsi de saisir les leaders politiques et leurs partis dans leur déploiement, leur opérationnalité dans le jeu démocratique car

Reyang Bloum, Toupouri, Minkreo Léon, Toupouri, Paayang Samuel, Moundang et à Garoua, le cercle regroupait les personnages suivant : Koulandi Jean, Toupouri et Chercheur à l'IRAD, Zogué Yeouna, Toupouri et cadre au Ministère du Sport et Education Physique, Powé, Toupouri et Ingénieur en Textile. Toutes ces personnes se disputent la paternité du MDR et affirment que Dakole n'est que leur mandataire et non le fondateur dudit parti. En réalité et d'après nos enquêtes, l'idée de mettre sur pied une formation politique a été adoptée en mai 1991 au cours de la dernière réunion qui a eu lieu à Goundaye, village natal de Dakole. Les participants ont proposé un certain nombre de sigles et ont donné mandat à Dakole de choisir un seul et de rédiger le statut et le règlement intérieur du futur parti, mandat qu'Il exécutera par la suite jusqu'à la mise en forme d'un parti politique en bonne et due forme. Celui-ci sera légalisé par décision n283/D/MINAT/du 09 octobre 1991 avec son siège à Yaoundé.

³⁷ J. M. Ela, Afrique, l'irruption des pauvres. Société contre ingérence, pouvoir et argent, Paris, l'Harmattan, 1994, 266 p.

il n'existe aucun doute du rôle capital et majeur joué par les partis politiques, fussent-ils de l'opposition, dans la démocratisation au Cameroun.

II- LE M.D.R. ET DAKOLE DANS LE JEU POLITIQUE AU CAMEROUN : DE L'OPPOSITION SANS OPPOSANT.

Page | 641

Deux moments ou deux épisodes majeurs marquent la vie du M.D.R. sous le magister de Dakole. Il s'agit des élections du 1er mars 1992 et l'alliance signée entre ce parti et le Parti R.D.P.C. de la même année.

En effet, la tenue des élections étant un baromètre majeur d'appréciation de la démocratie, le Cameroun, pour sceller son retour au pluralisme partisan et marquer son adhésion à des compétitions politiques pluri partisans, entreprend l'organisation test des élections législatives pluralistes du 1er Mars 1992, consultations au cours desquelles les électeurs ont été appelés à choisir librement leurs représentants parmi plusieurs postulants, pour corroborer l'hypothèse de Sindjoun Luc qui dit que « *la compétition électorale apparaît comme une procédure de légitimation du pouvoir* ». ³⁸ En d'autres termes, « *l'accès aux trophées politiques résulte de l'élection* » ³⁹ suivant ce constat pertinent de Daniel Gaxie et de Patrick Lettingue. Cette opération historique a connu la participation de certains partis qui ont accepté les règles du jeu alors que d'autres ont simplement refusé d'y prendre part, optant aussi simplement pour le boycott ⁴⁰ de ces opérations. Dakole et son parti entrent dans la danse pour la désignation de ses représentants, geste qui permet à l'analyste de le ranger dans un quelconque registre des politiciens.

A- Le M.D.R. et les élections législatives du 1^{er} mars 1992 : une entreprise politique au service d'un investisseur politique.

Il s'avère utile de revenir un tout petit peu sur les concepts d'entrepreneur et d'investisseur politiques, exercice qui a été fait dans les pages précédentes mais qui s'impose par le potentiel heuristique de cette notion d'entreprise.

Ainsi, à la lumière de ce qui a été dit plus haut, le portrait de l'entrepreneur politique se dégage comme un homme qui, non seulement sait se saisir des opportunités d'affaires, mais aussi

³⁸ L. Sindjoun, « élections et politique au Cameroun, concurrence déloyale, coalitions de stabilité hégémonique et politique d'affection » in *African Journal of Political Science*, vol.2 n1, 1997, p.90.

³⁹ D. Gaxie et P. Lettingue, *Les enjeux municipaux*, Paris, PUF, 1984, p 10.

⁴⁰ Ces élections ont été boycottées par le S.D.F. Social Democratic Front, principal parti de l'opposition en 1992.

qui innove en mettant en œuvre une structure organisationnelle efficace pour leur exploitation, comme le dit Ramādī.⁴¹ Ce portrait se rapproche davantage de la peinture faite par Facchini qui dit que « *l'entrepreneur politique est l'individu qui saisit dans l'action politique un moyen de s'enrichir* »⁴². Il ajoute « *que la richesse des professionnels de la politique est directement liée au travail de coordination politique qu'ils effectuent, autrement dit à la mise en correspondance des demandes et des offres politiques ainsi qu'à leur capacité à résoudre des conflits d'efficacité ou de répartition par des innovations politiques*⁴³ ». Poursuivant son raisonnement, l'auteur suggère que « *l'idée d'entreprise politique renvoie à l'idée de marché politique qu'il identifie à un lieu abstrait où des agents en concurrence pour le courtage politique tentent d'échanger des biens politiques contre des soutiens actifs ou passifs* »⁴⁴.

Dans le sillage des auteurs ayant fait le rapprochement entre le parti politique et l'entreprise, il faut aussi relever les travaux de Michel Offerlé qui postule dans son ouvrage « *qu'un parti politique doit d'abord être pensé comme un espace de concurrence entre des agents, comme une entreprise politique*⁴⁵ ».

Outilé de cette littérature savante et édifiante ci-haut sur ces notions au combien importantes pour saisir le M.D.R. dans sa dynamique sur l'échiquier politique national à partir des élections législatives du 1^{er} mars 1992 et l'usage que Dakole a fait de cette victoire, nous sommes d'avis qu'il répond au prototype d'entrepreneur politique et cette action nous sert aussi de schémas explicatifs de la logique entrepreneuriale d'un bon nombre de chefs des partis d'opposition dans l'univers partisan camerounais.

Reprenant l'analyse des élections législatives de 1992, tout porte à croire que c'est au cours de ces consultations que le jeu d'Alliance s'est produit entre le M.D.R. qui obtenu six (6) sièges dans les deux départements du Mayo-Kani et du Mayo-Danay et le R.D.P.C. quatre-vingt-huit 88 sièges ne permettant pas à ce dernier d'avoir la majorité pour former le Gouvernement, d'où le recours au parti de Dakole qui, en entrepreneur politique habile, réussit ce marché qui lui a permis

⁴¹ A. Ramadji, L'opposition partisane dans le système politique tchadien, 1993-2011, Thèse de Doctorat es Science Politique, Université de Bordeaux, juillet 2015

⁴² F. Facchini, « L'entrepreneur politique et son territoire » in Revue d'économie régionale et urbaine, (2006), 263-280.

⁴³ Idem

⁴⁴ Idem p 5-6.

⁴⁵ M. Offerlé, Les partis politiques, 5^{ème} édition, Paris, PUF, 2006.

d'engranger quatre postes ministériels et un poste de vice-président à l'Assemblée Nationale dont la gestion lui posera toutes les mésaventures pour la suite de sa carrière politique. Il s'agit bien évidemment des effets de la plateforme signée en 1992 entre le Président de la République, président du R.D.P.C. parti au pouvoir et le M.D.R., l'un des partis politiques de l'opposition camerounaise dont le décryptage se trouve dans les pages qui suivent.

En effet, la victoire du M.D.R. aux élections législatives de 1992 est à circonscrire dans les deux départements du Mayo-Kani et du Mayo-Danay comme nous l'avons si bien évoqué. Cela révèle en filigrane le déficit de l'implantation territoriale et le confinement des partis politiques de l'opposition camerounaise dans des bastions ou fiefs électoraux⁴⁶, exception faite du parti au pouvoir qui, compte tenu de son ancienneté d'implantation et de l'usage des moyens de l'Etat, quadrillé presque tout le pays. Dans cette perspective du rétrécissement de l'espace territorial par l'opposition, le M.D.R. se retrouve confiné aux deux départements du Mayo-Danay et du Mayo-Kani qui lui ont permis d'avoir les suffrages nécessaires pour les six sièges obtenus⁴⁷. Achille Mbembé le confirme lorsqu'il affirme que le « *M.D.R. est un petit parti circonscrit à deux départements non islamisés de l'Extrême-Nord*⁴⁸ ». Cette affirmation de Mbembé est scientifiquement discutable dans la mesure où une analyse approfondie nous a permis de découvrir les réalités de ces deux circonscriptions administratives essentiellement cosmopolites et hétérogènes à tous les niveaux : confessionnelles avec la cohabitation entre les religions musulmanes, chrétiennes et animistes, ethniques où vivent sans beaucoup de heurts les Toupouri, les Moundangs, les Guiziga, les Peuls, les Mousgoums, les Kanouri, les Mouseyes et quelques autres ethnies de la diaspora...

Tout porte à croire à la lecture de ces résultats que Dakole est un investisseur à la tête d'une entreprise politique régionale comme nous venons de le constater pour le reste de l'opposition. A ce titre, l'on peut aussi valablement soutenir que le M.D. R. est un parti comptant sur le vote non-

⁴⁶ Comme preuve de ces circonscriptions des partis de l'opposition, l'on peut dire que L'U.D.C. n'avait que le Département du Noun comme fief d'origine ou est originaire son président feu Dr Adamou Ndam Njoya, le SDF se trouvait implanté dans les régions du Nord-Ouest, du Sud-Ouest, une partie de l'Ouest, L'U.N.D.P. recrute ses militants dans la région natale de son président à savoir Bello Bouba Maigari, le M.R. C. doit son audience prioritairement à l'Ouest, le P. C.R.N. occupe davantage les départements de la Sanaga-Maritime, etc.

⁴⁷ Ont été élus au lendemain de la proclamation des résultats des élections législatives du 1^{er} mars 1992 pour le compte du parti M.D.R. Messieurs Djonlaye Wanribele, Djona Jean, Siama Nathaniel, tous du département du Mayo-Danay et enfin Messieurs Rindandi Djonkamla, Wassouo Maurice et Bilama Goki, du département du Mayo-Kani.

⁴⁸J. A. Mbembé, « Crise de légitimité, restauration autoritaire et déliquescence de l'Etat » in P. Geschiere et P. Konings, *Itinéraires d'accumulation au Cameroun*, Paris, Karthala, 1993, p. 347.

musulman en ce sens que tous les six élus sont d'obédience chrétienne ou animiste. Cela révèle au grand jour que ce sont les clivages sociaux et historiques sur fond de fracture religieuse qui ont déterminé le comportement des acteurs politiques dans la partie septentrionale du Cameroun.

En effet, il nous semble important de rappeler le contexte historique utile à la compréhension de l'avènement des premières élections pluripartisanes de l'ère démocratique dans la partie septentrionale. Ces élections surviennent au moment où les populations non musulmanes croulent sous le poids de plusieurs années de frustration de la part de la minorité islamo-peule et l'engouement des populations frustrées en faveur du M.D.R. n'est que l'expression de la volonté de changement, de libération. Certains y verraient la revanche des opprimés par rapport à l'histoire comme le disait Jean-François Bayart⁴⁹. Il est possible de trouver d'autres facteurs explicatifs de ce vote de vengeance, mais à défaut d'études méthodiquement élaborées, on peut s'en tenir à ces quelques observations certes factuelles, mais qui ne sont pas dénuées de pertinence. Ces élections ont insufflé une nouvelle dynamique de la perception de la chose politique qui était essentiellement l'apanage de la caste des privilégiés qui avaient réussi à s'adjuger toute une région unipolarisée sur le plan politique. L'on a remarqué que la stratégie des « *laissés-pour-compte* »⁵⁰ c'est-à-dire les groupes sociaux exclus du champ politique, a consisté à s'appropriier l'avènement de la démocratie comme une opportunité devant conduire à l'égalité des chances d'accès à des positions de pouvoirs jadis monopolisés par le bloc islamo-peul, pour paraphraser Alawadi Zelao.⁵¹

Tout compte fait, toute proportion gardée, il y a lieu de considérer la formation politique de Dakole comme ayant concouru à la promotion et à la culture de la démocratie au Cameroun pour avoir accepté les règles du vote car pour Lagroye, « *voter, c'est accepter en pratique une règle du jeu, c'est contribuer à l'établissement d'un ordre politique* »⁵², étant entendu que d'autres manières de participer aux débats et aux affrontements entre groupes sociaux sont exclues par l'activité électorale.

C'est donc une réalité indéniable et l'honnêteté intellectuelle nous commande de reconnaître avec lucidité qu'en 1992 et plus précisément le 1^{er} mars, des élections législatives ont

⁴⁹ Voir à propos, J. F. Bayart, « la revanche des sociétés africaine », in *Politique Africaine*, n°11, 1983, p. 99.

⁵⁰ Pour l'intelligibilité de cette expression, voir J.M., Ela, *Ma foi d'Africain*, Paris, Karthala, 1958, p. 24.

⁵¹ Z. Alawadi, « Multiculturalisme, démocratie et citoyenneté au Nord-Cameroun. Quelles leçons sociologiques », in A.A. Qwoda (eds), *Le Nord-Cameroun à l'épreuve des pluralismes. Quand les Sciences Sociales interrogent*, Paris, l'Harmattan, 2012, p. 67.

⁵² J. Lagroye, *Sociologie Politique*, Paris, PFNSP, 2^e ed., 1993, p. 334.

eu lieu avec la participation du M.D.R., du R.D.P.C. et de l'U.N.D.P., pour ne citer que ces trois partis qui se sont livrés à des joutes électorales pour engranger les suffrages des électeurs dans les départements du Mayo-Kani et du Mayo-Danay. C'est dans cette atmosphère de toutes les promesses, comme le dit l'adage populaire : les élections sont des moments de promesses, d'avantages matériels, de réalisation d'infrastructures routières, sanitaires et éducatives, etc. que se dérouleront ces élections de mars 1992.

C'est donc dans ce contexte de surenchères électorales tous azimuts que le M.D.R. décroche six sièges dans le Mayo-Kani et le Mayo-Danay au grand dam de la mise à la disposition des électeurs de tous les moyens logistiques, matériels, l'offre de tous types de biens comme l'a constaté Midepani⁵³ sous d'autres cieux pour canaliser les suffrages des électeurs par les autres partis adverses, surtout le R.D.P.C. et cette victoire a laissé perplexes les uns et les autres en se posant mille et une questions du genre : pourquoi le R.D.P.C. a perdu dans tel arrondissement ; quels sont les mobiles de cette défaite ; pourquoi le R.D.P.C. n'avait-il pas investi la gent féminine ?

L'analyse des élections législatives du 1^{er} mars 1992 ne peut prétendre être relativement satisfaisante si l'on occulte le non-respect de l'inclusion du genre dont le M.D.R. a fait preuve lors de ces élections. Autrement dit, depuis l'amorce du processus de démocratisation en 1990, l'engouement de la gent féminine pour l'investissement de l'espace public est un fait constant. C'est dans cette optique que Seynabou Ndiaye a pu dire que « *le vingtième siècle a façonné une autre femme citoyenne consciente de ce qu'elle représente de par son droit de vote.* »⁵⁴

L'implémentation de cette dynamique juridique inclusive est matérialisée au Cameroun par l'adoption d'une loi datant d'avril 1992⁵⁵ modifiée et complétée par une autre de décembre 1992⁵⁶ qui fait de la prise en compte du genre une exigence légale dans la constitution de toutes les listes de candidatures aux différentes élections au Cameroun.

⁵³ L.M. Midepani, « Pratiques électorales et reproductions oligarchiques au Gabon : analyse à partir des élections législatives de 2006 » in *Cairn*, pp : 47-65.

⁵⁴ Seynabou Ndiaye, Femmes et politique au Sénégal, contribution à la réflexion sur la participation des femmes sénégalaises à la vie politique de 1945 à 2001, Mémoire de DEA, Etudes africaines, Anthropologie juridique et politique (1999-2001) p. 56.

⁵⁵ Loi n 2012/001 du 19 avril 2012 portant code électoral au Cameroun.

⁵⁶ Loi n 2012/017 du 21 décembre 2012 modifiant et complétant la loi du 19 avril 2012.

Enfin, c'est au mépris de l'inobservation de ce dispositif juridique relatif à la problématique de l'émancipation de la femme que le M.D.R. et son président manœuvrent sur le marché politique avec les cailloux dans les chaussures à savoir l'électorat féminin.

B- La signature de la plateforme de gouvernement R. D. P.C. et M.D.R : de la visibilité à la déliquescence.

Page | 646

La démocratisation au Cameroun n'est plus un phénomène à démontrer comme l'attestent les élections concurrentielles du 1^{er} mars 1992. Autrement dit, comme le remarque Sindjoun Luc qui estime que nous sommes passés « *du référentiel concurrentiel de politique électorale*⁵⁷ » pour le choix de nos dirigeants. Et la démocratie ne peut être pleinement assurée que si les formations politiques qui animent la vie politique participent, soit de manière individuelle lorsqu'aucune ne dispose de la majorité au Parlement, soit dans l'optique de coalition lorsque cette majorité fait défaut pour la gestion du pouvoir suprême. C'est pour remédier à ce déficit de majorité que le R.D.P.C. et le M.D.R. s'allient en 1992 pour gouverner. Que peut-on retenir donc de cette alliance ?

En fait de signature de la plateforme gouvernementale entre ces deux partis politiques, il ressort que dans la distribution des cartes en termes des postes, le M.D.R. recueille quatre (4) postes ministériels, un poste de vice-président et un poste de questeur à l'Assemblée Nationale. L'observateur du paysage politique camerounais de ce moment trouve que ce gain est à la taille de cette formation politique régionale, voire ethnique. En fait de soubassement identitaire, il faut remarquer que comme nous l'avons dit ci-haut, le rôle des identités fussent-elles ethniques, tribales ou régionales, a beaucoup été étudié dans la Science Politique africaine⁵⁸ puisque qu'elles ont servi de grilles d'explication dans les réponses que de chercheurs ont données aux problématiques que soulève la politique africaine. Ces prismes ont servi à certains pour analyser, pour définir la « *spécificité des pouvoirs africains* »⁵⁹.

⁵⁷ Voir L. Sindjoun, « élections et politique au Cameroun, concurrence déloyale, coalitions de stabilité hégémonique et politique d'affection », op. cit. p. 96.

⁵⁸ Dans son ouvrage qui traite de l'élection d'un chef d'Etat en Afrique, Sévérin Adjovi relève des constantes inhérentes aux luttes de conquêtes de pouvoir en Afrique parmi lesquelles la région et la culture occupent une place de choix. Voir S. Adjovi, Election d'un chef d'Etat en Afrique, Paris, l'Harmattan, 2003 ; p. 35.

⁵⁹ J.F. Médard, « La spécificité des pouvoirs africains », in Pouvoirs, n°25 (189), pp. 5-22.

En effet, l'entrepreneuriat politique est une notion qui a fait l'objet d'abondantes littératures politiques et économiques ainsi que l'ont démontré des auteurs comme Donald P. Green et Shapiro⁶⁰. Avec la signature de cette plateforme gouvernementale, Dakole s'affiche en bon entrepreneur politique dont la trajectoire normale passe d'abord par la conquête d'un poste lui permettant d'étendre sa fortune, comme l'a relevé Daniel Bourmaud⁶¹. Ce dernier précise « *qu'en mêlant patrimonialisation et bureaucratisation comme logiques de pouvoir, l'Etat en Afrique repose dans son principe même sur la non dissociation des rôles politique et économique*⁶² ». Cela semble être la conséquence de la gestion néo-patrimoniale de l'Etat qui fait que « *pour fructifier le capital politique dont dispose le titulaire, le pouvoir doit être converti en capital économique grâce auquel il sera possible de s'attacher encore plus solidement clientèles et des dépendants. Le mécanisme en quelque sorte s'auto-entretient dans la mesure où les ressources économiques confortent la position politique et, réciproquement*⁶³ ».

En clair, la signature de la plateforme avec le parti au pouvoir, le Coordonnateur vise un objectif précis qui vient à point nommé après sept années d'incarcération, à savoir les gains matériels et cela nous autorise à rejoindre la thèse de Ramadji selon laquelle « *c'est le primat de l'intérêt personnel qui conditionne l'opposition de survie, et pousse à la transhumance politique. Ce n'est d'ailleurs pas banal qu'on ait relevé le fait que dès les heures de son expérience démocratique, les considérations matérielles liées à l'obtention des postes ministériels aient pris le pas sur le véritable combat politique à mener pour les opposants*⁶⁴», surtout tchadiens. La situation n'est guère différente au Cameroun pourtant « *l'exploitation d'une charge publique à des fins d'enrichissement personnel*⁶⁵» est un fléau qui sape les valeurs et la crédibilité du processus démocratique, comme le condamnent Beetham et autres.

Au-delà de l'acte anodin posé par le Coordonnateur du M.D.R., la dimension historique de celui-ci est à relever, à savoir que cette signature a conduit le phénomène oppositionnel au Cameroun à avorter de la production de la démocratie dès les premières heures de son expérience

⁶⁰ P. Donald Green et Shapiro, « *choix rationnels et politiques/ pourquoi en savons – nous toujours aussi peu* », *Revue française de Science Politique*, (1995) p. 96.

⁶¹ D. Bourmaud, *La politique en Afrique*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 64.

⁶² *Ibid.*, p. 63

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ A. Ramadji, *l'opposition partisane dans le système politique tchadien, 1993-2011*, Thèse de Doctorat en Science Politique, Université de Bordeaux, juillet 2015.

⁶⁵ D. Beetham, K. Boyle, *démocratie. Questions et réponses*, UNESCO, 1995, p. 99.

dans le jeu de la démocratisation puisqu'on assistera plus tard à l'incorporation des autres partis de l'opposition dans le camp du parti au pouvoir. Autrement dit, la posture oppositionnelle est devenue un phénomène de survie à partir du moment où presque tous les partis dits de l'opposition se trouvent dans l'incapacité d'élaborer des programmes d'alternance à l'exception de quelques partis considérés aujourd'hui comme l'opposition radicale mais qui peinent aussi à forger dans l'imaginaire collectif des ambitions nationales de leurs formations⁶⁶.

De ce qui précède, l'analyste peut assouvir sa curiosité en posant la question suivante : pourquoi l'opposition camerounaise a-t-elle été incapable de s'unir pour former une majorité susceptible de rendre une alternance possible ? En procédant à un simple exercice d'addition arithmétique entre l'U.N.D.P. avec 68 élus, l'U.P.C. avec 18 élus et le M.D.R. avec ses 06 élus, l'opposition camerounaise aurait gagné le pari de la majorité et par ricochet mettre le parti au pouvoir en minorité.

A en croire le Coordonnateur du M.D.R., tout porte à penser qu'une telle entreprise avait été initiée mais aurait avorté. Voilà pourquoi il déclare lorsque les mêmes partis d'opposition avaient tenté de mettre sur pied « un cercle de réflexion pour la convergence démocratique »⁶⁷ : *« je n'ai pas été personnellement saisi d'une telle initiative (...), il faut dire que le SDF et l'UNDP se retrouvent dans le cadre des vieilles amours qui, par le passé ont donné lieu tantôt à des hypocrisies, tantôt à des entourloupettes (...). En 1992, des formations politiques ont empêché la mise sur place d'une opposition forte au Cameroun. Une fois de plus, qu'il ne s'agisse pas des gamineries de 1992. Le paysage politique ne saurait se contenter des rencontres de Gala. »*⁶⁸.

Toujours dans cette tentative de la mise sur pied de cette dynamique de convergence démocratique, les réactions ne se sont pas faites attendre, surtout celle de Bello Bouba Maigari,

⁶⁶ Sont considérées comme les partis politiques de l'opposition dite aujourd'hui au Cameroun, l'on peut citer : le S.D.F., l'U.D.C. et enfin le M.R.C.

⁶⁷ La prudence scientifique oblige puisque nous ne disposons pas des documents fiables, nous disons qu'en 2002, une rencontre de Cercle de Réflexion pour la Convergence Démocratique a eu lieu à la Fondation Friedrich Ebert le mercredi 03 avril 2002. Participaient à cette rencontre des cadres du S.D.F. (Maidadi Saidou), de l'U.N.D.P. (Célestin Bedzigui) auxquels se sont adjoints Yondo Marcel du parti M.L.D.C., Dorothée Nkom du parti dit des Socio-Démocrates, un représentant du parti du MANIDEM en la personne de Paulin Hilela Matug et enfin Edouard Tankwé du parti La Dynamique. N'ont pas honoré de leur présence à cette rencontre des personnalités de l'U.N.D.P. comme Mohamadou Badjika Ahidjo et Issa Tchiroma Bakary qui étaient pourtant attendus.

⁶⁸ Voir ces déclarations dans l'interview que Dakole a accordé au journal Le Messager n°1346 du vendredi 05 avril 2002, p. 2.

leader de l'U.N.D.P. qui, d'un ton ferme et catégorique, condamne cette démarche par ces propos : « *l'U.N.D.P. n'a engagé aucune concertation de quelque nature que ce soit avec le S.D.F. et qu'aucun cadre n'a reçu mandat pour le faire. Tout militant de l'U.N.D.P. qui s'engage à négocier avec d'autres formations politiques porte atteinte à la discipline générale et s'expose aux sanctions prévues par le statut et le règlement intérieur, ainsi que par les résolutions pertinentes des instances du parti* »⁶⁹.

Ces multiples désolidarisations du Cercle de Réflexion pour la Convergence Démocratique sont les preuves des faiblesses de l'opposition camerounaise, en particulier, et des oppositions africaines, en général, car elles révèlent au grand jour le primat des consciences gastronomiques pour ne pas dire que les postures oppositionnelles sont presque toutes mues par la « *politique du ventre* » comme l'a observé Jean-François Bayart⁷⁰. Dans ces conditions, comment les oppositions africaines ne doivent-elles pas éprouver des « *difficultés à passer de la phase de contestation à celle de proposition* »⁷¹, comme s'indignait Albert Bourgi. Toujours d'après ce dernier, « *l'une des tares de l'opposition démocratique en Afrique, c'est cette difficulté qu'elle a de pouvoir incarner la possibilité d'alternance en proposant un réel projet alternatif, qui changerait sa victoire de la rue en victoire politique* »⁷². Autrement dit, suivant la littérature des théoriciens politiques, l'on vit une « *illusion démocratique en Afrique* »⁷³ et cela risque de conduire à la disparition de la notion d'opposition du vocabulaire politique africain parce qu'elle est incapable de réellement jouer et d'influencer le jeu démocratique.

L'interprétation de cette littérature ci-dessus, quelles que soient les précautions de langage qu'on peut avoir, nous permet de dire que depuis le déclenchement des démocratisations à partir de 1990, l'on note avec Giovanni M. Carbone la « *fragmentation récurrente des groupes d'opposition en un grand nombre de partis faibles et volatiles, le rôle des identités ethniques et des réseaux clientélistes dans la mobilisation des électeurs, les limitations structurelles (...) et le faible degré d'institutionnalisation des systèmes de partis sur le continent* »⁷⁴. Cette fragmentation

⁶⁹ Voir cette interview dans le journal Mutations n°628 du mardi 02 avril 2002, p. 03.

⁷⁰ J. F. Bayart, *L'Etat en Afrique (la politique du ventre)*, Paris, Fayard, 1989, 439 p.

⁷¹ A. Bourgi, « L'Etat africain à l'épreuve du présidentielisme », in *Les défis de l'Etat en Afrique*, Paris, l'Harmattan, CREA, 2007, p. 56.

⁷² Idem

⁷³ M. C. Hounnikpo, *L'illusion démocratique en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2004, p. 10.

⁷⁴ M. C. Giovanni, « Comprendre les partis et les systèmes de partis africains : entre modèles et recherches empiriques », *Politique Africaine*, n°104 (2006), pp : 18-37.

du système des partis et même les alliances entre partis sont la preuve que ces partis ne sont créés que pour l'appât du gain et des postes politiques et administratifs.

Toute la littérature politique qui précède nous interpelle sur la situation du M.D.R. en particulier et de l'opposition camerounaise en général pour recentrer le débat sur la problématique de la capacité des partis politiques camerounais à se démarquer de la propension et de la tendance vers la survie qui est aujourd'hui à l'origine des mouvements de va-et-vient des hommes politiques.

Le M.D.R. laisse toute l'impression d'un parti de l'opposition de consensus qui signifie l'absence de place pour des compromis, moins encore pour des revendications. C'est une forme de rapport dans lequel l'autre n'existe pas. Autrement dit, c'est l'élimination de l'opposition ou encore la négation du phénomène oppositionnel, comme l'a remarqué Ramadji⁷⁵ à propos des partis politiques d'opposition face au M.P.S., parti au pouvoir au Tchad. Aussi faut-il dire à la suite de cela que les partis politiques d'opposition au Cameroun sont à ranger dans la catégorie de ceux que François-Charles Bousquet appelle des « *formations de complément* »⁷⁶ sans vocation à gouverner.

Tout compte fait, aucune analyse de la vie politique camerounaise ne peut ignorer l'hypothèse de la plateforme R.D.P.C. et M.D.R. de 1992 comme l'une des clés historiques explicatives du déclenchement du jeu démocratique mais aussi comme facteur déterminant de l'échec d'un processus à peine amorcé. Si cette alliance a permis à Dakole de tirer profit sous toutes ses formes, puisque « l'accès aux ressources économiques dépend, pour l'essentiel, directement ou indirectement de la relation à l'Etat, de la relation au pouvoir, transformant l'Etat en un « *fromage* », comme le disait Boumakani⁷⁷, ce gain doit aussi être interprété comme un échec stratégique à la fois pour lui-même et pour son parti. Cette imprudence et cette indécatesse dans la gestion de ses gains électoraux, de son stock des ressources issues de la plateforme sans l'aval de la base y compris ses élus, ont conduit à l'effritement et à la dégringolade du M.D.R. (voir graphiques) et de son Président qui, au crépuscule de sa vie n'avait d'existence sur la scène

⁷⁵ A. Ramadji, op cit. p. 327.

⁷⁶ F. Ch. Bousquet, « Oppositions et vocation à gouverner : vers une autre classification », in *Pouvoirs*, n°108 (2004), pp : 115-124.

⁷⁷ B. Boumakani, « La prohibition de la « transhumance politique » des parlementaires. Etude de cas africains » in *Revue française de Droit Constitutionnel* 75, n°3 (2008), pp : 499-512, p. 506

politique que grâce à son soutien constant au camp présidentiel. Et la question de savoir si le Cameroun connaîtra un jour une alternance par les uns reste d'actualité, car les partis ne sont aux yeux des analystes que des complices du pouvoir ou, tout au plus, des dindons de la farce, pour paraphraser Buijtenhuijs⁷⁸.

Conclusion générale et perspectives : du désenchantement au malaise démocratique.

L'analyse d'un phénomène social, d'un processus social en œuvre ne semble pas aisée, surtout lorsqu'il s'agit du pouvoir où se mêlent les ruses, les stratégies, les tactiques et les prudences pour sa conquête, son exercice et son maintien le plus longtemps possible. Il en est aussi de l'étude des partis politiques dans la dynamique des démocratisations où il devient difficile pour le politiste de démêler le rationnel et l'irrationnel de la part des électeurs et même des leaders politiques.

Ceci étant, la réflexion sur l'opposition camerounaise en général et sur l'une de ses composantes, à savoir le M.D.R., en particulier, nous plonge dans le fonctionnement concret dans les rapports de pouvoir au sein de toute la classe politique camerounaise et nous renseigne davantage sur la dynamique d'apprentissage et d'adaptation au contexte démocratique qui habite aussi bien les profanes que les professionnels de la chose politique.

Le M.D.R. a joué un rôle historique comme parti politique d'opposition en s'alliant au R.D.P.C. en 1992 pour permettre à ce dernier d'avoir la majorité pour gouverner. Cela a constitué une certaine dynamique dans le processus de démocratisation enclenché, mais en même temps, ce geste a plombé l'opposition camerounaise qui bat aujourd'hui de l'aile pour sa survie. Le verrouillage et la maîtrise du jeu démocratique par le parti au pouvoir ont étouffé toute forme possible d'alternance créant ainsi une situation de malaise et de désenchantement au sein de la société politique camerounaise où bon nombre se posent toujours la question de savoir : à quand la démocratie au Cameroun ? Cette interrogation reste pertinente.

⁷⁸ R. Buijtenhuijs, *Transition et élections au Tchad, 1993-1997 : restauration autoritaire et recomposition politique*, Paris, Karthala, 1998, p. 100.



Consumer privacy and the banker's duty of secrecy in Cameroon: a critical appraisal of the recent reforms

La vie privée du consommateur et le devoir de secret du banquier au Cameroun : bilan critique des reformes récentes

By :

Page | 652

Kwati Evelyn Baninjoyoh

Senior Lecturer

Faculty of law and political science

University of Dschang

Abstract:

The prevalence of digital tools and their penetration in the commercial sector has increased the challenge of meeting acceptable standards in transactions whether for the supply of goods or services. This challenge is most evident in transactions where the personal information or data of the customer is held by the producer or service provider such as financial sector transactions. Providers of goods and services in the financial sector such as banks, frequently come in contact with personal information of their customers to which they may even be privy. This challenge has been made worse with the prevalence of digital banking and the outbreak of the corona virus pandemic. Social distancing restrictions imposed by the corona virus pandemic have constrained bank consumers to transfer personal data through the internet where they are held and stored by the bank. Due to the sensitive nature of these information, the law imposes an obligation on the bank to protect the consumer's privacy. This article assesses the adequacy of the banker's duty of secrecy in protecting the consumer's privacy in Cameroon. The recent revision in the law on banking secrecy reveals the extension of the scope of financial institutions covered by the law. Heavier fines have also been introduced for defaulters probably to curb the prevalence of these violations especially at the wake of digital banking. But the increasing number of derogations is a cause for concern as to who the law is actually targeted to protect. The circumstances under which the duty can be derogated from, are not clearly spelt out by the law maker. This leaves loopholes upon which clear incidences of breach may be justified. An express provision defining the context within which public authorities should be given consumer information is necessary so that the consumer does not become a victim of the very law elaborated for his protection.

Key words: consumer protection, consumer privacy, banker's duty, banking secrecy.

Résumé :

La prédominance des outils numériques et leur utilisation dans le secteur commercial ont accru le défi de respecter les normes acceptables dans les transactions commerciales, que ce soit pour la fourniture de biens ou de services. Ce défi est plus évident dans les transactions où les informations personnelles et les données du client sont détenues par le fournisseur de services du secteur financier notamment. Les fournisseurs de biens et de services du secteur financier, tels que les banques, ont constamment accès aux données et informations privées de leurs clients. Ce défi s'est aggravé avec l'émergence de la banque numérique et l'irruption de la pandémie du corona virus. Les restrictions sociale imposées en raison de cette pandémie ont contraint les consommateurs des services bancaires à transférer des données personnelles via internet où elles sont détenues et stockées. En raison du caractère sensible de ces informations, la loi impose aux banques une obligation de secret afin de protéger la vie privée du consommateur. Cet article évalue l'efficacité du devoir de secret du banquier à la protection de la vie privée du consommateur des services bancaire au Cameroun. La récente révision de la loi sur le secret bancaire au Cameroun révèle l'extension du champ des institutions financières couvertes par la loi. Des amendes plus lourdes ont également été introduites à l'encontre des défaillants, probablement pour atténuer la violation de la vie privée dans le sillage de la banque numériques. Mais le nombre croissant de dérogations est une source de préoccupation quant à savoir ce que la loi vise réellement à protéger. Les circonstances dans lesquelles l'on peut déroger à cette obligation ne sont pas clairement énoncées par le législateur. Cela laisse des échappatoires sur lesquelles des incidences de violations peuvent être justifiées. Une disposition définissant le cadre dans lequel les informations privées du consommateur pourraient être communiqué aux autorités publiques est nécessaire afin que le consommateur ne devienne pas victime de la même loi élaborée pour sa protection.

Mots clés : protection du consommateur, vie privée du consommateur, devoir du banquier, secret bancaire

Introduction

The adage that the customer is king has been the catalysts of most innovations in the commercial sector as producers of goods and services do everything to drive traffic to their products. In the course of their transactions and operations though, producers and suppliers still engage in unorthodox practices and acts of negligence that violates the interest of the consumer.¹ Many times the consumer is left with little or no choice in some of these bargains especially in sectors where the producer or supplier enjoys a monopoly. One of the banking consumer protection principles is the protection of privacy. Privacy has become a critical requirement for firms to earn and maintain the trust of their customers especially since the outbreak of the COVID-19 pandemic. The increased use of digital platforms² requires the collection and storage of a wide range of personal data.³ In the banking sector for example social distancing restrictions have pushed customers toward digital channels for service.⁴ The change has added to the challenges for banks to protect the privacy of customers and their data.⁵ Protecting such data has become a major regulatory and legislative concern in Cameroon.⁶ Law makers have made dizzying moves globally to achieve fairness in transactions by enhancing protection on behalf of consumers.⁷ The

¹ The term 'consumer' generally refers to a natural person, regardless of nationality, acting primarily for personal, family or household purposes. See the Annex to the UN guidelines on consumer protection, article 3. Within the context of our subject, a consumer is a natural person who is acting outside of the scope of his business and who is enjoying the products and services offered by a bank.

² The growth in digital purchases is increasing the amount of payment and purchase information being shared. KEARNEY, "consumers' views of data privacy and usage in a time of digitalization of banking payments, available on www.kearney.com, accessed in November 2022.

³ 'Cameroon: Data protection overview', (2022), available on www.dataguidance.com, accessed in October 2022

⁴ CULP (S.), "For banks, safeguarding consumer privacy is more important than ever" 2020, available on www.forbes.com accessed in October 2022.

⁵ LAKE (R.) & FOREMAN (D.), "Increase in digital banking raises consumer data privacy concerns: how to protect yourself" 2022, available on www.forbes.com accessed in October 2022.

⁶ One trust data guidance, 'Cameroon : data protection overview', Regulatory research software, (2022), available on www.dataguidance.com, accessed in October 2022.

⁷ KALIEU ELONGO (Y.R), « Reflexions sur la notion de consommateur en droit Camerounais : a propos de la soumission des personnes morales a la loi portant protection des consommateurs », in la protection du consommateur au Cameroun : principes, enjeux et perspectives, *les Editions le Kilimandjaro*, 2018, p 13.

Cameroonian legislator has put forth laws⁸ and institutions⁹, ratify global¹⁰ and regional instruments¹¹ to safeguard consumers' interest against unfair terms and practices in transactions.¹² Before 2011, consumer protection¹³ in Cameroon was regulated by part iv of the 1990 law on commercial activity in Cameroon. In 2011, a law entirely consecrated to consumer protection was enacted.¹⁴ That law defines a consumer as any person who uses goods to satisfy his own needs and those of his dependents rather than to resell, process or use them within the context of his profession or any person enjoying the services provided.¹⁵ One of the main objectives of consumer protection policies is to encourage high levels of ethical conduct for those engaged in the production and distribution of goods and services to consumers.¹⁶ National policies for consumer protection are expected to encourage consumer privacy and data security. In Cameroon constitutional protection has been enshrined to the right to privacy generally.¹⁷ Consumer privacy, also known as customer privacy refers to the handling and protection of the sensitive personal information provided by customers in the course of their everyday transactions. Within the context of the banking sector it would refer to the manner in which customer's personal information is handled and protected by the banker. Banking secrecy otherwise known as banking discretion or

⁸ The Cameroon constitution, Law No 2000/011 on copyrights and neighbouring rights, the Cameroon penal code, law No 2005/007 of 27th July 2005 on the Cameroon criminal procedure code, sectoral laws such as the law N° 2006/018 of December 29th 2006 governing advertising in Cameroon, law No 2010/013 of 21st December 2010 regulating electronic communications in Cameroon, law No 2010/012 of 21st December 2010 on Cybersecurity and Cyber crime in Cameroon; law No 2010/021 of 21st December 2010 regulating electronic commerce in Cameroon; law No 2011/012 of 6th May 2011 on the framework on consumer protection in Cameroon, Law No 2015/018 of December 21, 2015 governing commercial activity in Cameroon and a host of decrees.

⁹ The different ministerial departments, consumer organizations and NGOs, the judicial organs, the National consumer council (created by prime ministerial decree N° 2016/0003/PM of 13th January 2016), regional and international bodies.

¹⁰ Here we have the international bill of rights, the United Nations guidelines on consumer protection.

¹¹ The Bangui agreement of 1999, The OHADA Uniform Act relating to general commercial law.

¹² TAMBE (H.T.), The statutory and institutional framework for the protection of the rights of consumers against unfair terms in consumer contract: The Cameroonian reality, Social science electronic publishing, 2021, available on www.sciencegate.app, accessed in October 2022.

¹³ Consumer protection is the practice of safeguarding buyers of goods and services, and the public, against unfair practices in the market place. It safeguards the well-being and interests of consumers through education, mobilization and representation. Consumer protection ensures that consumers make well informed decisions about their choices and have access to effective redress mechanisms. Effective consumer protection systems make provision for adequate consumer law, effective law implementation and enforcement; awareness for consumers; access to redress mechanisms; effective consumer organizations; and responsible business conduct.

¹⁴ See law No 2011/012 of 6th May 2011, on the legal framework for consumer protection in Cameroon. See also MBONTEH (R), « How consumers are protected in Cameroon », in Cameroon business today, 2018, available on www.businessstoday.cm accessed in September 2022.

¹⁵ The law on consumer protection in Cameroon, section 3.

¹⁶ *Ibid.*, Article 1(c).

¹⁷ See the preamble of the 1996 Constitution of Cameroon.

bank safety on its part has been defined as a conditional agreement between a bank and its clients that all foregoing activities remain secure, confidential and private.¹⁸ It is the obligation whereby the reporting entity shall be bound to keep the confidentiality of the deeds, facts and information concerning their clients, to which they are privy in the discharge of their professional duties.¹⁹ Digital banking makes it easy and convenient for consumers to manage their financial lives but creates more avenues for the leakage of personal data. The legislator has remained conscious of this fact and has précised the respect for consumer privacy even when information has to go through the electronic media. This is the domain of law N° 2010/012 of 21st December 2010 relating to cyber security and cyber criminality in Cameroon.²⁰ Protection of consumer privacy enjoins banks to protect consumer privacy through a combination of appropriate control, security, transparency and consent mechanisms relating to the collection and use of their personal data.²¹ Consumer protection laws in the financial services should establish or encourage appropriate controls to protect consumer financial data, including from fraud and abuse.²² The danger when personal information is misused or inadequately protected is that it can result in identity theft, financial fraud and other problems that can collectively cost people, businesses and governments millions of dollars annually.²³ The Cameroonian legislator has made some improvements to consumer privacy safety by tightening the banker's duty of secrecy.²⁴ Bankers including those in Cameroon, need to harmonize the complexity of keeping customer data safe and adhering to privacy requirements and expectations while also sharing data with authorized institutions.²⁵ If the changes are coming at this time it would be important to understand the guarantees for consumer privacy (I) and the difficulties which may arise with the present legal framework (II).

I- GUARANTEES FOR CONSUMER PRIVACY IN BANKING SECRECY LAWS IN CAMEROON

¹⁸ www.wikipedia.org, accessed in October 2022.

¹⁹ The law on banking secrecy in Cameroon, section 3.

²⁰ This law seeks notably to protect basic human rights in particular the right to human dignity, honour and respect of privacy, as well as the legitimate interests of corporate bodies. See the law on cyber security in Cameroon, section 1.

²¹ *Ibid*, Principles of good business practice, article 11(e).

²² *Ibid*, guideline No 66(g).

²³ BEN LUTKEVICH, "consumer privacy", Available on www.techtarget.com, accessed in October 2022.

²⁴ KEUGONG WATCHO (S.), «le secret bancaire à l'ère du numérique: à propos de la loi no 2022/006 du 27 Avril 2022 régissant le secret bancaire au Cameroun», *Revue de droit bancaire et boursier CEMAC*, vol. II, No 06, 2022, p.7-25.

²⁵ FADZI USHEWOKUNZE, safeguarding consumer data for banks: some guidelines for privacy engineering, 2022, available on www.redhat.com. Accessed on October 2022.

A bank has the responsibility to protect consumer data and maintain the confidentiality of the data, including when it is held by a third party; to provide safe and confidential environment in all of its delivery channels to ensure the confidentiality and privacy of consumer data; to have sufficient procedures, system controls and checks and employee awareness to protect consumer information and to identify and resolve any causes of information security breaches, where they may occur in the future. A bank should ensure that the personal information of consumers can be accessed and used by authorized employees only. This is to ensure that access to consumer's financial and/or personal information is for authorized employees only, whether on the job or after they have ceased working with the bank. In banking transactions, banks have to recognize the importance and impact of a good customer experience while also ensuring that they safeguard their customer's personal data.²⁶ This will depend on the requirements and scope of consumer privacy for banks (A) and the control of the banker's actions (B).

A- Requirements and scope of Consumer privacy for banks

In Cameroon, the law maker protects consumer privacy by imposing a duty on the banker. This is the duty of secrecy regulated by law N° 2022/006 of 27th April 2022. This law repeals law N° 2003/004 of 21 April 2003 relating to banking secrecy. Banking secrecy refers to the obligation whereby the reporting entity²⁷ shall be bound to keep the confidentiality of the deeds, facts and information concerning their clients, to which they are privy in the discharge of their professional duties.²⁸ The law maker in the revised law has replaced the subject concerned which was credit establishments²⁹ to reporting entities. This is not a change of name only as even the definition has widened the scope of institutions contemplated by the law maker. This principle entails that the consumer's financial and personal information should be protected through appropriate control and protection mechanisms. These mechanisms should define the purposes for which data is collected, processed, held, used and disclosed, especially to third parties).

a- The content of data privacy

²⁶ CULP (S.), op.cit., available on www.forbes.com accessed in October 2022.

²⁷ The law on banking secrecy in Cameroon defines reporting entities to comprise credit institutions, microfinance institutions, payment service providers and any other duly authorized body, by virtue of the rules and regulations governing banking, to carry out the dedicated activities. Section 2(5).

²⁸ The law governing banking secrecy in Cameroon, s. 3.

²⁹ Law N° 2003/004, section 2(3).

The law covers deeds, facts and information of the bank's customer.³⁰ The banker is enjoined to keep the confidentiality of deeds, facts and information of the client. According to the preamble of the Cameroonian constitution, privacy of all correspondences shall be inviolable. No interference to this right may be allowed except as provided in a judicial decision. Deeds, facts and information are what write-ups generally call customer data. Deeds will refer to all acts established by the customer in the course of transactions with the bank. This may include the conclusion of certain agreements or contracts and the signature of documents thereof. Facts may relate to things that are known or proved to be true; or information used as evidence of the truth about events and which are undisputed. When they concern the customer the banker is bound by confidentiality. Information refers to facts that are learned about the customer. The law maker is meticulous about the data that should remain secret. The customer's marriage certificate or pay slip may be a deed in the conclusion of a transaction between the customer and the banker while his marital status or basic salary is a fact which may become an information learned by the banker. Therefore in whatever form the data of the customer gets to the banker, he is bound to keep it secret.

b- The feature of data privacy

The elements which characterize data that should remain confidential are personal data, sensitive data, visible data and data affinity. The personal data covered by most privacy laws include any information relating to an identified or identifiable natural person including publicly available data. This can cover various types of information such as name, date of birth, email, phone number, address, physical characteristics, once it is clear to whom it relates or it is reasonably possible to find out. This excludes pseudonymized data³¹. Secondly, the data protected must be of a sensitive character. Sensitive data is information that must be protected against unauthorized disclosure. The purpose of the protection is to maintain the information security of an individual or organization.³² It can be in physical or electronic form and can relate to personal

³⁰ The law on banking secrecy in Cameroon, ss. 3 and 5.

³¹ Pseudonymisation of data means, replacing any information which could be used to identify an individual with a pseudonym. Anonymisation and pseudonymisation, Data protection commission, available on www.dataprotection.ie, accessed in October 2022.

³² CARR (R.), "What is sensitive information", 2022, available on www.zettaset.com, accessed in October 2022.

information, business information and classified information.³³ Data sensitivity is the control of access to data that might result in loss of an advantage or level of security if disclosed to others.³⁴ It includes data as to racial or ethnic origin as well as political opinion. Data sensitivity can be classified as highly sensitive³⁵, moderately sensitive³⁶ and low sensitive data³⁷. The banker is bound by the duty of confidentiality irrespective of the degree of sensitivity. Thirdly, the data will also be determined by its visibility within the platform. Data visibility describes the exposure of a data item by default once the customer discloses it to the application. Data visibility can be classified as either of highest visibility³⁸, moderate visibility³⁹ and data of low visibility⁴⁰. Data of highest or moderate visibility will require greater measures of protection so that there is no leakage to a third party. Finally, the data affinity is taken into consideration in the protection package. Data affinity describes how a data item is bound to the functionality of the application and it can be classified as data of highest affinity⁴¹, moderate affinity⁴² and data of low affinity⁴³. Data which is indispensable for the functioning of the application into which it is used must be disclosed to the bank and should therefore be strictly protected. Data of low affinity on the other hand which is not very essential for the functionality of the application need not be disclosed.

These data classification categories can guide or enable banks to implement data protection and ensure that customer data is protected from unauthorized access or disclosure and enhance privacy engineering. Banks will help reduce violation of customer privacy by controlling the sensitivity, visibility and affinity of data within applications. When data is less visible in the

³³ DAVE (M.), "What is sensitive data? Sensitive data definitions, types and best practices", available online on www.architis.com, accessed in October 2022.

³⁴ ELLIOTT (J.), "What is classified as sensitive data", Congruity 360, LLC, (2022), available on www.congruity360.com, accessed in October 2022.

³⁵ Highly sensitive data includes anything with legal, contractual or ethical requirements for restricted disclosure such as credit and debit card and banking account numbers.

³⁶ Moderately sensitive data is data that a customer may not wish to disclose, such as their date of birth, home address or phone number.

³⁷ This is data that anyone can find in public records or platforms and websites in online directories.

³⁸ This is data visible to anyone with access to the application. For example a customer name in a funds transfer transaction or the payment method.

³⁹ This is data that is visible to the customer, or depends on the customer's privacy preferences. For example, the last four digits of a credit card number.

⁴⁰ Low visibility data is data that is only visible to the application. For example a customer's PIN.

⁴¹ This is data whose absence will not permit the application to perform its desired goal. Therefore, the item is essential for the primary functionality of the application.

⁴² Moderate affinity is when the data could add additional functionality to deliver more value from the functionality.

⁴³ The application will still be able to function without this data

system, the risk associated with loss is reduced, suggesting that banks should use only the necessary data (that is higher affinity) for the applications.

c- Extensive and tighter scope of application

Page | 660

Apart from a significant number of persons bound by the duty, the revised law on banking secrecy has significantly widened the scope of application of the duty to other institutions. The duty applies to both the reporting entity and its agents or third parties.

i- The duty is on reporting entities

The duty was previously applicable to credit institutions defined to include moral persons habitually carrying out banking operations or any entity trading in money or securities.⁴⁴ Banking secrecy in Cameroon today shall apply to reporting entities.⁴⁵ Reporting entities have been defined in that law to include credit institutions, microfinance institutions, payment service providers and any other duly authorized body, by virtue of the rules and regulations governing banking, to carry out the dedicated activities.⁴⁶ The extension of the scope of application of the duty of banking secrecy had become inevitable for various reasons. Firstly, the growth of digital or internet banking had meant that more and more customer information was circulating through a wider space than was the case before. The internet has helped to compress the time and space that was needed to conclude commercial transactions in the past. This is very true in the banking sector where digital banking facilities have been introduced as real alternatives to traditional banking.⁴⁷ Its benefits can be measured in terms of economic advantage, social prestige, convenience and satisfaction.⁴⁸ The benefits are enormous and keep increasing with time. Firstly, digital banking gives the convenience of banking from the comfort of home. There is also the availability of access to banking services on a 24/7 bases. The inconvenience and risk of moving with cash has reduced through online transfers. Also the huge paper work that accompanied most bank transactions has been replaced by paperless banking system. Digital banking also enables the set up of automatic payments for

⁴⁴ Law N° 2003/004 of 21st April 2003 on banking secrecy in Cameroon, s. 1(2) and 2(3) (old).

⁴⁵ Section 1(2), (new) of the law on banking secrecy in Cameroon.

⁴⁶ Ibid, s. 2(5) new of the law on banking secrecy in Cameroon.

⁴⁷ WELLENG (D.), "Digital banking: mix fortunes for customers", *Cameroon Tribune*, 2020, available on www.cameroon-tribune.cm, accessed in October 2022.

⁴⁸ NGUETSOP TALLA, (J.H.), An empirical study of e-banking in Cameroon, Masters dissertation, University of South Africa, 2013, p.43-44.

regular utility bills and also facilitates online payments for online shopping. Digital banking extends banking services to remote areas where structures do not exist. Digital banking is facilitated through the use of sophisticated information and communication technologies together with computer science to enable the bank to offer better services to their customers. Digital banking relies heavily on information and communication technology to achieve its promise of 24 hour availability. Because of its competitive advantage, existing banks have stepped up their services to include this technology so that they can remain relevant. Payment service providers have established platforms to market this new approach to banking as the perfect alternative to traditional banking. The corona virus pandemic introduced social distancing measures of control as the new normal in our world and digital banking received a real impetus from the pandemic. All these factors lead to an upsurge of digital banking in Cameroon and establishment of payment service platforms and other duly authorized bodies. Through these networks, customer information is collected, held, stored, used or transferred at random. The principal risk that has come with this technology is reduced data security. The internet is difficult to regulate and a lot of crime goes on in the internet space. Cryptographic codes and passwords are used to secure consumer information but this may not be enough. The duty of secrecy has been imposed on these institutions or their agents as more guarantees for protection.

Another reason for extending banking secrecy to microfinance institutions and other Payment Service Providers (PSP) is mainly the dynamism of the sector in the country.⁴⁹ For example the microfinance sector in Cameroon counts over 850 microfinance institutions. In addition, some of these institutions are as big as some commercial banks, such as Camccul, first chain of microfinance institution in the country from which emerged the Union bank of Cameroon and whose volume of assets is equal to that of BGFI Bank's Cameroonian subsidiary.⁵⁰

The duty is also imposed on payment service providers. These are third party companies that help business owners accept a wide range of online payment methods, like online banking, credit

⁴⁹ Business in Cameroon, "Cameroon to subject all microfinance institutions to banking secrecy", Public management, (2015), available on www.businessincameroon.com, accessed in October 2022.

⁵⁰ AJONAKOH FOTABONG (L.), « The micro finance market of Cameroon: analyzing trends and current developments », 2012, p.2-3; AKANGA, (F.), 'Governance of microfinance institutions in Cameroon: what lessons can we learn?', 2016, available on www.eprints.bournemouth.ac.uk, accessed in October 2022.

cards, debit cards, e-wallets, cash cards and more.⁵¹ The psp is there to assist businesses to accept electronic payments from credit cards and debit cards to crypto payments. Psp establish technical connections with acquiring banks and card networks, enabling merchants to accept different payment methods without the need to partner with a particular bank. They fully manage payment processing and external network relationships, making the customer less dependent on banking institutions. In Cameroon, E-nkap exists as a payment platform that enables individuals to buy and sell on the internet using all existing local payment methods such as think cash payments, MTN mobile money, Orange money, Smobilpay or payments by credit or debit card.⁵² It is a psp whose simple unique API enables local businesses to securely transact online. Electronic payment service providers are henceforth compelled to guarantee the confidentiality of the personal data of their clients and to refrain from disclosing such information to third parties by virtue of the revised law.

ii- The duty applies to the bank's agent and to third parties

The duty of confidentiality in banking transactions is imposed on anybody involved in the management, administration or liquidation of the reporting entity.⁵³ It shall also apply to employees of the bank. Employees of the bank have direct dealings with customers or their personal data and are bound to keep it secret. It is very usual to expect that the duty should first be imposed on the management of the bank and its employees who on a daily basis come in contact with customer data. The law maker has taken note of the fact that in the course of its existence management of the bank may change to the provisional administrator or liquidator for the treatment of banking crisis. In carrying out his duties the administrator or liquidator has unlimited access to personal data which he must keep confidential.

Also, third parties who have obtained or gained access to the secrets of a reporting entity including customer personal information shall be bound by the duty. This is the case where the third party obtained or gained access unduly such as by accident. For example he may be the bank software developer carrying out repairs in the software of the banking computer system or he might

⁵¹ ZOHO BOOKS, « What is a psp or payment service provider » essential business guides, available on www.en.m.wikipedia.org, accessed in October 2022.

⁵² NGWA (E.), « E-nkap: make simple and secure online payments in Cameroon », Afro Hustler, available on www.afrohustler.com, 2022, accessed in December 2022; E-nkap de smobilpay is an authorized payment online site which facilitates simple and secure online payments via mobile money, cash or credit cards. Available on www.enkap.cm, accessed in December 2022.

⁵³ The law of banking secrecy, article 4(1); see also article 5(1)(a).

have picked up lost but found document which happens to contain confidential bank data of a customer. He may also have gained access to the information by virtue of his office. Banking secrecy shall not be invoked against public authorities and bodies. Thus any information which is divulged to such public authority or body must remain confidential. The public authority or body is bound by the duty of secrecy and will be liable in case of any disclosure, release or communication to another.⁵⁴

iii- Acts of violation and assimilated acts

The law forbids employees, the management or control authorities of the bank from releasing and communicating facts and information obtained in the performance of their duties. Secondly, violation of banking secrecy will apply to disclosure, release or communication by any means of information received by third parties from a bank. Thirdly, it will amount to violation of banking secrecy where a bank or its employee uses for his private purpose or communicates to a third party facts or study projects entrusted to them by a client or member.⁵⁵

The law maker has categorized other series of acts that would be considered violations of banking secrecy whether negligent or fraudulent. Firstly the automatic processing of personal bank data even inadvertently without ensuring complete security of the procedures and in manner likely to lead to alterations, damage or communication to third parties.⁵⁶

Secondly where the culprit fraudulently accesses or remains inside all or part of the automatic data processing system of the bank. It is violation of the duty of banking secrecy to fraudulently key data into the automatic data processing system of a bank or fraudulently deleting or modifying the data contained therein.⁵⁷

B- Sanctioning the bankers action

Liability for breach of banking secrecy is severely sanctioned by the law maker. As a matter of fact, more severe sanctions have been introduced by the revised law on banking secrecy in Cameroon.

⁵⁴ The law on banking secrecy in Cameroon, article 4(2) read alongside article 5(1)(b).

⁵⁵ *Ibid*, s.5(1)(a-c).

⁵⁶ *Ibid*, s.5(2)(a).

⁵⁷ *Ibid*, s.5(2)(b-c).

a- Civil sanctions

When a customer commences relationships with the bank, there exists an implied contractual obligation of non-disclosure of the records related to the customer. The bank therefore owes a duty not to disclose the data of their customers under ordinary circumstances. The most common action open to the customer therefore is a breach of implied contract. Once disclosure has taken place, the damage has already been done and in many cases it is difficult to assess the extent of the customer's loss in monetary terms.⁵⁸ The remedy open to the customer will depend upon whether there has been a breach or there is fear that the bank is about to breach the duty. Where there is a breach, the customer may sue for damages. In *Jackson v. Royal Bank of Scotland*, [2005], UKHL 3,⁵⁹ a customer obtained damages when a bank inadvertently disclosed its customers mark-up, leading to the loss of a line of business. The bank was ordered to pay the lost profit that the customer could prove resulted from the breach. In other cases the court has awarded gain based damages and even negotiating damages.⁶⁰

The customer may sue for an injunction to restrain disclosure or a repetition of a previous disclosure. Before granting an injunction, the court will need to be satisfied that an award of damages will not be an adequate remedy. The main protection for the customer is his ability to obtain an injunction restraining the bank from making disclosure. But the court must have evidence that disclosure is threatened before an injunction can be granted. This is not always easy because disclosure may take place as is always the case before the customer knows that there was a threat of it.

b- Criminal sanctions

Breach of banking secrecy is a misdemeanor for which the offender shall be liable to imprisonment for from three months to three years or with fine of from one million to fifty million. Where the offence is committed through the print media, radio, television, electronic

⁵⁸ GODFREY (G.), et.al., "Bank confidentiality" a dying duty but not dead yet?", Andreas Coucounis & Co LLC, published on the International Bar Association website, 2022, available on www.coucounis.com, accessed in December 2022.

⁵⁹ This decision contains an indication of the way the court will assess the damage caused to the customer.

⁶⁰ Force India Formula one team ltdy v. Malaysian Racing Team Sdn Bhd [2012] EWHC 626 (Ch); Primary Group (UK) Ltd v. Royal Bank of Scotland plc [2014] EWHC 1082 (Ch); Absolute Lofts South West London Ltd v. Artisan Home Improvements Ltd and Another [2015] EWHC 2608 (IPEC), [2015] All ER (D) 77 (Sept).

communication or by any other means intended to reach the public, the term of imprisonment shall be from six months to six years or fine of from two million to one hundred million. For each of the cases, the penalty may be accompanied with both imprisonment and fine.

The law maker has imposed heavier fines for the offence than was the case in the previous law. Under the previous law, the fine ranged from one million to ten million or two million to twenty million in the event where the offence is committed through print media, radio, television, electronic communication or any other means intended to reach the public. The severity of the penalty relates only to the fine and not to the terms of imprisonment. Imposition of heavier fines may have a more deterrent effect on the banker than a term of imprisonment. The law maker in increasing the fine may be trying very hard to deter acts of violation be they fraudulent or negligent. In some of these acts of breach, the disclosed information may lead to theft of funds from the account of the customer, sums which may be very colossal.

The bank incurs a penalty separate from that of the agent involved. In this case the bank is subject to the same fines as the agent of the bank but the fines can increase to four times the amounts for other offenders.

c- Administrative sanctions

The court may impose the following accessory penalties to the principal penalties already imposed. Where the offender is a natural person, he may be banned from public duties or from ever serving in a bank. The decision against him shall also be made public for dissemination through the media.⁶¹ The publication of the decision is to warn other consumers and reporting entities on the potential risk involved in requesting the services of such an individual in their organization. Where the defaulter is a legal person, the court decision shall be published and disseminated through the media.⁶² This is negative publicity for the bank and is a good enough deterrent for other entities to more cautious with their duty of secrecy.

II-CHALLENGES TO EFFECTIVE PROTECTION

Some writers have noted that since the global financial crisis, jurisdictions have been increasingly keen to reduce levels of bank secrecy to the detriment of individuals but to the benefit

⁶¹ The law on banking secrecy, s. 27 (4)(a).

⁶² *Ibid.* s. 27 (4)(b).

of the public good.⁶³ A good number of initiatives have been taken by the Cameroonian legislator to ameliorate protective measures for the privacy of consumers of banking services. Reforms to the legal framework had become indispensable given the increasing channels for consumer data exposure in this sector. And because of the irreparable harm this may engender when consumer sensitive data gets in the hands of the wrong person, nothing short of a rigorous framework is expected. However in addition to the measures introduced to tighten protection there is a little flexing of the rules in the areas of increasing number of derogations (A), albeit intended to sanitize the banking sector (B).

A- Increasing number of derogations

The duty of banking secrecy is not an absolute duty on the banker.⁶⁴ The law maker has placed limits within which the duty should be exercised. Exceptions are taken for disclosure to certain administrative authorities or private persons. Derogations are also allowed when the banks' interest is a stake. The customer may equally give his consent to the disclosure in which case the duty will not lie. When the information in question is of general interest it will not generally be covered by the duty.

a- When disclosure is imposed by the relevant authority or by law

There are entities against which banking secrecy may not be invoked.⁶⁵ This provision corroborates article 45 of Ordinance N° 85/002 of 31st August 1985 relating to the operation of credit establishments in Cameroon. Except in cases provided for by the law, professional secrecy may not be raised in respect of the minister in charge of money and credit, the supervisory board, the National credit council nor the bank of central African state. The law on banking secrecy has included a number of public authorities against whom banking secrecy cannot be invoked. These include judicial authorities, public finance supreme audit institutions, authorized tax officials, sworn customs officials, sworn treasury officials, financial markets supervisory body, prosecuting officer of social insurance national body and institutions fighting financial crimes. In most of these cases the exception operates within limits fixed by the law maker. The authority concerned needs the information within the framework of criminal procedure or investigation, in compliance of

⁶³ GODFREY (G.), et.al., op.cit., available on www.coucounis.com, accessed in December 2022.

⁶⁴ ANATOLIY LYTVYNENKO (A.), "Data privacy and Banking secrecy: topical issues in commonwealth, continental Europe and International Jurisprudence", *Athens journal of Law* – vol.5, Issue 3 – 2019, p.308-312.

⁶⁵ *Ibid*, section 6(d).

written procedure or communication, facilitating the performance of their duties or acting within their jurisdictions.

The bank may also communicate information to tax authorities under the right to communicate as provided for by the general tax code and the international agreements concluded by Cameroon. This also applies to communication to the customs administration pursuant to the right to communicate as provided for by the customs code of the Central African Economic and Monetary Community (CEMAC), international tax conventions and agreements concluded by Cameroon.⁶⁶ Laudable in the efforts of the law maker under the revised law is the introduction of the supreme audit institution against whom banking secrecy may not be invoked.⁶⁷ This is a national body which is empowered by law or presidential decree to perform the external audit duties of public finance management. The role played by the supreme audit institution in combating financial crimes cannot be over emphasized.⁶⁸ This institution was created in Cameroon with main objectives of auditing government revenues and expenditures. It is also part of their duty to monitor the financial operations and performance of public sector bodies. Supreme audit institution is a central element of any accountability system. It verifies and legitimizes the information on the basis of which organizations are to be judged. When audits are well carried out, they help institutions to act in accordance with the principles of accountability and integrity, improve their performance and earn the confidence of the people. The law empowers the supreme audit institution to access otherwise secret data held by reporting entities. In this way, it will help fight corruption, fraud, money laundering and any other illicit deals perpetrated especially by state agents through the banking system - state agents who have embezzled government funds and want to ship them through the bank, corrupt agents of the bank and other investigation organs. The supreme audit institution has the stamina and potential to sanitize the banking sector through its timely intervention and audit investigations. The problem is whether this institution which is attached to the presidency and under the full control of the executive arm of government will be independent enough to carry out its activities without fear or favour. The state inspectors, state controllers and other officials at the supreme state audit office are appointed by the President of

⁶⁶ *Ibid.* s. 6(i).

⁶⁷ *Idid.* s. 9.

⁶⁸ CHENE (M.), "The role of supreme audit institutions in fighting corruption", U4 Anti corruption Helpdesk, CHR Michelsen Institute (CMI), p.3-4, available on www.knowledgehub.transparency.org, accessed in October 2022.

the republic.⁶⁹ These persons are expected to work in order to improve governance in the Cameroonian public administration. The tendency has shown that once an organ which is supposed to act as a watchdog is placed under the control of the chief executive, it becomes difficult to be transparent. Party discipline, corrupt loyalty and other family or social ties handicaps the members of the audit to act freely against a certain category of persons.

b- When disclosure cannot be invoked against certain private persons

There are certain private persons who are entitled to disclosure and against whom the bank cannot withhold information.⁷⁰ These include the authorized agent of a customer within the powers and duties of his function in the agency relationship. A spouse with powers of representation, the guardian of a minor or legally incapacitated adult or the trustee of a protected adult has access to information of the customer. The residuary successors of the customer are entitled to limited disclosure, while the universal legatee, heirs, rightful claimants, executors of wills, liquidators and administrators of an estate have full entitlement to disclosure of the customer's information.

Owners of a joint account each have full access to any information concerning their joint account. This is the same with a surety concerning information on the debtor's default. The beneficial occupant, bare owner and pledgee shall have a right to be informed by the bank on any property concerning their real rights. Any other person designated by the customer to the bank in relation to a transaction, shall be entitled to be so informed. A company's auditor, legal management or control bodies have the right to access information necessary to discharge their duties. A judicial administrator, all persons and duly empowered bodies may request and get access to documents necessary in the discharge of their duties.

c- When the interest of the bank is a stake

The banker's duty of secrecy does not operate to endanger the interest of the bank itself. Where personal information is exchanged between two reporting bodies, in conducting business such

⁶⁹ To this effect, Decree N° 2019/604 of 6th November 2019 to appoint State inspectors; Decree N° 2019/605 of 6th November 2019 to appoint an official at the permanent secretariat of the budget and finance disciplinary board of the supreme state audit office; Decree No 2019/606 of 6th November 2019 to appoint an official at the state supreme audit office; Decree No 2019/607 of 6th November 2019 to appoint state controllers; Decree No 2019/608 of 6th November 2019 to appoint officials at the supreme state audit office; Decree No 2019/609 of 6th November 2019 to appoint officials at the supreme state audit office.

⁷⁰ See the law on banking secrecy, ss 17-26.

exchange will not amount to violation.⁷¹ This is the case where loans are further guaranteed by a deposit bank or an insurance company. Personal data of the customer may be exchanged in the course of business between the entities.

Also, where there is litigation involving the bank and the customer of the bank, it may be necessary for the bank to prove its case or defend itself by exposing sensitive information which would normally be sanctioned in other circumstances.⁷² The case of *Sunderland V. Barclays Bank Ltd. (1938) 5 L.D.A.B. 163* buttresses this point. In that case, it was held that the bank is entitled to disclose more than what is necessary for the purpose of protecting its own interests.

d- When disclosure is made with the written consent of the consumer

Where personal data is communicated to a third party with the authorization or consent of the consumer or customer, it will not amount to violation.⁷³ This will also be the case where the authorization or consent is given by the customer's heirs or rightful claimants. A rightful claimant under the same law is a person with legal claim to something. In the context of the customer of the bank, a rightful claimant should be a person with legal claim to his bank account and information.⁷⁴

e- When the information disclosed is of general interest

Any information of general interest or any information which is habitually provided to third parties when so communicated shall not constitute a violation of banking secrecy.⁷⁵ It is even incumbent on the bank to communicate information of general interest to the customers as part of the latter's right. Access to information and the right information is part of the component of the consumer protection package. The framework law on consumer protection in Cameroon has laid down as one of the fundamental principles of consumer protection, the principle of information. By this principle consumers have the right to access to information to enable them to make an informed choice during any transaction concerning the supply of technology, goods and services.⁷⁶

⁷¹ The law on banker's secrecy section 6(c).

⁷² NAH FUASHI (T.), lecture notes on banking law, Masters 1 in International trade and investment law in Africa, University of Dschang, page 44-45.

⁷³ The law on banking secrecy, section 6(b).

⁷⁴ Ibid. section 2(1).

⁷⁵ Ibid. section 6(a).

⁷⁶ The law on consumer protection in Cameroon, section 3(c).

To withhold relevant information from the consumer is a violation. Where the banker in exercising their duty, transmits such information of general interest to the public, it would not amount to breach.

B- A law which sanitizes the banking sector

The duty on the banker should not be taken as a cover for illegality. The duty should not run contrary to the banker's public law duty to assist the course of justice during court trials.

a- When disclosure is necessary to serve the public interest and justice

Where information is necessary to advance the course of justice or for general public interest, the bank will not be in violation if personal data of the customer is shared to meet this objective. This is the case where requisition or request is made of banking information by the State counsel or monetary authority.⁷⁷ There is a regulatory obligation on the bank to divulge such information as on any other citizen for the preservation of general public interest. During legal proceedings, the bank manager may be required to make statements which in ordinary situations he will not make. These are statements made in court or before a judicial police officer acting on the instruction of the State counsel or on the basis of a rogatory order of the examining magistrate in a preliminary investigation.⁷⁸

When acting within the exception provided by the lawmaker it is not clear whether the banker makes his disclosure in open court or in camera.⁷⁹ Information that is given to a judicial authority in the event of criminal investigation or criminal trial will have to respect the rule as to publicity of justice in Cameroon.⁸⁰ This is a rule which enables any member of the general public to walk into the court and follow the course of the trial. Justice must not only be done but it must be seen to be done. It must be done in open court. This means that the banker can give testimony in open court during trial during which time the personal data of a customer may be required. The judicial organization law in Cameroon has mentioned two exceptions to this rule. Firstly, the law can expressly provide an exception to the publicity of certain proceedings which should only be heard

⁷⁷ The law on banking secrecy 2022, section 6(d).

⁷⁸ *Ibid.* s.6 (f). This rule applies also to electronic data. Criminal investigation officers generally have the mandate to intercept record or transcribe any electronic information. See the 2010 law on cyber security in Cameroon, section 49.

⁷⁹ See to this effect section 6(f) and 8(1) of the revised law on banking secrecy in Cameroon.

⁸⁰ Law N° 2006/015 of 29th December 2006 on Judicial organization in Cameroon, section 6(1).

in camera or in chambers.⁸¹ A clear example is the procedure for conciliation or preventive settlement which the law maker expressly mentions should be confidential and out of the public scrutiny.⁸² The parties involved in these procedures are bound by a duty of confidentiality and the decisions and rulings of the court are not subject to the rule of publicity. The second exception as to the publicity of justice resides in the power accorded to the court which on its own motion or on the application of one or more of the parties may order a full or partial hearing in camera. This will arise in situations where the public hearing may undermine State security, public order or morality.⁸³ The disclosure of personal information of the bank customer may not be a threat to State or public well being. More often than not, the parties may not realize the harm done to the customer by allowing the public disclosure during trials in open court. It may also arise that the banker in the course of his testimony is left with no other option at the time of examination. Consumer privacy is a fundamental human right and must be protected. To guard against any careless divulging of consumer information beyond the prescribed exception, it will be necessary for the law maker to expressly provide in the law that the procedure or the part involving the disclosure should be heard in camera or in chambers. The law maker may need to circumvent divulging this kind of information to the judicial authority alone or in camera to the restricted number of persons concerned by the information such as the parties and their legal representatives. It is expected that lawyers are part of the judicial corps who should be bound by the duty of secrecy and confidentiality of any information they received in the course of their duty. The law says that the duty of banking secrecy cannot and should not be invoked against public authorities. This does not include the general public from whom the customer's privacy should remain a secret.

Also, statements made to the National Agency for financial Investigation on transactions or information concerning sums of money suspected to be derived from drug trafficking, activities by criminal organizations, money laundering or terrorist financing or all other related offences.⁸⁴

Furthermore, a bank may be constrained by court order to allow its books and database to be examined by a third party, under conditions laid down by OHADA law. A good example is in the

⁸¹ *Ibid*, section 6(3).

⁸² The Uniform Act on collective proceedings for the clearing of debts, article 2 para. 1, articles 5-1 para.3, 5-3, 5-7, 5-9 and 14.

⁸³ Judicial organization law, section 6(3).

⁸⁴ *Ibid*. s.6 (b).

event of collective proceedings involving an enterprise placed under the supervision of a judicial administrator. The Uniform act on collective proceedings states that the preventive settlement expert shall appraise the situation of the debtor. And in doing so he may notwithstanding any repugnant statutory or regulatory provision obtain records from auditors, accountants, employees' representatives, public administrations, social security and welfare agencies, banking or financial institutions as well as services in charge of centralizing banking risks and incidents of payment information that may give accurate information on the financial and economic position of the debtor.⁸⁵

b- Derogations are necessary to fight against financial crimes

Banking secrecy over the years has become controversial in the way that it allows some companies and individuals to anonymously detain assets and in most cases, these assets come from public fund misappropriation, corruption or from various kinds of illegal trafficking. If these crimes are present in the banking system then their proliferation is accentuated by the increase use of digital tools in the banking sector.

L'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication, ANTIC⁸⁶ had also reported that over 90 percent of software and operating systems used in Cameroon are hacked. It is clear that the developments within the technology and finance industries have increased the risk of cybercrime.⁸⁷ It is for this reason that the law has exempted a number of authorities from non disclosure. These are authorities involved in investigation and prosecution with the aim of ridding the banking system of fraudsters. This aspect goes to buttress the overall objective of the law maker which is to restore the confidence of consumers in the banks. Consumers will be happy to know that their personal data stays safe from public scrutiny but they would be more assured to know that the banks which plays host to their deposits and funds is not a vehicle for crime. Banks

⁸⁵ See to this effect the Uniform act on collective proceedings for the clearing of debts, article 12.

⁸⁶ ANTIC is the French acronym for the National Agency for Information and Communication Technologies. It is a public administrative establishment with legal personality and financial autonomy and placed under the technical supervision of the ministry of post and telecommunications. The mission of ANTIC is to plan, assign and control internet addresses in Cameroon; put in place mechanisms to ensure internet security at the national level; regulate information and communication technologies and the internet. Decree N° 2012/180 of April 10, 2021 on the organization, and functioning of the National Agency for Information and Communication Technologies, ss.1 and 2.

⁸⁷ business.incameroon.com, Cameroon is a country vulnerable to cyber criminality, cf. NGAUNDJE LENO (D.), "An appraisal of the law on consumer protection in Cameroon with respect to technology products", *international journal of science and research (IJSR)*, vol.10, issue 2, p.832, available online on www.ijsr.net, accessed on November 2022.

must collaborate with judicial authorities or with the administration that combat money laundering and terrorism financing. For instance in Cameroon, the law requires financial institutions to report over XAF5 million deposits to the National Agency for financial investigation (ANIF).⁸⁸

c- Internet Censorship Requirements

Page | 673

There is not much the banker can do in trying to protect the privacy of the customer in the face of government censorship on the internet. The government practice of internet censorship undermines the right to privacy of consumers. ANTIC is empowered to watch social networks with sophisticated state of the art tools.⁸⁹ This technology enables ANTIC to browse private profiles on social networks in order to detect illicit content or practices which may threaten national security. This facility is operated in total disregard of the consumer's right to privacy even on the internet. The government also launches campaigns to capture the private data of mobile phone users. The objective of government intervention in this way is to guard against practice that can prejudice law, public order and safety of citizens. More so, government monopoly over all mobile and internet infrastructure through Cameroon Telecommunications (CAMTEL) is a gateway to communication surveillance.

Conclusion

Digital tools have made banking easier and more convenient but the transfer of personal and financial information through digital channels has accentuated the risk on consumer privacy recently. The internet has evolved to heighten the threat to consumer privacy in online transactions. The more banks can do now to get ahead of the curve the more consumers may benefit when it comes to keeping information secure. The reporting entities must do everything to implement the provisions of this law so that the objective of increasing the confidence for whosoever has money to keep in the bank will be restored and preserved. The Cameroonian legislator should encourage disclosures where this is necessary within the confines of the chambers of judicial authorities. Bank software developers can help significantly reduce privacy risk by controlling sensitivity, visibility and affinity of data within applications. When data is less visible in a system, the risk

⁸⁸ ANDZONGO (S.) (2022), "Cameroon broadens bank secrecy scope to microfinance and electronic payment operators", Business in Cameroon, available on www.businessincameroon.com accessed in October 2022.

⁸⁹ NGAUNDJE LENO (D.), op.cit., p. 832-833.

associated with loss is reduced suggesting that developers should use only the necessary data with higher affinity for the applications. Renewed emphasis should be laid on data governance as well as data protection techniques such as anonymization and masking.



A critical appraisal of the concept of immunity from prosecution under the cameroonian criminal law

Une evaluation critique du concept d'immunité de poursuite dans le droit penal camerounais

By: Page | 675

OJONG Lionel ATOM (Ph.D)

Assistant Lecturer

Faculty of Laws and Political Science

University of Ngaoundere (Cameroon)

Abstract:

It is common knowledge that legal systems around the world, including Cameroon protect Sovereigns and senior government officials from prosecution by granting them immunity. Albeit, to shield them from undue pressure. This paper seeks to establish that the institution of immunity from prosecution in the Cameroonian criminal law has triggered impunity by allowing some high ranking government officials and politicians to go unpunished for crimes whether less serious or gravious, including corruption. This article also states that immunity from prosecution brings about injustices inherently contained in the law. It uphold that criminal immunity undermines, not only the principle of fair trial and justice, but also constitutes an alteration or derogation from the principles of equality before the law and criminal responsibility respectively. Thus, the question for determination is whether immunity from prosecution as enshrined under the Cameroonian criminal law is in consonance or alteration from the principles of equality before the law and criminal responsibility? This article further states that there is the need of the powers that be to espouse laws firstly, by stating clearly offences which may not be covered by immunity, and secondly, by striving to balance the independence required for public officials to fulfill their mandate with right accountability mechanisms.

Key words: Immunity, prosecution, in consonance, alteration, derogation, equality before the law, criminal responsibility.

Résumé :

Il est de notoriété publique que les systèmes juridiques du monde entier, y compris le Cameroun, protègent les Souverains et les hauts fonctionnaires des poursuites judiciaires en leur accordant l'immunité. Même si c'est pour les protéger de pressions indues. Cet article cherche à établir que l'institution de l'immunité de poursuites dans le droit pénal camerounais a déclenché l'impunité en permettant à certains hauts fonctionnaires et politiciens de rester impunis pour des crimes, qu'ils soient moins graves ou graves, y compris la corruption. Cet article affirme également que l'immunité de poursuite entraîne des injustices intrinsèquement contenues dans la loi. Il confirme que l'immunité pénale porte atteinte non seulement au principe de procès équitable et de justice, mais constitue également une altération ou une dérogation aux principes d'égalité devant la loi et de responsabilité pénale respectivement. Ainsi, la question à déterminer est de savoir si l'immunité de poursuites telle que consacrée par le droit pénal camerounais est en accord ou en dérogation avec les principes d'égalité devant la loi et de responsabilité pénale. Cet article indique en outre qu'il est nécessaire que les pouvoirs publics adoptent des lois, d'une part, en énonçant clairement les infractions qui ne peuvent pas être couvertes par l'immunité et, d'autre part, en s'efforçant de trouver un équilibre entre l'indépendance nécessaire aux agents publics pour remplir leur mandat et les mécanismes de responsabilité appropriés.

Mots clés: Immunité, poursuite, consonance, altération, dérogation, égalité devant la loi, responsabilité pénale.

Introduction

It has been holistically agreed by all civilized nations, and consecrated in almost all international legal instruments that the law applies to all without any form of distinction based on status, social conditions, race and nationality.¹ Thus, the primacy of law against any acts perpetrated by an offender irrespective of his or her status. This fundamental rule often referred to as the principle of equality before the law has been equally enshrined in most, if not all the national constitutions of States and Cameroon² has not been an exception. Hence, the principle of equality before the law is embedded in the Cameroonian Constitution and other legal texts such as the Penal Code and Criminal Procedure Code respectively. Accordingly, from a criminal perspective any offender notwithstanding his social conditions, nationality, or sex is subjected to legal pursuit and punished in accordance with the law enforce.³ This procedural guarantee of equality of all before the law, it should be note is often and generally applied respecting the different phases of criminal trial.⁴ It follows that the logical reaction to the breach of penal law is prosecution.⁵ Infringements must be prosecuted so as to bring the perpetrators to justice.⁶

However, some persons may be availed from prosecution of offences they have committed for some reasons or another, which may be partly because of the functions they occupy in government⁷, they are granted immunity which will warrant them benefit some legal privileges to enable them better excise their functions properly. As stated above the title of this paper is: A critical appraisal of the concept of immunity under the Cameroonian criminal law. The paper purports to highlight the concept of immunity under Cameroonian criminal law by pointing out the controversies surrounding the concept, inequality and injustices that are inherent in the law. We argue therefore, that these special measures or privileges provided for by the Cameroonian legislator are highly consequential upon resulting to trigger impunity, thus undermining the

¹ Article 7 of the Universal Declaration of Human Rights 1948.

² See the Preamble to the Cameroonian Constitution of 18th January 1996 as modified in 2008, also Article 1 of the Penal Code of Cameroon.

³ The Principle of Criminal Responsible is instrumental to this effect.

⁴ The Criminal Trial generally involves three phases which includes; the intruction or verbal report, the investigation (preliminary inquiry) and prosecution phase and the Trial or judgment phases respectively.

⁵ In accordance with the principle of criminal responsibility which is to the effect that who so ever commits an offence or ommission is criminally responsible for such commission or ommission.

⁶ The reason d'etre for this is to ensure that justice is not only done, but it is seen to be done and the victim is vindicated.

⁷ This is often the cases of politicians and some government workers like in the case of Cameroon they includes; the President of the Republic, Diplomats, Judicial personals and spouses standing as weaknesses.

enforcement of the rule of law⁸ and constituting a breach or alteration of the principles of equality before the law and criminal responsibility. Our main concerns in this paper or the question for determination is whether the consecration of immunity in the Cameroonian Penal Law is not a breach of the principles of equality before the Law and Criminal Responsibility?

I-THE DETERMINATION OF THE CONCEPT OF IMMUNITY

In this part of the work our discussion will lay emphasis on defining immunity from prosecution so as to understand properly the concept, distinguished same from cognate legal concepts such as pardon, amnesty. Further distinction shall be made between immunity and objective causes of criminal irresponsibility, subjective causes of criminal irresponsibility. All of these will be done in order to clear off the ambiguity that may exist between these concepts.

A- Immunity Defined

The concept of immunity is varied and include different forms. It is thus an elastic and fluid concept, hence it is not absolute.⁹ Immunity from prosecution may be defined as a legal status wherein an individual, group or entity cannot be held liable for violation of the law, in order to facilitate societal aims that outweigh the value of imposing liability in such cases.¹⁰ Literally from this definition it simply means an offender might never be prosecuted. It stands out that it is a legal privilege attributed to certain persons generally State Officials and inter alia recognised by national¹¹ and international law¹² which enables them to exercise their duties free from outside constraints or pressures, including legal ones. Thus, it goes without saying therefore, that criminal immunity is generally, freedom from legal obligation to perform actions or to suffer penalties. However, if it is agreed that certain persons are entitled to immunity from jurisdiction which

⁸ The rule of law is the idea that public power should be exercised by the government authorities within a constraining framework of public norms, rather than on the basis of their own preferences. Infact, the rule of law means compliance with the rules and regulations that exist in a given State in all domains of society, without any exceptions.

⁹ Immunity is generally restricted to acts committed in the exercise of official functions, during the time the person holds that official position.

¹⁰ Bennett Capers; what is Criminal Immunity? Immunity From Prosecution: a « get out of jail free » card, Pr. At Brooklyn Law School.

¹¹ See the following provisions: Article 53 of the Cameroonian Constitution of 18th January 1996 as modified in 2008; Articles: 68, 127,153, 172, 306, and 323 et. Of the Penal Code of Cameroon.

¹² It has been laid down by Customary International Law, the Universam Declaration of Human Rights 1948 as well as the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

permits them to thus avoid legal pursuit before national or international courts, we may be right to say that immunity can be used as a defence to prosecution.

B- Types of Immunities as recognised under the Cameroonian Criminal Law

Page | 679

To better determine and to ease the understanding of the concept of immunity, it has been divided into various forms in the like of parliamentary immunity, immunity of government officials which is further sub-divided into judicial, absolute and diplomatic immunities, further we have spousal privilege or immunity. With regard to parliamentary immunity, as the name indicate, it is that type which is granted to parliamentarians during their tenure and in the course of their duties.¹³ On like parliamentary immunity, immunity of government officials, in particular judicial immunity is one which is absolute granted to a judiciary in the course of their official duties.¹⁴ It is term absolute not because it is not limited in time, but rather because it is that type of sovereign immunity for all government officials and government employees conferring total immunity when acting in the course of their duties.

Diplomatic immunity on its part may be considered as one granted to diplomats resulting from agreement between sovereign governments to set aside diplomats from local laws¹⁵ because grants of immunity are especially important in intergovernmental relations, where traditions have seemingly arisen to prevent the Civil Servants of a Country's foreign service worker from being harassed by their host countries.

Finally, spousal privilege also referred to as spousal immunity, is one which protects a spouse from testifying against the defendant.¹⁶ It should be noted however, that this latter form of immunity is not so much recognised and practised in Cameroon.¹⁷ At this juncture, it is perusal for us to further determine the concept of immunity from prosecution, by clearing off the ambiguity that

¹³ Doar Rieck Kaley & Mack; Understanding what Immunity does and doesn't do, April, 30 2021, at P. 4.

¹⁴ Shaman, Jeffrey; "Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability", San Diego Law Review. 27 : 1., January, 1990.

¹⁵ This form of immunity was established by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, adopted on 18th April 1961 and entered into force in 1964.

¹⁶ Norman Patrick Brown's; Immunity from Prosecution order in exchange for his testimony in Leonard Peltier's Criminal Trial.

¹⁷ What obtains in Cameroon, is rather that a spouse cannot testify against his spouse, ascendants or descendants by virtue of Section 323 of the P.C.

may arise between immunity and cognate concepts in law. Hence, to this effect a succinct distinction of these concepts will be discussed below.

II-IMMUNITY FROM PROSECUTION DISTINGUISHED FROM COGNATE LEGAL CONCEPTS

Certain legal concepts are so intrinsically connected to immunity in terms of the effects they have on prosecution. Therefore, it is imperative and unavoidably for us to distinguish them, so as to avoid the likelihood of confusion they may provoke. They include; pardon, amnesty, subjective causes of criminal irresponsibility in particular: compulsion, insanity, intoxication, and minority. Also objective causes of criminal irresponsibility such as; execution of the law by a lawful authority, obedience to lawful authority, legitimate defence and state of necessity. These concepts herein mentioned are capable of bringing confusion in the minds of legal students whose understanding of these concepts remain juvenile. One thing that should be noted, is that immunity just like the concepts enumerated above may cause the discontinuity of criminal proceedings, while others may simply postpone prosecution as we shall expound below.

(a)- Immunity from prosecution distinguished from pardon

We find it relevant to distinguish these two related concepts, so as to avoid any ambiguity that may exist between them. This is so because whether immunity or pardon, they both may have an effect to stay criminal proceedings. While immunity from prosecution exempts from legal requirement, the prosecution of any government authority or from granting any penalty thereto¹⁸, thus, barring criminal proceedings from taking its course. Pardon is the power vested on the Chief executive officer¹⁹ to grant or allow a person to be relieved of some or all of the legal consequences resulting from a criminal conviction.²⁰ It is now settled, that pardon avails government officials from guilt or remission of punishment, and like immunity, arrest prosecution. It is worthy of note that pardon may be full or conditional.²¹ It is conditional when its effectiveness depends on fulfillment of a condition by the offender, usually a lesser punishment, as in the commutation of

¹⁸ Generally, freedom from legal obligation to perform actions or to suffer penalties.

¹⁹ It is usually the head of State. But it may also be granted by a legislative body, after through act of indemnity, anticipatory or retrospective, for things done in the public interest that are illegal.

²⁰ Gerald Ford, Leo Frank, John Peter Altgeld; *Politics, Law & Government Law, Crime & Punishment*, Editors of Encyclopaedia Britannica, 2019 at P.4.

²¹ Pardon in the Cameroonian context as per Section 66 of the Penal Code is to the effect that « *Pardon shall mean the commutation or remission, in whole or in part and with or without conditions, of a penalty or preventive measure or of the obligations of a probation officer* ».

the death sentence. The effect of full pardon is ambiguous in some jurisdictions.²² This difficulty stems from lack of differentiation between pardons granted for reasons of clemency²³ and those granted from a belief in the accused's innocence.²⁴ It is not our intention to make further detail analysis on these two concepts, but rather established the differences between them as they both have the effect of discontinuing criminal proceedings, even though for one (immunity) it, merely postpones prosecution.

In the opinion of one contemporary writer, he states that pardons are sometimes seen as a mechanism for combating corruption, by allowing a particular authority to circumvent a flawed judicial process to free someone who is seen as wrongly convicted. We however, do not subscribe to this assertion. Thus, we ascertained therefore that both immunity and pardon are sources of controversies. In fact, in extreme cases, some pardons may be seen as acts of corruption by government officials in the form of granting effective immunity as political favours.

(b)- Immunity and Amnesty

Amnesty is considered as a sovereign act of oblivion or forgetfulness for past acts, granted by a government Chief executive officer or a legislative organ to persons who have been guilty of crimes, generally conditional upon their return to obedience and duty within a prescribed period.²⁵ Amnesty therefore has as effect to induce the disappearance of the punishable character of an offence retrospectively and, thus, consequently the legal debate of the offence by extinguishing directly and immediately the criminal action. But mention should be made of the fact that, this may only happen in criminal actions and not in civil actions wherefor, the claimant may proceed with his civil claims to recover damages thereof.

Amnesty in the Cameroonian context is proscribed in the Criminal Procedure Code in its Section 62 (c) that criminal proceedings will be discontinued following an amnesty. This provision is in tandem with Section 73 of the Cameroonian Penal Code which is to the effect that: « *Unless otherwise expressed, an amnesty shall bar the commencement or continuation of any*

²² This is because some jurisdictions have not clearly define the scope of granting full pardon.

²³ Clemency plays a critical role when capital punishment exists in a jurisdiction.

²⁴ Pardon is sometimes offered when innocence is undisputed in order to avoid the costs that are associated with a retrial.

²⁵ Amnesty is granted usually for political crimes against the State, such as treason, sedition, or rebellion. It is addressed generally to classes or communities and takes the form of a legislative act or other constitutional or statutory act of the Supreme power of the State.

prosecution ». The question may be asked whether immunity and amnesty are synonymous given that proceedings are stayed as a result of both. Of course, the answer is in the negative. Unlike immunity, which only postpones the prosecution of the criminal offence, amnesty has the effect of terminating the criminal action. One thing remains certain in our opinion, is that both immunity from prosecution and amnesty constitutes a derogation or alteration from the principles of criminal responsibility and equality before the law.

(c)- Immunity distinguished from subjective causes of criminal irresponsibility

Subjective causes of criminal irresponsibility are those elements or circumstances wherefor, an offender who has committed an offense in breach of the regulations put in place, and instead of the latter being held accountable for or prosecuted in accordance with the laws in force, the perpetrator of the act is not punished, or if punished, his punishment is being mitigated as he benefits from a reduction of punishment, substitution or he benefits from a suspended sentence after a *prima facie* provision of some reasonable justifications. Pursuant to the Cameroonian Penal Code persons who may not be criminally held accountable for their acts in accordance with Section 74 of the Code²⁶ includes; minors,²⁷ persons suffering from insanity in whose insanity, has been certified by a medical practitioner to be total before or in the course of the commission of the act,²⁸ persons who offend out of compulsion be it physical²⁹ or moral³⁰ and persons who commit offences due to intoxication.³¹ The question here is whether these persons whose offences may be mitigated can be synonymous to immunity given that both are all presumptions of law and capable of staying proceedings or suspending punishment? Of course, the answer is no. Immunity from prosecution, unlike those causes of criminal irresponsibility is granted only to government officials holding positions in government with the exception of spouses. It follows that immunity should not be confused or equated with justificative facts or diminished responsibility.

(d)- Objective causes of criminal irresponsibility and Immunity

²⁶Section 74 of the Penal Code of Cameroon is to the effect that whosoever commits an offence should be criminally responsible for his acts or omission.

²⁷ See Sections 80(1) and (2) of the Penal Code of Cameroon

²⁸ Ibid; Section 78 P.C.

²⁹ Ibid; Section 77 P.C.

³⁰ Ibid; Section 81 P.C.

³¹ Ibid; Section 79 P.C.

The same argument will hold here as aforementioned above that immunity is not synonymous to the various objective causes of criminal irresponsibility as stated in the Cameroonian Penal Code. These are persons who commit crimes and for reasons they advanced are either not punished, or their punishment is suspended or reduced as a result of a successful proof of justificative facts which avail them from punishment. These persons includes ; lawful authorities who commit offence in the course of execution of the law,³² obedience to lawful authority,³³ offenders who commit crimes out of a state of necessity in which they find themselves,³⁴ a successful plea of legitimate or lawful defense.³⁵ In the same vein, other special justificative facts may not and should not be assimilated to immunity from prosecution such as where a medical doctor causes injury or commits an offence in the exercise of his duties,³⁶ like for instance, when he or she in urgency surgically intervenes in violation of the consent of neither the sick person probably in coma or the latter's ascendant whose intervention is at the interest of the victim,³⁷ even if the intervention is to commit abortion³⁸, persons who offend in the course of sporting activities.³⁹

It is now settled that be it the subjective or objective causes of criminal irresponsibility are different from immunity from prosecution. Hence, the ambiguity that may exist between them are cleared off. Thus far, we may now continue with our discourse in the third part of this write-up which is the application of the concept of immunity under the Cameroonian criminal law. It infact, discusses persons who can be eligible or covered by criminal immunity and how they may lost same or the procedure to lift the criminal immunity and the authorities competent to do so.

III- THE APPLICATION OF THE CONCEPT OF IMMUNITY UNDER THE CAMEROONIAN CRIMINAL LAW

This third part of the work seeks to determine who can benefit from criminal immunity, and also, whether immunity from prosecution as enshrined in the Cameroonian Penal Code and Criminal Procedure Code constitutes special measures or are merely exceptions to the principles

³² See Section 76 of the Penal Code of Cameroon. These are generally the law enforcers such as the police and the gendamerie.

³³ Section 83 P.C.

³⁴ Ibid. section 86 P.C.

³⁵ Ibid, section 84 P.C.

³⁶ See in particular Section 286 P.C.

³⁷ Ibid., section 287 P.C.

³⁸ Ibid., section 339 P.C.

³⁹ Ibid., section 288 P.C.

of equality before the law and criminal responsibility and if that be the case, does it not constitutes injustices inherently attached to the law and by extension undermining the rule of law, thus a breach or alteration and derogation of the principles of equality before the law and criminal responsibility ?, procedure and authority competent to lift immunity. All of these will be discussed below. Page | 684

A- Who can benefit from criminal immunity?

This section of the paper seeks to throw more light by discussing persons shield by immunity for reasons of their political status or the function they occupy in government, it also affirms that immunity from prosecution is in consonance with the principles of equality before the law, and criminal responsibility, as we shall be citing relevant provisions from some Cameroonian legal instruments to corroborate our stand. Thus, we shall be expounding on persons covered by immunity from prosecution in accordance with the Cameroonian laws.

It is common practice that legal systems around the world protect senior government officials from prosecution by granting them political immunity which shield them from undue pressure⁴⁰ and Cameroon is not an exception to this. Individuals entitled to immunity from prosecution in Cameroon includes ; the president of the republic, parliamentarians, diplomats, judges and spouses often referred to as spousal privileges. These persons will be looked with respect to immunity below.

(a)- Immunity of the President of the Republic and members of the government

This is a type of immunity conferred to the president of the republic, including top government officials when acting in the course of their duties.⁴¹ In fact, the Penal Code of Cameroon does not expressly stipulate for immunity of government officials. Recourse is thus made to some of its provisions⁴² and other relevant texts such as the constitution and international instruments to which Cameroon has ratified.⁴³ Section 53(3) of the Cameroonian Constitution of 18th January 1996 as amended in 2008, is to the effect that « Acts committed by the President of the Republic in

⁴⁰Godfrey Mupanga; Head of State Immunity in the African Context, Cambridge University Press, 11 February, 2021.

⁴¹ Charles C. Jalloh; Head of State Immunity, The legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone, 29 July 2020.

⁴² See Sections 127 and 153 of the Penal Code of Cameroon.

⁴³ See Diplomatic Immunity established by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, adopted on 18 April 1961 and entetred into force in 1964, op.cit. at p.7.

pursuance of Articles 5, 8, 9 and 10 shall be covered by immunity and he shall not be accountable for them after the exercise of his functions. The question that arises from this provision is the fact that the above provision does not enumerates the acts concerned does it mean that all acts perpetrated by the President of the republic in the course of his duties are covered by immunity ? If so, can we not say he is above the law and violates the principles of equality before the law and criminal responsibility? It stands out that immunity is an exception or special measures to the principles of equality before the law and criminal responsibility⁴⁴, but our question as to whether it's not a violation or alteration from the principles of equality and criminal responsibility remains unanswered. In the same vein, government ministers⁴⁵ we want to think are covered by immunity even though this has not been expressly provided for, but in practice what we witness is that in the course of their duties, they are hardly accountable for their acts unless the President of the republic uplift them from their functions and even at so, in most cases are hardly answerable or prosecuted unless the president submit the latter to the judiciary, then can the prosecutor be siesed to indict him.⁴⁶

(b)- Immunities of members of Parliament

Also, Parliamentarians are covered by immunity by virtue of their mandate in the National Assembly are shield from prosecution.⁴⁷By parliament here we are referring to both the Members of the National Assembly⁴⁸ and the Senate. As per the Standing orders of the Senate, for instance, Law No.2016/011 of 27th October, 2016 to amend and supplement certain provisions of Law No. 2013/6 of 10th June 2013, Section 19 states:

- (1)- Senators shall enjoy immunity in accordance with the law.
- (2) No Senator may be prosecuted, investigated, arrested, detained or tried in respect of the opinions expressed or votes cast in the exercise of his duties.

⁴⁴ Narcisse Mouelle Kombi; Immunity, Inviolability and Sacredness of the Head of State. Stop Crimes of Lese Majesty, 13 July, 2019, at P. 4.

⁴⁵ These are government officials who benefit from a type of functional immunity attached to their function which covers certain activities performed by them, and survive the end of office.

⁴⁶ In 2015 the judiciary seise of its jurisdiction, requested the arrest of the then Minister of Secondary Education Louis Bapes Bapes and put under custody the President of the republic upon his arrival from foreign journey demanded for his immediate release which was done unconditionally.

⁴⁷ See Sections 68 of the Criminal Procedure Code of Cameroon, see also, Sections 127 and 306 of the P.C.

⁴⁸ See the Standing Orders of the National Assembly Law No.73/1 of June, 1973 as amended by : Law No.89/13 of 28 July, 1989 ; Law No.92/004 of 14 August, 1992 ; Law No.93/001 of 16 June, 1993 ; Law No.2002/005 of 02 December, 2002 ; Law No.2014/016 of 09 September, 2014.

(3) Except in cases of flagrante delicto or felony and misdemeanor against the internal or external security of the State as established by the Penal Code, no Senator may be prosecuted for a criminal offence except upon the authorization of the Senate or the Bureau during sessions or recess :

- By the competent public prosecutor ;
- By the Minister in charge of defence in case of competence of military courts.

From the above provision Parliamentarians are only covered by speeches made or vote cast by the national assembly while performing their immunity.⁴⁹ It stands out that, anything done outside that ought not to be covered, especially if the Member of Parliament commits an offence against State Security or a flagrante delicto offence.⁵⁰ Nonetheless, it is important to note that should this happen, he or she must first of all be uplifted of his immunity before any prosecution.⁵¹ In the case of **S.E Sona v. Commissioner of Police**⁵², 1952, Mr Sona an MP in the then West Cameroon Parliament, was arrested, prosecuted and sentenced without the requisite authorization from the national assembly, it was held that the prosecution was null and void. A similar position was held in the case of **FN Eko v. Sam Mofor**⁵³, 1971 the respondent Honorable Sam Mofor, M.P for Santa in the then West Cameroon House of Assembly, was charged with assault by the police, he claimed parliamentary immunity, the Procureur General (Attorney General) with the help of two police officers, nevertheless continued investigation into the matter where upon Hon. Sam Mofor instituted a private prosecution in the Bamenda magistrate court as it was then called against them for attempting to prosecute him contrary to Section 127 of the Cameroonian Penal Code as read with Section 94 dealing with attempt of the same code. The procureur general discontinued the private prosecution by entering nolle prosequi. The trial court held the procureur general liable which decision was over-ruled by the court of appeal⁵⁴. The said decision was however criticized by the learned professor Calson Anyangwe when he stated:

⁴⁹ See Section 306(1) (2) of the P.C.

⁵⁰ Flagrante delicto offences is when an offender is caught red handed committing an offence.

⁵¹ The immunity of a Member of Parliament is generally uplifted by the plenary of the national assembly or if the house is not sitting by the bureau of the national assembly.

⁵² Unreported.

⁵³ See, WCCA/11/71, Unreported.

⁵⁴ See also the case of the People v. Gorgi Dinka 1968-1970, UYLR 112, P. 117, see also Sections 591-599 of the CCPC.

« When the state prosecutor thus discontinues a private prosecution instituted against him in his private capacity, he has used the role of the judge in a matter in which his interest looms very largely. This offends against the basic principle of natural justice that no one shall be judge in his own cause: *Nemo Judex In Re Sua.* »

There are other categories of persons that may be avail from prosecution because of their legal status or functions they occupy and others may benefit from immunity for reasons other than their political status. These are generally diplomats, magistrates or judges and those having relations between spouses. All of these categories shall be discussed here under.

(c) Diplomats covered by immunity

The Penal Code of Cameroon has not expressly provided for the immunity of diplomats. Therefore, recourse is made to international instruments in which Cameroon has adhered to, such as the Vienna Convention on diplomatic relations.⁵⁵ Diplomatic immunities are generally agreements between sovereign governments to exclude diplomats from local laws because grants of immunity are particularly important in intergovernmental relations, where traditions have arisen to prevent the civil servants of a country's Foreign Service high ranking officials from being harassed by their host countries.⁵⁶ The types of immunities that protect diplomats vary. They include the following: immunity from any form of arrest or detention.⁵⁷ It follows that "the person of a diplomatic agent shall be inviolable." He or she cannot be arrested or detained. Also, there is immunity from prosecution or from legal process.⁵⁸ A diplomat may not be prosecuted by any court of the State in which he or she is posted. It is important to note that this guarantee is enforceable regardless of the severity of the alleged crime⁵⁹ and whether or not the acts were committed in the course of the exercise of the diplomat's functions.

In the same vein, Section 31 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations is to the effect that a diplomatic agent is not obliged to give evidence as a witness.⁶⁰ Diplomats are further accorded immunity from inviolability of their residence and their properties.⁶¹ The protection

⁵⁵ Adopted on 18 April 1961 and entered into force in 1964, op.cit, at P.9.

⁵⁶ Norman Patrick Brown's., Op.cit at P. 5.

⁵⁷ Article 29 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961.

⁵⁸ Ibid., Article 31.

⁵⁹ Felony or misdemeanor.

⁶⁰ However, the diplomat's home State may waive the immunity from jurisdiction.

⁶¹ See Article 30 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Supra.

enjoyed by such objects is similar to that enjoyed by the premises of the diplomatic mission. It stands out that by extension searches or seizures carried out in the diplomat's residence are prohibited. This inviolability more over, applies to the diplomat's papers, correspondence, and property.⁶² However, it is relevant stating that these prerogatives may only be enjoyed by a diplomat on condition that he or she is accredited with the host State.⁶³

(d) Judicial Personnels

Judicial immunity is one which grant legal status to workers of the judiciary wherein they cannot be held liable for proceedings in court and the speeches made and documents produced in court or for any faithful accounts without malice of all such proceedings and speeches, save of prosecution or action for defamation.⁶⁴

(e)- Spouses

In the same vein, spousal immunity or immunity between relatives has been enshrined in Section 323 of the Cameroonian Penal Code when it states inter alia, that : Sections 318, 319, 322, 322-1 and 322-2 shall not be applicable to a person guilty of the acts therein described against his spouse, against his legitimate or adoptive or adopted ascendant or descendant, or against his natural ascendant or descendant up to the second degree either living with him or after recognition ; or to a surviving spouse in respect of necessaries belonging to the deceased spouse.

It is needless commenting further on immunity between spouses because the facts of this above provision speaks for itself, but one thing we may observed from all of the above is that immunity from prosecution, rather appears as an exceptional measures to the principles of equality before the law and criminal responsibility. Thus, we may not be wrong to say that the concept of immunity has its right of place in the Cameroonian criminal law.

B- Procedure and authorities competent to uplift criminal immunity in Cameroon

The procedure for lifting criminal immunity and the authority competent to do so in Cameroon vary with the type of immunity. For instance, on the strength of Section 53(2) of the Cameroonian Constitution the President of the Republic shall be indicted only by the National Assembly and the

⁶² The term property covers diverse elements, such as luggage, car, salary, and so on.

⁶³ It simply means that the diplomat's name appears on the list of individuals registered and therefore effectively considered as diplomats by the host State.

⁶⁴ See Section 306 (3) and (4) of the Cameroonian Penal Code Supra.

Senate while lifting his immunity deciding through an identical vote by open ballot and by a four-fifth majority of their members. Parliamentarians may lost their immunity position as a result of crime commission, when the plenary session or bureau of the National Assembly or Senate sits. As for diplomats, it's the competence of its home State to decide to either waive immunity or not. However, what may be discent from the above is that the procedure is long and poses a problem as it challenges the principle of fair trial in that the time it takes for the power that be to rule over lifting the immunity or not, it stagnates the criminal process and the victim is left without any solution and whose decision may never be decided to lift the immunity. For government Ministers and other high ranking officers theirs immunity is generally lifted as soon as the President of the Republic by a decree removed them from the office they occupy, then can the prosecutor be siesed of the matter to indict them.

IV-CONTROVERSIES SURROUNDING THE CONCEPT OF IMMUNITY FROM PROSECUTION UNDER THE CAMEROONIAN CRIMINAL LAW

This last section of this paper is intended to critically analyse the concept of immunity from prosecution by upholding that, immunity from prosecution conferred to the president of the republic and indirectly to some government officials is highly consequential upon resulting to them carrying themselves as being above the law. Be this as it may, immunity from prosecution constitutes not only an alteration or derogation from the fundamental principles of equality before the law, and criminal responsibility, but a total disregard and violation of same. We shall therefore, look at controversies surrounding the immunity from prosecution of the President of the republic and government Ministers in the first sub-section, before looking at instances or offences that surpass immunity which if committed by the President of the republic or any government Ministers, notwithstanding their immunity status, they will be punished accordingly.

A- Immunity from prosecution as alteration or derogation from the principles of equality before the law and criminal responsibility

As we have earlier raised above that the vesting of immunity from prosecution to the President of the republic and government Ministers does not only undermined the rule of law, but violates the principle of criminal responsibility which is to the effect that one should only be found guilty

of crimes they are responsible for.⁶⁵ It therefore stands that if an individual were to have a seizure and committed a crime as a result of that seizure, the principle may be infringed if he were punished for it. In fact, the point we are making here is that the consecration of the concept of immunity, in particular that of the President of the republic without making sure there is a balance between the independence required for public officials to fulfill their mandate with the right accountability mechanisms to ensure that infringements are sanctioned, live us to think that injustices have been inherently proscribed in the law.

By virtue of Section 53(3) of the Cameroonian Constitution of 18th January, 1996 as modified in 2008, states inter alia:

« Acts committed by the President of the Republic in pursuance of Articles 5, 8, 9 and 10 (Constitution) shall be covered by immunity and he shall not be accountable for them after the exercise of his functions »

From the above Constitutional provision we may say *res ipsa loquitur* that is, the facts speaks for itself. The legality of this provision is not only controversial, but contentious. Eric NGONJI Njungwe⁶⁶ has once alluded that this type of blanket immunity for all Presidential actions is not only illegal, but null and void ab initio. We however strongly subscribe to this opinion as this paper purports that atrocious acts committed by the President of the Republic, Parliamentarians and government Ministers in the exercise of their duties should be subject to legal scrutiny. Also, the Cameroonian Constitution, the Penal Code, and the Criminal Procedure Code is silent as to whether immunity also cover acts which were perpetrated by the president of the republic, a member of parliament, government minister or any other high ranking officers before the beginning of his or her term of office, in particular, for some if proceedings had already been instituted. Of course the answer is no. In principle acts committed before obtaining immunity status are not covered by immunity. They are merely suspended until the beneficiary of immunity either resigns, or commit another crime necessitating lifting his immunity, or incompatibility with his function, or simply his mandate has come to an end. But again, can the prosecutor be courageous enough to seise himself to ensure indictment? This is another question all together, especially

⁶⁵ See Section 74 of the Cameroonian Penal Code.

⁶⁶ Eric NGONJI Njungwe; Overcoming Blanket Immunity in National Constitutions: Cameroon and the Principle of Universal Jurisdiction.

within our present political and legal dispensation in which the principle of separation of powers is questionable.

Furthermore, legal Immunity being a shield sometimes gives the impression that it is possible to institute a separate standards of conduct for those who receive them,⁶⁷ thus, jorpadizing safeguards for fair trial and justice or that politicians can do as they please, especially when it comes to acts against public good. Consider for example, where a government official is protected by immunity and he accepts bribe for a contract, or commits a common law offence against a mere citizen, they will have little fear of the justice system, even if they are found out to be guilty. Barrister Akere Muna, then Vice Chair of Transparency International, while criticizing the Nigerian immunity coverage of government Ministers asserts: ‘‘that this decision of proctecting government officials by granting them immunity from prosecution or pardon⁶⁸ undermines anti-corruption efforts in Nigeria and encourages impunity. Also, that if the government is serious about uprooting public corruption, sanctions against those who betray the public trust should be strengthened, not relaxed.’’ Although, mention should be made as to the fact that at the end of their mandate or when their mandate is lifted they may be prosecuted, but the practice on ground is hardly so, as it is often at the discretion of the President of the Republic when he things a government minister or a Parliamentarian should be prosecuted or accountable for any acts perpetrated by him.

In the **People v. Fon Doh Gah Gwanyi III and 11 Others**.⁶⁹ In this case the Ndop High Court admitted to bail with the sum of 5million frs including landed property of the prime suspect Hon. Fon Doh while the other suspect were refused bail. The accused were being charge for assault occassioning the death of one Mr. John Kohtem⁷⁰ contrary and punishable as per Section 278 of the Cameroonian Penal Code. At the commencement of the trial, Fon Doh and his accomplices pleaded not guilty to the charge notwithstanding the prosecuting magistrate’s evidence tendered against them. In delivering judgment Justice Damien Ambe slammed a 15 years imprisonment

⁶⁷ For example, one author notes that in the United Kingdom, some exercises of the royal prerogatives, which seems to give the government of the day opportunities for massive and unaccountable discretion, rightly come under suspicion, whereas the immunity from libel proceedings of Members of Parliament speaking in the House, or of persons giving evidence in a court of law, is generally regarded as an acceptable protection against powerful interests who would otherwise constrain public debate or the administration.

⁶⁸ The learned Barrister termed this as controversial cronism or controversial pardon.

⁶⁹ See Suit No. HCND/2C/2005/2006, January 30, 2006, Unreported.

⁷⁰ District Chairman for Bali Koumbot allergedly murdered on August 20, 2004 during the heat of preparation for the October 11, 2004 Presidential elections.

each and a fine of 500.0000CFA FRS to each, to Hon. Fon Doh and 9 other defendants, while discharging and acquitting the other 2 persons. The issue here is that the prime suspect as he then was happened to be the Fon, Mayor, and the CPDM Parliamentarian, thus was covered by immunity. He therefore benefitted from a grant of bail which he lived until death without fully serving his prison term.

In the same vein, another controversies surrounding this immunity provision can be seen in Section 53(1) of the Cameroonian Constitution of 18th January, 1996 as amended when it stipulates that:

The Court of Impeachment shall have jurisdiction, in respect of acts committed in the exercise of their functions to try:

-the President of the Republic for high treason;

-the Prime Minister, Members of Government and persons ranking as such and senior government officials to whom powers have been delegated in pursuance of Articles 10 and 12, for conspiracy against the security of the State.

Our curiosity from this cited provision is of two fold. Firstly, the provision requires the submission of the President of the Republic and other high ranking officials to the jurisdiction of the court of impeachment to be judge in accordance with the law in case of any breach of same, but curiously the same Section in its Sub-Section 3 avails the President of the Republic by granting him immunity. Does it mean that the offences stated above are punishable only to the rest of other high ranking officials of the government and not the President of the Republic? Secondly, the said Court of Impeachment is expected to be created by the same author of regulamentory power. In other words, is it possible for one to set a trap for his own very self? Possibly not. This however explains why there is the absence of the political will to put in place the Court of Impeachment.

However, there are instances were immunity from prosecution may be undermined and the alleged perpetrator held accountable for. This in particular when it comes to international offences of jus cogens as we shall discussed below.

B- The undermining of immunity in cases of international crime.

The consecration of immunity from prosecution in our national laws does not ipso facto shield government officials, including the head of State from being prosecuted when it concerns an international offence. Accordingly, even if the acts of the President and members of government cannot be subjected to criminal prosecutions within the national legal system due to this immunity provision, international legal actions are not exempted from international prosecution. It stands out that national provisions cannot take precedent over international law ; therefore, they cannot shield any government official, including the President of the republic from international legal procedures initiated against them in cases limited to the most gravious crimes of international law, such as crimes against humanity, genocide, war crimes, and torture. Infact, should they be perpetration of any of these acts by any one of the authorities listed above, international law expressly states that no immunity can be invoked to shield an individual from justice.⁷¹

Conclusion

It is now well settled that the institution of immunity from prosecution under the Cameroonian criminal law is not only a special or exceptional measure intended to ensure the unimpeded performance of public functions, and to avoid targeted prosecutions or political prosecution, but it has its right of place as afore-said in the Cameroonian criminal justice system. Otherwise put, immunity from prosecution is an exemption from a legal requirement, prosecution, or penalty, albeit, not expressly stipulated in the Cameroonian Penal Code. The fact that immunity from prosecution has been enshrined in our Penal Code to protect some top ranking officials, may raised some criticisms and the shortcomings or loopholes of the provision of immunity is well discerned. One of the major criticisms is that it gives the impression that immunity from prosecution of government official is assimilated to impunity. Furthermore, not only that it institute a separate standards of conduct for those who receive them, but make them feel they are untouchable and even above the law. Consequently, the risk of abuse of immunity by these officials who use it as a shield from liability for criminal offences, including corruption. The whole idea of immunity from prosecution brings injustices inherently attached to the law and to an extend a violation or alteration of the principles of equality before the law and criminal responsibility. We are therefore of the opinion that the provision be revisited to strike the balance between the

⁷¹ See Section 27 of the Statute of the International Criminal Court.

independence needed for public officials, including the President of the Republic to fulfill their mandate with the right accountability mechanisms or punishment needed.



**Assessing and Evaluating the Legal Normative Climate on Violence
Against Women in Cameroon: A Re-Examination of the various National
Legislations Combating Female Violence in Cameroon**

*Appréciation et évaluation du climat normatif juridique sur les violences faites aux femmes au
Cameroun : Un réexamen des différentes législations nationales combattant la violence féminine
au Cameroun*

Page | 695

By:

Dr. Adna Ebude Enang

Senior Lecturer in Law

University of Yaounde II, Cameroon

email: adenang19@yahoo.com

Abstract:

Several human Right instruments vacillating from the Universal Declaration of Human Right 1948, the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, MAPUTO Protocol, African Charter on the Welfare of the Child, and hosts of others have condemned the illegal practices experienced by the women on the international scene which has portrayed devastating impact and effect on the status they represents in the society. Even though with all the laudable efforts initiated and put in place by these instruments, the rate of violation on women rights are increasing and rampant. The international community continue to experience violation done on women rights especially those related to Female Genital Mutilations, Sexual Harassment, Voluptuous Abuses, Rape, widow practices and many other harmful practices. These practices experienced by women on the international scene are not exempted in Cameroon; in matters related to violence. Cameroon comprehended and documented as a State of Law, devours great efforts in certifying that women anguishing from the effect of violence should be protected. In exercising these efforts, the country has ratified a series of international, regional and even sub-regional laws in combating violence done on women. National laws such as the Constitution, the Penal Code, Labour Code, Civil Status Registration Ordinance, Civil Code and many others have been enacted to deal with cases of violence done on Women.

Keywords: Combatting, Domestic Violence, Cameroon, Legislations, Violations

Résumé:

Plusieurs instruments des droits de l'homme, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le Protocole de MAPUTO, la Charte africaine sur le bien-être de l'enfant, et bien d'autres, ont condamné les pratiques illégales subies par les femmes sur la scène internationale, ce qui a eu un impact et un effet dévastateurs sur le statut qu'elles représentent dans la société. Malgré tous les efforts louables initiés et mis en place par ces instruments, le taux de violation des droits des femmes est en augmentation et endémique. La communauté internationale continue de subir des violations des droits des femmes, en particulier celles liées aux mutilations génitales féminines, au harcèlement sexuel, aux abus voluptueux, au viol, aux pratiques de veuvage et à de nombreuses autres pratiques nuisibles. Ces pratiques vécues par les femmes sur la scène internationale ne sont pas exemptes au Cameroun, en matière de violence. Le Cameroun, compris et documenté comme un Etat de droit, déploie de grands efforts pour certifier que les femmes angoissées par les effets de la violence doivent être protégées. Dans l'exercice de ces efforts, le pays a ratifié une série de lois internationales, régionales et même sous-régionales pour combattre la violence faite aux femmes. Des lois nationales telles que la Constitution, le Code pénal, le Code du travail, l'Ordonnance sur l'enregistrement de l'état civil, le Code civil et bien d'autres ont été promulguées pour traiter les cas de violence faite aux femmes.

Mots-clés : Lutte, Violence domestique, Cameroun, Législations, Violations

Introduction

An analysis of the legal, socio-economic and political status of women in Cameroon shows the link between the high levels of violence against women in Cameroon and their low status in all aspects of life. Besides the fact that laws relating to women's legal status reflect social attitudes that affect the human rights of women, such laws often have a direct impact on women's ability to exercise those rights. The legal context of family life, laws affecting women's socio-economic status, women's access to education, the labour market and politics contribute to violence against women and their access to redress and reparation. As a result of the ethnic diversity, one cannot distinguish the Cameroonian woman in a gender profile. However, all ethnic groups give great importance to local traditions, which widely affect the status of women and their enjoyment of human rights. Cameroon inherited two different legal systems; notably French law from the former Oriental Cameroon and English law from the former Occidental Cameroon, which coexist with local customary law. In addition to these laws operating in the country, there is a growing body of unified laws with aspect of the criminal law itself being unified between 1965 and 1967 in one single Penal Code.¹ Women in Cameroon experience high levels of discrimination, despite Constitutional and other legal provisions recognizing the human rights of women. No legal definition of discrimination exists as the country continues in appreciates what is existing in other international legislation that they have ratified.

However, civil law² offers a more equal standard than customary law, another source of law in Cameroon, which is far more discriminatory against women. this can be seen in aspect of property under Customary law where the woman is considered as a property, and a property cannot owned a property.³ The broad persistence of customary law infringes the human rights of women, particularly in the areas of marriage and inheritance laws. Customary law varies depending on the ethnicity of the parties involved and the region. In cases where the two types of legal systems have equal weight, an individual can choose whether to bring the case before

¹ Center for Reproductive Rights, *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives - Francophone Africa*, 2000, p. 70.

² what is operational in French Cameroon

³ *Achu v. Achu*

the statutory law courts or customary law courts.⁴The traditional jurisdiction cites custom except when custom is opposed to law and order and good morals.⁵ The Supreme Court has sanctioned the primacy of modern law over traditional law.⁶ But due to the importance attached to traditions and customs, laws protecting women are often not respected.⁷ The United Nations has on several occasions expressed concern about the lack of progress made by the Government of Cameroon in reforming laws and combating practices that discriminate against women and girls and violate their human rights.⁸ In its Constitution signed on 2 June 1972, and revised by law No. 96/06 on 18 January 1996, Cameroon incorporated some provisions of the Universal Declaration of Human Rights as well as that of the African Charter of Human and People's Rights in the Preamble. The Preamble states that the nation "shall protect women, the young, the elderly and the disabled." According to article 65 of the Constitution, the Preamble has legal force: "The Preamble shall be part and parcel of the Constitution." The Preamble of the Constitution of Cameroon includes several provisions that enshrine gender equality: "We the people of Cameroon declare that: the State shall guarantee all citizens of either sex the rights and freedoms set forth in the Preamble of the constitution; the human person, without distinction as to race, religion, sex or belief, possesses inalienable and sacred rights; all shall have the same equal rights and obligation." Concerning discriminatory written laws, Article 213 of the Civil Code designates the husband as the head of the family, and as such he is regarded as the principal moral and financial manager. It is the husband who establishes the marital home, and the household expenses are his main responsibility. Articles 108 and 215 of the Civil Code grant the husband the sole right to determine the family domicile. According to articles 1421 and 1428 of the Civil Code, women are not fully entitled to

⁴ This situation is not the same under the Common Law system practice in Anglophone Cameroon. Under Anglophone when parties contract to be governed by Customary law, they cannot bring an action before the Civil Law Courts. Aspects of Customary Law are reserved to Customary Courts, and those of Civil Law to Civil Law Courts.

⁵ Section 27 of the Southern Cameroon High Court Law 1955 which criticizes all practices which are repugnant to Natural Justice, Equity and Good Conscience

⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁷ cases such as *Ngeh v. Ngome* is a good example where also the case of *Immaculate Belfonge v. Samuel Lyonga Lukpe*

⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations 1999, UN Doc. E/C.12/1/Add.40 paras 13 and 14. and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Concluding Observations, UN Doc. A/55/38 paras. 45 and 53.

use, enjoy or sell their property, although this right is stipulated in the Constitution. In this context, article 1421 grants the husband the right to administer communal property, thereby giving him the right to sell or mortgage the couple's property with the wife's consent. The husband also manages his wife's real property, and exercises all rights to it especially when they possess property in common. even though with this in question, it becomes a violation on the part of the husband if he abuses the right as to the property of the wife.⁹ Article 7 of the Trade Code allows a husband to interrupt his wife's working activity through notification of his opposition to the Trade Tribunal. Article 223 of the Civil Code and article 74 of Ordinance 81/02 of June 1981 gives the husband the power to object to his wife's pursuit of a separate trade or profession. When a marriage ends, the community property should in theory be shared equitably between the two ex-spouses, but in practice the women often do renounce their property rights.¹⁰ However, according to article 1449 of the Civil Code, the woman regains her personal property when there is already aspect of divorce in question. Once the husband and wife have divorce through a decree of a divorce nisi, it becomes the responsibility of the wife to retain back her property. Article 229 to 232 of the Civil Code regulates all aspects of divorce. It only recognises fault-based divorce, on the grounds of adultery, the revocation of one spouse's civil rights resulting from an afflictive and defamatory penalty or domestic abuse or injuries. According to the law, to be recognised as grounds for divorce, these actions must constitute a serious or recurring violation of the marriage duty and obligations as well as make it intolerable to maintain the marriage bond. Article 229 is mandatory when proved, and the judge must grant a divorce. The grounds of domestic abuse or injuries are optional; the granting of the divorce is discretionary for the judge. We need to understand here that, in most of the instances examine above as to divorce, most of the circumstances arises from the effect of domestic violence which stands as a provocative ground for the wife to bring an action for divorce. In the customary law of some ethnic groups, husbands not only maintain complete control over family property, but also can divorce their wives in a traditional court without being required to provide justification or give alimony.¹¹

⁹ Article 1428 of the Civil Code.

¹⁰ Center for Reproductive Rights, *Women of the World, Ibid.*, p. 80.

¹¹ Afro Gender Profiles, available at www.Afrol.com.

Women in Cameroon are also discriminated from a de facto point of view. 51% of the population in Cameroon live below the poverty line and poverty has an increasingly feminine face, affecting women in particular.¹² As a result more and more women and girls enter prostitution and are thereby exposed to exploitation. The pervasive poverty in the country impacts services such as health and education. According to UNICEF, in the year 2000, the adult literacy rate among men was 82% whereas the adult literacy rate of women was 69%.¹³ In 1992 net primary school enrolment of boys was 76%, and that of girls 71%.¹⁴ In addition, fewer girls are found in secondary schools; their gross enrolment between 1995 and 1999 was 17 % as opposed to 22% of that of boys.¹⁵ Since the elections of February 2002, of the 180 seats in Parliament, only 16 (8.6%) are occupied by women.¹⁶ This lack of opportunity for women to take decisions at the political level has serious implications for the advancement of women and their enjoyment of human rights.

1.0. Placing and Analysing the International Instruments on Female violence in Cameroon

The State of Cameroon assures its citizens equality and non-discrimination in its Constitution which includes and incorporates the Universal Declaration of Human Rights. Article 1(2) “ensures the equality of all citizens before the law.” The Preamble recognizes the Government’s obligation to “protect women [and] the young” and guarantees to each individual “freedom and security.” The Constitution’s Preamble affirms Cameroon’s “attachment to the fundamental freedoms enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the Charter of the United Nations, the African Charter on Human and Peoples’ Rights, and all duly ratified international conventions relating thereto.” Article 45 of the Constitution emphasizes Cameroon’s membership in the international community, recognizing that “duly approved and ratified treaties and international agreements shall override national laws.”

Cameroon ratified the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (the so-called Maputo Protocol) in 2012.¹⁷

¹² UNICEF, At a glance: Cameroon The big picture, available at www.unicef.org/infobycountry/cameroon.html.

¹³ UNICEF, At a glance: Cameroon – Statistics, available at www.unicef.org/infobycountry/cameroon_statistics.html

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Inter-Parliamentary Union, available at www.iup.org.

¹⁷ ACHPR, Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa Legal Instruments, 11 July 2003

The Constitution of the Republic of Cameroon (1996), as amended in 2008, does not explicitly refer to violence against women, harmful practices or FGM. The Preamble states, however, that ‘every person has a right to life, to physical and moral integrity and to humane treatment in all circumstances. Under no circumstances shall any person be subjected to torture, to cruel, inhumane or degrading treatment’.¹⁸ There is no national legislation in Cameroon comprehensively addressing violence against women. However, the country has enacted laws addressing different forms of violence against women, such as rape, sexual harassment, and genital mutilation. In 2012, the government drafted a National Strategy to Combat Violence against Women, established a hotline for victim support and reporting cases, and implemented awareness-raising activities at the national and local levels.¹⁹ In practice, violence against women is highly prevalent throughout the country, in large part due to lack of adequate legislation and systematic action to eradicate stereotypes and harmful practices against women.

1.1. The phenomenon of sexual abuse under the Cameroonian Criminal law System

Rape is prohibited under the Penal Code and punishable by 5 to 10 years of imprisonment.²⁰ There is no legislation that prohibits domestic violence in Cameroon, nor is spousal rape specifically addressed in the Penal Code.²¹ The 2016 amended Penal Code introduced sections providing that a rapist cannot be exonerated by marrying his victim, criminalising sexual harassment with imprisonment where the victim is a minor and considering as an aggravating factor where the perpetrator has educational authority over the victim.²² In practice, the law is not effectively enforced, as cases of rape are often not investigated and incidents rarely reported.²³ The UN Committee on the Rights of the Child (CRC) concluded that legislation ‘does not provide full protection for all victims of violence, including sexual violence, or guarantee their compensation

¹⁸Constitution of the Republic of Cameroon - Law No. 96-06 of 18 January 1996 to amend the Constitution of 2 June 1972

¹⁹ OECD Social Institutions and Gender Index, Country Profile: Cameroon, 2019

²⁰ Cameroon, Penal Code - n° 67/LF/1, 12 June 1967, Amended 12 July 2016, USDOS, Cameroon 2018 Human Rights Report, 13 March 2019, p. 29

²¹ OECD Social Institutions and Gender Index, Country Profile: Cameroon, 2019,

²² Cameroon, Penal Code - n° 67/LF/1, 12 June 1967, Amended 12 July 2016, url; USDOS, Cameroon 2018 Human Rights Report, 13 March 2019, UN Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of Cameroon CRC/C/CMR/CO/3-5, 06 July 2017

²³ USDOS, Cameroon 2018 Human Rights Report, 13 March 2019, p. 29

or rehabilitation'.²⁴ As a result, a high prevalence of domestic violence, sexual assault and rape, as well as a culture of impunity persist across all regions in the country, and this has affected the status and right of the women. Eradicating and combatting these practices is of great essence as it will render some level of recognition to the women in the society. it is therefore the responsibility of the Cameroon government in ensuring that those perpetrators of domestic violence should be punished accordingly using effective criminal sanction as stipulated under the country's' Penal Code.²⁵

1.2. The Cameroon Constitutions and Female violence Assessment

Cameroonian laws also have provision that protect human rights. Firstly the Constitution of Cameroon of 18 January 1996 in its preamble mention a good number of human rights under the Universal Declaration on Human Rights and especially those to the African Charter On Human And People's Rights. The preamble of the Cameroon Constitution states that²⁶ we, the people of Cameroon, declares that persons without distinction as to race, religion, sex, or belief poses inalienable and sacred rights. Affirm out attachment to the fundamental freedom enshrined in the Universal Declaration on Human Rights, the African Charter on Human And People's Rights and all duly ratified international convention relating thereto, in particular the following principles²⁷; All persons shall be equal before the law²⁸ the citizens shall have equal right to vote at the age of 20 years and above²⁹ no person shall be subjected to torture, cruel inhuman and degrading treatment, the state shall guarantee all citizens of either sex their rights and freedom, no

²⁴ UN Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of Cameroon CRC/C/CMR/CO/3-5, 06 July 2017,

²⁵ Advocates for Human Rights, Cameroon: Committee on the Elimination of Discrimination Against Women 57th Session, 24 January 2014, Canada: IRB, Cameroon: Domestic violence, including legislation; protection provided by the state and support services available to victims (2014-2016), 21 April 2016, OECD Social Institutions and Gender Index, Country Profile: Cameroon, 2019

²⁶ law No 2008/001 of 14 April. This law amended and supplemented law No 96/06 of 18 January 1996 which itself amended the constitution of 2nd **June** 1972

²⁷ Preamble, constitution of the Republic of Cameroon, 18 January 1996

²⁸ part 1 art 1 (1),

²⁹ art 2(3)

person shall be arrested on ground of origin, religious, philosophical or political opinion or believe subject to public policy.³⁰

1.2.1. Concretising and Understanding the Preamble of the 1996 Constitution of Cameroon

It provides; We, the people of Cameroon, ... Resolved to harness our natural resources in order to ensure the well-being of every citizen without discrimination, by raising living standards, proclaim our right to development as well as our determination to devote all our effort that end and declare our readiness to co-operate

The preamble also states that all persons shall have equal rights and obligations. The State shall provide all its citizens with the conditions necessary for their development; the State shall ensure the protection of minorities and shall preserve the rights of indigenous populations in accordance with the law. This same preamble of the Cameroon Constitution is as it specifies and embarks in protecting the fundamental human rights of all without discrimination. This preamble ensures that the concept of human right protection and recognition should be done without any iota of discrimination as to sex, status, nationality and other spheres of activities. This same Constitution in its Article 65 is to the effect that the preamble of the constitution is an integral part of the constitution. The notion of protecting women is given great relevance in this law in all aspect of implementation be it employment, health, education, nutrition and other country's activities. The question we should be asking ourselves is in ascertaining the continuous violation of women fundamental human right irrespective of the numerous relevant provisions provided by the constitution? The notion here should not in instituting laws, but showing its various levels of commitment on how women rights has been protected. The level of violation and right abuses is alarming when we all know that there is national recognised law that deal with the safeguarding and protection of individual human right. The country has even gone to the extend in amending the 1996 constitution,³¹ yet the decree of violence done on women is in the increase. Women are discriminated at all levels of activities in the country from domestic violence to other activities.

2.1. The Cameroon Penal Code and Women Violence

³⁰ Ibid Preamble

³¹ The 2008 law rectifying and amending the 1996 constitution.

Female violence is not recognized as a specific crime in Cameroon and we don't have a legal definition of domestic violence. Cameroon does not have specific legislation by which domestic violence can be prosecuted. The criminal law is notoriously silent and victims are left to rely on the general law of assault. Thus, acts of domestic violence can be prosecuted using the Cameroonian Penal Code under the following articles:

The Penal Code in its article 278 states that no person is entitled to torture, physical and moral integrity, it also protects the right to life. It also states that serious injury caused by assault,³² Slight Injury,³³ and Simple Injury³⁴ are punishable except in cases of self-defense if provided by the law³⁵. The Penal Code also prohibits forced marriages and penalizes offenders with imprisonment and a monetary fine. It also punishes sexual harassment from six months to one year imprisonment and a fine of 100,000FRS, sexual assault from 5 - 10 years imprisonment³⁶

According to Article 293 (1) of the Penal Code “(a) any person who reduces a person to or maintains a person in slavery, or (b) engages, even occasionally, in trafficking in human beings, shall be punished with imprisonment of from ten to twenty years.” Moreover, procuring is criminalized under article 294 which provides that;

“(1) Any person who causes, aids, or facilitates the prostitution of another individual or who shares, even occasionally, in the proceeds of the prostitution of another individual or receives subsidies from a person engaging in prostitution shall be punished with imprisonment of from six months to five years and fine of 20.000frs to 1.000.000 francs.

(2) Any person who lives with an individual engaging in prostitution and who cannot provide proof of sufficient resources to enable him to provide for his own needs shall be presumed to be receiving subsidies.”

Also prostitution is a punishable offence. Article 343 states;

(1) Any person of either sex who habitually engages, for compensation, in

³² article 279,

³³ article 281,

³⁴ article 280

³⁵ Penal Code Section 278 - 281

³⁶ Penal Code art 365 of the 1981 law

sexual acts with others, shall be punished with imprisonment for six months to five years and a fine of 20.000 to 500.000 francs

(2) Any person who publicly recruits individuals of either sex through gestures, words, writings or any other means, for purposes of prostitution, or debauchery shall be punished with the same penalties.”

Additionally, Article 292 criminalizes forced labour. It states that;

“any person, who in order to satisfy his personal interests, imposes on another person any work or service obligation for which that person has not freely applied shall be punished with imprisonment of five to ten years and/or a fine of 10.000 to 500.000 francs.”

The Cameroon Penal Code in its Section 293 (1) provides that:

“(a) Any person who reduces a person to or maintains a person in slavery, or (b) engages, even occasionally, in trafficking in human beings, shall be punished with imprisonment of ten to twenty years.”

Moreover, securing is at the level criminalizing which provide under article 294 states that

“(1) Any person who causes, aids, or facilitates the prostitution of another individual or who shares, even occasionally, in the proceeds of the prostitution of another individual or receives subsidies from a person engaging in prostitution shall be punished with imprisonment of six months to five years and fine of 20.000fr to 1.000.000 francs. (2) Any person who lives with an individual engaging in prostitution and who cannot provide proof of sufficient resources to enable him to provide for his own needs shall be presumed to be receiving subsidies.”

The notion of prostitution has not been left out, it considered as a punishable offence under the Cameroon Penal Code. Article 343 states, “(1) Any person of either sex who habitually engages, for compensation, in sexual acts with others, shall be punished with imprisonment for six months to five years and a fine of 20.000francs to 500.000 francs (2) Any person who publicly recruits individuals of either sex through gestures, words, writings or any other means, for purposes of prostitution or debauchery shall be punished with the same penalties.”

The situation of force labour has not been exempted under the Code. Article 292 states that “any person, who in order to satisfy his personal interests, imposes on another person any work or service obligation for which that person has not freely applied shall be punished with imprisonment of five to ten years and/or a fine of 10.000francs to 500.000francs.” Cameroon has ratified the ILO

Convention on the Abolition of Forced Labour and the UN Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery. Cameroon signed the UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially women and children, adopted by resolution A/Res/55/25, on 13 December 2000, but as of 09 October, 2003 had not ratified it. OMCT notes with concern that it is the prostitute who is punished rather than the client who goes free. As many prostitutes do not prostitute themselves of their free will, they are doubly victimised through these punishments.

2.1. Assessing some offences of violence on Women in Cameroon under the Cameroon Penal Code

The Cameroon Penal code has given room for a series of offences that can be consider as domestic violence and affects the status and rights of women within a given society. The offences are group in a particular order because they have common elements as they are committed through the use of force and intentional on someone. Even though with its varieties spelled out in the Penal Code, their mental elements that provoked them may not be the same.

2.1.1. The situation of Assault Occasioning Death

This offence under the Cameroon criminal law system is considered as an involuntary homicide which is punishable under Section 278 of the Cameroon Penal Code which provides that:

“(1) whoever by force or interference unintentionally homicide another’s death shall be punished with imprisonment for from six to twenty years.

(2) Where the force or interference is used in the course of any act of witchcraft, magic or divination, the punishment shall be imprisonment for life.”³⁷

Looking from the above offence prescribed, one can say that for someone to claim that violence was used on him or her, the must be the use of force or the aspect of interference. The perpetrator has committed a physical act as act cannot be done on the victim by mere omission. The perpetrator must have used any part of his body or even an object to hit the spouse who is complaining of violence, and such spouse must have felt the physical impact of the act. What we really need to note here is that the defendant act must have resulted in the death of the spouse. There must be a direct causal connection between the act of the husband and his spouse which is necessary to proof that the offence was committed. Let’s take a hypothetical example, there was a

³⁷ Section 278 of the Penal Code

fight between a husband and a wife, the husband slapped the wife who suddenly collapses and was rushed to the hospital where the wife finally dies. The husband will be held criminally responsible for the wife's death even though his intention was not to see his wife dying.

Let's even say the act was not committed, because it is the role of the wife or spouse to prove that there was violence use on her by the husband. This can only be done with the presence of the intention which must be proven by the wife for it to amount to assault occasioning death. The observation of Lord Kenyon C.J in *Fowler v. Padget*³⁸ where he believes that in common parlance, it is a principle that must be prove by the wife that there was violence or assault on her by not only talking about the use of force that lead to the death of the wife, but there must equally be the proof of the intention. The defendant needs not have intended the death of his spouse, so the presence of intention must be established. The provision of Section 74(2) of the Penal Code is clear when dealing with assault occasioning death by providing that:

*“Criminal responsibility shall lie on him who intentionally commits each of the ingredient acts or omission of the offence with the intention of causing the result which completes it”.*³⁹

An observation under section 278 of the code is clear where its opine that the use of force or interference intentionally on the body of a spouse will amount to assault occasioning death, making the husband or defendant criminally liable and responsible for the act.

2.1.2. The Cameroon Penal Code and Assault Occasioning Greivous Harm

This offence provided by the Cameroon Penal Code in its Section 279 by establishing that:

“(1) whoever by force or interference unintentionally causes to another the injuries described in Section 277 of this code shall be punished with imprisonment for from five to ten years and in a fit case with fine of from five thousand to five hundred thousand.

(2) Where use is made of a weapon of any explosive, corrosive or toxic substance, of poison or any other act of witchcraft, magic or divination, the imprisonment shall be from six to fifteen years”.⁴⁰

³⁸ (1798) 7 T.R. 509.

³⁹ Section 74(2) of the Penal Code that deals with intention or the meas rea in a crime

⁴⁰ Section 279 of the Penal Code

It can be examined in this offence that, for there to be assault occasioning grievous harm the presupposes use of force or interference on the body of a spouse with the intention of depriving the spouse of the use of her whole or part of any member organ or sense will be enough. For an action to be brought against the husband for assault, the wife must prove that the husband force or interference resulted to the wife permanent loss of the use of her whole or any part of any member organ or sense. When we talk about member organs here we are talking that the assault affected the wife organs like limb, leg or arm; that is those organs of the wife body that carries out special function like the kidney, pancreas, liver or even the lung. As to the senses here, we are talking about the five sense or faculties of sight, smell, hear taste or touch each other enabling the wife to respond to stimuli. There must be serious harm or hurt on the person which affects or interferes with woman health or comfort.⁴¹

2.1.3. THE SITUATION OF SIMPLE AND SLIGHT HARM CAUSED ON THE WOMAN

This is provided by Section 280 of the Penal Code which provides that:

“Whoever by use of force or interference causes intentionally or unintentionally to another any sickness or inability to work lasting more than thirty days shall be punished with imprisonment for from six months to five years or with fine of from five thousand to two hundred thousand francs, or with both such imprisonment and fine.”⁴²

For there to be proof of simple harm that is done on the wife, or spouse, the person must be able to establish that there was a force or interference that was caused on her by the husband and this resulted to sickness or inability to work which lasted for more than thirty days. There was the lack of skill, carelessness, rashness or even disregard of regulations which causes the wife harm, sickness or incapacity to work.

Regarding that of slight harm, the offence is punishable under Section 281 by providing that:

“ whoever by force or interference causes intentionally or unintentionally to another any sickness or inability to work lasting for more than eight days and up to thirty days shall be punished with imprisonment for six days to two years or with fine of from five thousand to fifty thousand

⁴¹ Curzon L.B(1987), Criminal Law, 2nd edition, M& C Handbooks, pp.11

⁴² Section 278 of the Penal Code

francs or with both such imprisonment and fine”⁴³

Looking at the two offences that is simple and slight harm, they are similar as the defendant must have used force or interference on the spouse which must have caused the spouse some sickness or inability to work for a number of days.

Page | 709

2.1.4. Assault on Women with a Child

This offence is handled in Section 338 of the Penal Code by providing that:

“Whoever by force used against a woman with child or against a child being born causes intentionally or unintentionally the death or permanent incapacity of the child shall be punished with imprisonment for from five to ten years and with a fine of from one hundred thousand to two million francs”.⁴⁴

From the position established above, one can say that there must be the presupposes use of physical violence against a pregnant woman or even against a child being born. The physical violence used must produce a result which can either cause the death of the spouse, or cause the spouse child permanently incapacitated. Here we are talking about the health of the child. The child can be born strong and healthy, but because of the physical violence that was done on the mother when pregnant, she continues to suffer from serious injuries resulting from the violent act of the husband. The husband cannot in any way deny this act as it is established that the physical force used by the husband produces the required result that the wife is suffering. The Cameroon Penal Code has offered great and special protection to a pregnant woman. Reference of this can be demonstrated in **Section 22(3)** of the Code which provides that:

No Woman with child may be executed until after her delivery”.

This offence in question can lead or related to the offence of abortion of a woman with a child as it can be committed anytime from the conception of the baby to its delivery when it becomes an independent human being distinct from its mother. Section 337(2) of the Code reads:

“whoever procures the abortion of a woman, notwithstanding her consent, shall be punished with imprisonment for from one to five years and with fine of from one hundred thousand to two million francs.”

⁴³ Section 281 of the Penal Code

⁴⁴ Section 338 of the Penal Code

It is therefore possible that the use of force on a pregnant woman with a baby can lead to abortion as specified in the case of assault on a woman with a baby. All these offences illustrated are just to show how our criminal code handles issues of violence on a woman.

2.2. Violence Against Women is not prosecuted under the Cameroon Criminal Law

Violence against women in Cameroon is a pervasive problem. A 2004 study found that, of 2,570 women, 995 (38.7%) reported physical violence and 381 (14.8%) reported sexual violence.⁴⁵ These data match more recent statistics, including a study from Douala-based La Maison des Droits de l'Homme that approximately 39 percent of Cameroonian women suffered from physical violence in 2008.⁴⁶ These numbers indicate that little has been done to stem the epidemic of domestic violence in Cameroon in recent years. The vast majority of victims are female: 92% of domestic violence victims in Cameroon are women. Cameroon's Penal Code does not specifically criminalize domestic violence. Victims are thus left to rely on the general assault provisions in the Penal Code, which address murder⁴⁷, grievous harm⁴⁸, assault causing death⁴⁹, assault causing grievous harm⁵⁰, simple harm (Article 280), failure to assist women abandoned by their husbands⁵¹, and assault of a pregnant woman (Article 338).⁵² In its National Report, the Cameroon Government asserts that domestic violence and spousal abuse will be "better expressed in the penal code currently under revision" and in the meantime, such crimes can be punished through "various classifications of injuries" under the existing legal framework, described above. But the process to prosecute these "injuries" under the current code is anything but clear in the context of domestic abuse. Cameroon asserted in its National Report that: "...with

⁴⁵ Alio, Amina P., et al, "Association between intimate partner violence and induced abortion in Cameroon," 112 International Journal of Gynecology & Obstetrics 2 (Feb. 2011).

⁴⁶ NGO Report On the implementation of the ICCPR (Replies to the List of Issues, available at CCPR/C/CMR/Q4) http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/GeED_Cameroon_HRC99.pdf (last visited August 20, 2020)

⁴⁷ Articles 275 and 276 of the Cameroon Penal Code

⁴⁸ Article 277 of the Cameroon Penal Code

⁴⁹ Ibid Article 278

⁵⁰ Ibid Article 279

⁵¹ The situation as to failure to assist as provided under Article 282 of the Cameroon Penal Code

⁵² Immigration and Refugee Board of Canada, Cameroon: Domestic violence, including legislation, availability of state protection and support services for victims, 2 December 2010, CMR103371, available at: <http://www.refworld.org/docid/4db7b9d92.html> (last accessed 23 August 2013).

regard to punishment for spousal rape, ‘any man who uses physical or moral violence to have sexual relations with a woman shall be punished by imprisonment for a term of five to 10 years⁵³’. However, the United States State Department and reputable human rights organizations refute that statement, arguing that Article 296 of the Penal Code does not apply to spousal rape. In its National Report, Cameroon also indicated that: “A husband who uses violence to force his wife to have sexual relations with him may be prosecuted for causing intentional injury, depending on the severity of the violence; all of this is a question of fact left to the discretion of the judge hearing the case of the victimized wife.” Further, rather than focusing on the lack of consent, criminal justice hinges on the presence of injury which may not be visible, present, documented, or difficult to prove. Based on these (potentially conflicting) statements, it is unclear as to what exactly the legal system provides in terms of enforcement against spousal rape and, more generally, domestic violence.

Moreover, victims of domestic abuse have little recourse for protection. There is no domestic violence law in Cameroon that provides women with an order for protection against abusers. The Family Code, drafted in 1997 to address issues of domestic violence, has remained on the shelf, un-adopted and unimplemented. Stakeholders see this failure to adopt the law as a lack of political will to address domestic violence. Women seeking to escape the violence through divorce are further hindered by the fact that spousal abuse is not a legal ground for divorce.⁵⁴

3.0. The situation of Sexual and Reproductive Offences in Cameroon: An Abortion Policy understanding

Abortion is forbidden in Cameroon. There are two exceptions to this rule laid down under article 339 of the Penal Code: when a woman becomes pregnant after rape or when the woman’s health is in great danger because of the pregnancy. Anyone performing an illegal abortion is subject to one to five years’ imprisonment and a fine of 100,000 to 2 million CFA francs. A woman who procures or consents to her own abortion is subject to imprisonment for fifteen days to one year and/or a fine of 5,000 to 200,000 CFA francs. Penalties applied to medical professionals who perform illegal abortions shall be doubled and they may be prohibited from carrying out their obligations or be subject to having their professional premises closed. The UN Human Rights

⁵³ article 296 of the Penal Code.

⁵⁴ Country Reports on Human Rights Practices for 2012: Cameroon, U.S. Department of State (2012), at 27.

Committee stated in 1999, in its concluding observations concerning the human rights situation in Cameroon, that:

The Committee is concerned that the criminalization of abortion leads to unsafe abortions which account for a high rate of maternal mortality. According to the World Bank, the maternal mortality rate in 1999 was at 430 for 100.000 living births.

Page | 712

4.0. Examining the Importance of the Civil Status Registration Ordinance: A Fundamental Effort in Civil Law explanation

Birth registration helps prevent statelessness by establishing a legal record of where a child was born and who his or her parents are. As such it serves as a key form of proof of whether a person has acquired nationality by birth or by descent. The poor functioning of civil registration centres throughout Cameroon has resulted in a very low level of birth registration, which seriously affects the rights of unregistered children to identity documents and access to basic services.⁵⁵

The Civil Status Registration Ordinance subjected to law No 2011/011 of 6 May 2011 to amend and complete some sections of the provision of ordinance No 81/02 of 29 June 1981 on the organization of the civil status registration and various aspect relating to physical person in section 77(2) , states that upon the death of the husband, the heir to the husband has no right to control the widow on how to dispose her husband's property She can remarry after the 180 days of widowhood without laying hands or claims on the husband property⁵⁶. The Civil Status Registration Ordinance 81/02 of 29 June 1981 in its art 65 states that consent to marriage shall not be obtain through force, threat or abuse. Women are given the right to initiate divorce if it include; adultery or domestic violence art 229 - 246. Thus the law protects women rights.⁵⁷

In Cameroon, both marriage statutory and customary are important and worth celebrating and recognizing. Dealing with the aspect of marriage in Cameroon, there are always and will always be three types of marriages. Looking at the case at hand, civil and customary are recognised by the law. Talking about civil marriages, under the civil law, marriages require the presence of a

⁵⁵ CRC/C/CMR/CO/2, 53rd session, 18 February 2010, *para* 33.

⁵⁶ Law No. 2011/ 011 of 6th May, 2011 to amend and complete certain provisions of ordinance No. 81/02 of 29th June 1981 on the organization of the civil status Registration and various provisions relating to the status of physical person, section 77(2)

⁵⁷ Civil Code Ordinance 81/02 of 29 June 1981

civil officer and the consent of the two spouses⁵⁸ Moreover, consent cannot be obtained through violence or abuse or threats. Article 65 of the ordinance is clear when it talks of consent in marriage. It stipulates that under no circumstances or condition should a marriage be celebrated between the parties without consent. That even when there is consent between the parties in marriage such consent should be free from any infelicities. Their consent must be based on free will, that is to say meeting of the minds between the parties to the marriage contract. There should be no use of force, threat, intimidation, undue influence, person in authority for the marriage to be celebrated. If any of the cases above is discover even after the marriage has been celebrated, that situation will render the marriage null and void, making the marriage invalid. The Convention on the Protection on the Right of a Child is clear when it defines and placed the valid age for a child to attain the age of adulthood. Contracting any marriage without the consent of the parties will render it void. The parties must be able in understanding the ceremony in which they engaged. There must be able in possessing a sound mind, sound memory and understanding before the marriage can be celebrated. The situation of lack of consent of marriage is a common phenomenon in Cameroon especially in those areas of the country where the girl child or women are not valorised. This is very common with the Muslim tradition where children are betrothed from birth to those who are old enough to be their parents in the name of family relationship. The situations become precarious as the child grows up with the notion that she is already married to someone. It becomes difficult for the child to denounce the marriage as she believes that she has to respect the parents. Reinforcing this law, the State Penal Code prohibits forced marriage and penalises offenders with imprisonment and a monetary fine. Polygamy is permitted by the law and deeply rooted in tradition.

At the time of writing, there are no laws prohibiting harmful practices against widows. There is a stigma attached to widows and traditional widowhood rites are practiced particularly in rural areas of the country. Widowhood rites may vary across religions, ethnics or tribal affiliations, subjecting widows to degrading, humiliating, discriminating and inhumane practices. These include being dispossessed of their husbands property, publicly blamed for their husbands' death, forced to prove their innocence through traditional rites, forced to have sexual relations or

⁵⁸ Civil Code, Ordinance 81-02, Article 64, 1981.

marrying their husbands' relatives, forced to sleep on the floor, shaved and publicly unclothed, forced to beg for food or forced to be imprisoned in their own homes.

5.0. The Position of the Cameroon Labor Code

Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment. (Article 23) Page | 714

The Cameroon labor code governs labor activities between wages earners, employers and apprentices. It is aimed at providing for rights and duties in labor affairs. The text does not only guarantee rights of male workers but also female person. Its definition of a worker is not discriminatory. Article 2 define a worker as any person irrespective of sex or nationality who has undertaken to place his services in return for remuneration under the direction and control of another person whether individual, private or public corporation considered as the employer.

For the purpose of knowing whether a person is a worker, an account shall be taken on legal position of employers and employees.⁵⁹ The word sex referring to gender is to the effect that there is no preference of males as to female when it concerns a worker in Cameroon. In suspension of a contract of employment the labor code does not omit the issue of maternity leave which is only for women or female persons as seen in article 32(d). It guarantees female and male workers equal remuneration in different types of work and level of proficiency in its article 61(2).

Article 82(1) protects women as it sets out minimum working hours for them. Subsection two prohibits night work in industries for women but does not apply to women with executive duties and women working in services not involving manual labor.

Part V, chapter III of this document is entitled 'Empowerment of Women, Young Persons and Children'. It gives out provisions only to women and guarantee lots of rights to them. It prohibit pregnant women from doing certain kinds of activities, terminate their contract of employment, 15 months break for nursing mothers, and it taken into consideration the capabilities of women and children in performing certain duties by them been approved medical practitioner in order to ascertain that the work allotted to them is not beyond their strength. With all the above, it is evident that lots of legislation have been put in place towards guaranteeing, promoting and protecting the rights of women towards full development. This can be seen through the numerous legal text and

⁵⁹Art 2 of law No 92/007 of 14 August 1992 instituting the Cameroon labor code

legislations put in place to ensure protection of women rights internationally and Cameroon in particular even though there is no specific text regulating aspect of domestic violence in the country. It should be noted that the Labor Code protects women and children in the field of employment. Article 83(1), states that “the responsible labour inspector may require women and children to be examined by a qualified medical practitioner, to verify that the work they do is not beyond their strength.” Further, para. 2 provides that “no woman or child may be obliged to continue doing work demonstrably beyond their strength, but must be assigned to more suitable work. If that is impossible, the contract shall be terminated at the expense of the employer. Equality between men and women as regards employment is guaranteed not only by the Constitution but also by the General Civil Service Regulations and the Labor Code. The Labor Code recognizes the right of every citizen to work and states that the state should do everything possible to assist citizens in finding employment and keeping it once it has been obtained.¹⁰

Labor legislation is not discriminatory per se and offers the same opportunity for employment and the right to equal pay and treatment for the same work. However, the labour force has more men than women even though women form more than half of the population of the country. Women are more prominent in the informal sector where it is more of self-employment such as subsistence farming, petty trading, and domestic work. Their work is not statistically included in the gross domestic product of the country and it does not feature anywhere in the national employment statistics. They do not count for eligibility for retirement and other work related benefits.

Decree 81-02 of June 29, 1981, however, permits a husband to oppose his wife’s employment by invoking the interest of the household and children. This is discriminatory. The Cameroonian Labor Code provides for complete freedom in negotiating an employment contract. The worst gender discrimination occurs in hiring, particularly in the private sector. In fact, given the complete freedom to negotiate an employment contract, women of equal competence are often victims of discrimination in pay because of their gender. The paucity of the number of women found in the formal sector is due to the incapacity of women to compete for formal jobs because women are proportionately less educated. More women are becoming poorer and feminisation of poverty is taking a firm root. Women are not adequately protected in their jobs. There is no law on

sexual harassment in Cameroon. They are therefore subjected to the whims and caprices of male bosses and colleagues. Therefore dismissal may be subjective. The social security system is still in its embryonic stage as only 10% of the population benefits from it. Women's work is also limited by the fact that childcare services are inadequate. The major responsibility for the welfare of a family is on the woman, a fact which impedes her employability and wellbeing.

5.1. The Cameroon Labour Code and Sexual Harassment

Sexual harassment is listed as an offence in the draft update of the Penal Code. A charge of sexual harassment will cover most if not all relevant circumstances, as the Code provides punishments for whoever abuses the authority of his position to harass another by giving orders, making threats, imposing constraints or exerting pressure in order to obtain sexual favours. When women domestic workers are found to have been subjected to violence, deprivation of freedom or exploitation, the alleged perpetrators are liable to the punishments laid down in the Penal Code for violence and deliberate assault as experienced in Article 278 of the Code or for sequestration, Article 291 lays down punishments for whoever anyone in any manner deprives another of his or her liberty or even for abuse of the vulnerable seen in Article 349. For the purposes of this charge, the abuse consists in the exploitation of the needs and weaknesses of a minor; the circumstances that might constitute such abuse are left to the discretion of the court.

Conclusion

Human rights nowadays is highly promoted and protected by international customs, treaties as well as national laws. Fundamental human rights encompass all humanity and the rights are attached to man as man becomes humanity. Women are not exempted from such rights and should be treated fairly by their partners, relatives and community. There is the need to protect women's rights no matter the fact that they still face violence every day. This work affirms that women rights are promulgated and guaranteed by international instruments such as the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, the Maputo Protocol, the Universal Declaration on Human rights, and Declaration on the Elimination of Discriminations against Women. These rights are also indicated in the constitution, penal code, criminal procedure code of Cameroon.

Though the State has done so much in eradicating domestic violence against women, some malpractices such as breast ironing, FGM, sexual harassment, physical violence and more still exist. In the course of carrying out their mission of protecting and promoting women's rights, they face a lot of roadblocks ranging from inadequate funds, personnel, unawareness, lack of a service car to carry out their activities and many more. Even though so many laws have been put in place to protect human rights and women's rights in particular, women are still victims of domestic violence. This continues to place a threat on the socio-economic situation of the country since the respect of human rights and that of women is indispensable.



R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

